

Л. Е. ВЛАДИМИРОВЪ

Заслуженный Профессоръ, Присяжный Повѣренный Округа Московской
Судебной Палаты.

УЧЕНІЕ

ОБЪ

УГОЛОВНЫХЪ ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХЪ.

Части: ОБЩАЯ и ОСОБЕННАЯ.

ТРЕТЬЕ ИЗДАНИЕ

ИЗМѢНЕННОЕ И ЗАКОНЧЕННОЕ.



ИЗДАНИЕ КНИЖНАГО МАГАЗИНА „ЗАКОНОВѢДНІЕ“.

КОММИССИОНЕРЪ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ТИПОГРАФИИ.

С.-Петербургъ, Литейный просп., № 53.

1910.

39

Библиографическое описание книги

Сочиненія того же автора.

О значеніи врачей-экспертовъ въ уголовномъ процессѣ. Харьковъ, 1869. Второе изданіе. Спб., 1870.

Судъ присяжныхъ. Условія дѣйствія суда присяжныхъ и методъ разработки доказательствъ. Харьковъ, 1873.

Учебникъ русскаго уголовного права, часть общая. Харьковъ, 1889.

Защитительныя рѣчи и публичныя лекціи. Москва, 1892.

Психологическое изслѣдованіе въ уголовномъ судѣ. Москва, 1902.

Уголовный законодатель, какъ воспитатель народа. Москва, 1903.

Аленскій Степановичъ Хомяковъ и его этико-соціальное ученіе. Москва, 1904.

Значеніе идеи права въ соціальной жизни человѣчества. Вступительная лекція въ общеобразовательный курсъ для учителей и учительницъ народныхъ школъ Екатеринославской губ.. читанная 3-го іюля 1904 г.

Правовое творчество, лекція. Москва, 1905 г.

Курсъ уголовного права. Т. I, Москва, 1907 г.

86605

Петру Валеріевичу

Каменскому

УЧЕНИКУ и ДРУГУ

Защитнику свободы совѣсти

въ Государственной Думѣ

посвящаю я настоящій трудъ.

Предисловіе къ третьему изданію.

Въ одной своей рѣчи, обращенной къ профессорамъ родного университета, я такъ охарактеризовалъ время вступленія своего на кафедру: «Я началъ свою умственную дѣятельность во второй половинѣ шестидесятихъ годовъ. Когда я былъ на третьемъ курсѣ юридическаго факультета, обнародованы были незабвенные Судебные Уставы 20 ноября 1864 года. Крѣпостное право было уже упразднено, земство призвано къ дѣятельности, и Императоръ Александръ II-ой успѣлъ обновить Россію и другими своими многосторонними улучшениями. Послѣ крымской войны Россія оживилась, преисполнилась восторженнымъ стремленіемъ къ обновленію во всѣхъ областяхъ жизни и принялась за это дѣло съ могучимъ и неудержимымъ подъемомъ, отличающимъ славянскую расу. Мы, тогдашніе юные ученые, бросились на изученіе реформъ, съ пламеннымъ желаніемъ поддержать ихъ, изучить условія ихъ успѣшности и подготовить для нихъ благопріятную почву въ жизни. При открытіи новыхъ судовъ, многіе плакали отъ радости, всѣ же въ восторгѣ поздравляли другъ друга. Былъ дѣйствительно свѣтлый праздникъ, и великое будущее открывалось предъ нашими очарованными глазами. Съ какимъ обожаніемъ изучались новые, священные для насъ, памятники законодательныхъ преобразованій, можно судить хотя бы по тому, что я зналъ наизусть многія страницы изъ мотивовъ къ Уставу уголовного судопроизводства». Одинъ изъ этихъ мотивовъ мнѣ показался завѣтомъ, который я долженъ непременно исполнить. Говоря о принципѣ внутренняго убѣжденія, какъ критеріи судебной достовѣрности, вмѣсто отмѣненной формальной теоріи доказательствъ, даровитые творцы новаго уголовного суда высказали надежду, что и у насъ, какъ въ Англіи, современемъ вы-

работается, на практикѣ, своя теорія доказательствъ, и что въ этомъ дѣлѣ «придетъ на помощь судъ и наука».

Настоящее мое «Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ», нынѣ совершенно законченное, и есть выполнение труда, много лѣтъ тому назадъ предпринятаго—«п о о б ѣ щ а н і ю».

С.-Петербургъ,
Іюнь 1909 г.

Предисловіе къ первому изданію.

Въ теченіе всей своей профессорской дѣятельности въ Харьковскомъ университетѣ, при изложеніи студентамъ уголовного судопроизводства, я обращалъ особенное вниманіе на ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ. По важности своей, ученіе это должно стоять на первомъ планѣ въ наукѣ уголовного процесса.

Предпринятый нами трудъ долженъ составить полный и систематическій курсъ уголовныхъ доказательствъ.

Одна изъ важныхъ задачъ нашего сочиненія—воспользоваться богатыми матеріалами англійской теоріи доказательствъ (Law of evidence).

Предисловіе ко второму изданію.

Въ настоящемъ изданіи сдѣланы нѣкоторыя существенныя дополненія и обращено вниманіе на кассационныя рѣшенія, обнародованныя по выходѣ перваго изданія.

Послѣ появленія перваго изданія настоящаго труда, вышли въ Германіи два сочиненія, занимающіяся тѣмъ же предметомъ: Глазера въ его Handbuch des Strafprocesses, и Руппа: Der Beweis im Strafverfahren. Появленіе этихъ работъ показываетъ, что на Западѣ вновь оживилась потребность въ научной разработкѣ ученія объ уголовныхъ доказательствахъ, не взирая на многолѣтнее господство, въ судопроизводствѣ, системы внутренняго убѣжденія.

Въ заключеніе считаю долгомъ выразить свою искреннюю благодарность тѣмъ нашимъ юристамъ, которые почтили мое сочиненіе своими критическими обзорами.

Оглавленіе.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

КНИГА ПЕРВАЯ.

УГОЛОВНО-СУДЕБНАЯ ДОСТОВѢРНОСТЬ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Уголовно-судебная достовѣрность есть такое стеченіе вѣроятностей, вытекающихъ изъ представленныхъ, на судѣ, доказательствъ, которое способно привести судью къ «внутреннему убѣжденію» въ томъ, что, прошлое событіе, составляющее предметъ изслѣдованія, имѣло мѣсто въ дѣйствительности . . .

Стр.

1—13

ОСНОВАНІЯ.

Цѣль уголовного суда (1). Фактическая достовѣрность (1). Роды истины (3). Задачи изслѣдованія истины въ области фактовъ (5). Приблизительныя обобщенія (7). Изслѣдованіе судебное и изслѣдованіе научное (10). Историческая достовѣрность (11). Разница между историческою достовѣрностью и достовѣрностью судебною (12).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

«Внутреннее убѣжденіе», какъ мѣрило уголовно-судебной достовѣрности, означаетъ, что послѣдняя обыкновенно есть только нравственная очевидность, т. е. та высокая степень вѣроятности, при которой благоразумный человѣкъ считаетъ уже возможнымъ дѣйствовать въ случаяхъ, когда судьба собственныхъ и самыхъ высшихъ его интересовъ зависитъ отъ рѣшенія

вопроса о достовѣрности фактовъ, обусловливающихъ самый актъ рѣшимости

О С Н О В А Н І Я .

Внутреннее убѣжденіе, какъ мѣрило уголовно-судебной достовѣрности. Основанія внутренняго убѣжденія (15). а) Довѣріе къ свидѣтельскимъ показаніямъ (15). Достовѣрность свидѣтельства пропорціональна числу свидѣтелей (19). Достовѣрность свидѣтеля пропорціональна правдивости свидѣтеля (19). Свидѣтельство вообще даетъ только вѣроятность (20). Готовность дѣйствовать (21). б) Заключение о связи между фактами (22). с) Опытъ исторіи внутренняго убѣжденія въ достовѣрности прошлаго событія (23). 1. Возможность прошлаго событія (23). Совмѣстимость или несовмѣстимость факта съ установленными индукціями (24). 2. Аналогія (25). 3. Гипотеза (27). Наблюденіе (28). Доказываніе гипотезы (29). Анализъ уголовного случая (31). 4. Вліяніе чувства на образованіе убѣжденія (37). Степени убѣжденія (38). Законные поводы къ началу предварительнаго слѣдствія (40). Слабыя стороны судебной достовѣрности (43). Субъективный характеръ судебной достовѣрности (43). Доказательства, составляющія основанія уголовного приговора, могутъ вводить въ заблужденіе (46). Самое осторожное и старательное изслѣдованіе можетъ иногда привести къ ошибкѣ, если въ дѣлѣ было такое необыкновенное стеченіе обстоятельствъ, которое не могло быть предположено даже самымъ осторожнымъ судьей (47). Вольтеръ о судебной достовѣрности (49). Разсказъ адвоката Фридмана (51). Логика уголовного процесса (52). Теорія доказательствъ (53). Формальная теорія доказательствъ (53). Положительная формальная теорія доказательствъ 2-й части XV т. св. законовъ (55). Формальная теорія доказательствъ Вюртембергскаго уг. судопр. 1843 г. (59). Отрицательная теорія доказательствъ австрійскаго уг. процесса 1853 г. (65). Доводы въ защиту закона о силѣ доказательствъ (71). Нѣмецкія юридическія пословицы (72). Русскія юридическія пословицы. (73). Разумное сомнѣніе (74). Правила о доказательствахъ въ Ману (75). Законъ Гамураби (79). Англійская теорія доказательствъ (80). Вопросы, рѣшаемые въ law of evidence (80). Способъ изслѣдованія доказательствъ въ англійскомъ судѣ (83). Лучше изслѣдовать истоки, чѣмъ притоки (84). Принципъ внутренняго убѣжденія (85). Французская инструкция присяжнымъ (85). Теорія доказательствъ въ Уставѣ уг. судопр. Императора Александра II (87). Опрежденія о силѣ доказательствъ отмѣнены (87). Судебное слѣдствіе, т. е. разработка собранныхъ по дѣлу доказательствъ (90). Принципъ непосредственности (91). Принципъ состязательности (91). Принципъ непрерывности (91). Инструкция присяжнымъ въ англійскомъ процессѣ (93). Проектъ русской инструкции присяжнымъ о силѣ доказательствъ (95). Общія основанія къ сужденію о силѣ доказательствъ (97).

О П Р Е Д Ъ Л Е Н І Е Т Р Е Т І Е .

Уголовнымъ доказательствомъ называется всякій фактъ, имѣющій назначеніемъ вызвать въ судѣ убѣжденіе въ суще-

ствованіи или несуществованіи какого либо обстоятельства, составляющаго предметъ судебного изслѣдованія

Стр.
98—101

О С Н О В А Н І Я .

Судебное доказательство (99). Предустановленное доказательство (99). Обвинительныя доказательства (100). Оправдательныя доказательства (100). Favor defensionis (101).

О П Р Е Д Ъ Л Е Н І Е Ч Е Т В Е Р Т О Е .

Судья составляетъ себѣ убѣжденіе, необходимое для рѣшенія вопроса о достовѣрности обстоятельствъ дѣла, исключительно на основаніи доказательствъ, представленныхъ на судѣ

102—103

О С Н О В А Н І Я .

Указательное свѣдѣніе (102). Indicative evidence Бентама (102). «Народная молва» (103).

О П Р Е Д Ъ Л Е Н І Е П Я Т О Е .

Обстоятельство, доказательства котораго на судѣ оставили въ умѣ судьи сомнѣніе, почитается недоказаннымъ

103—104

О С Н О В А Н І Я .

Правила Стивена (103). Подсудимый признается невиновнымъ, доколѣ противное не доказано (103—104).

О П Р Е Д Ъ Л Е Н І Е Ш Е С Т О Е .

Фактъ, состоящій въ томъ, что какое нибудь лицо, на судѣ, высказываетъ такое-то мнѣніе о существованіи или несуществованіи обстоятельства, составляющаго предметъ изслѣдованія, не есть доказательство. Мнѣнія на судѣ не допускаются. Изъ правила этого допускаются слѣдующія исключенія:

а) На судѣ допускаются мнѣнія сторонъ, подкрѣпленныя данными судебного изслѣдованія, о существованіи или несуществованіи обстоятельствъ дѣла.

б) Равнымъ образомъ допускаются на судѣ мнѣнія свѣдущихъ людей (экспертовъ), когда, для точнаго уразумѣнія встрѣчающагося въ дѣлѣ обстоятельства, необходимы спеціальныя свѣдѣнія или опытность въ наукѣ, искусствѣ, ремеслѣ, промыслѣ, или каномъ либо занятіи. Однако, показаніе эксперта о существованіи или несуществованіи фактовъ, на которыхъ основывается его мнѣніе, тогда только есть доказательство, когда оно, по существу своему, имѣетъ значеніе свидѣтельскаго показанія. Въ тѣхъ случаяхъ, когда свидѣтельское показаніе, по предмету своему, близко граничить съ мнѣніемъ, оно должно быть, по возможности, сведено къ фактамъ, на которыхъ построено . . .

104—106

О С Н О В А Н І Я .

Бѣсть о задачахъ свидѣтеля (105). Мнѣнія на судѣ (105). «Полное убѣжденіе» защитника. Мнѣніе Балайнтайна (106).

О П Р Е Д Ъ Л Е Н І Е С Е Д Ъ М О Е .

Мнѣнія ученыхъ авторитетовъ науки по вопросамъ объ условіяхъ достовѣрности фактовъ, на судѣ, допускаются, въ качествѣ довода стороны, имѣющей право высказывать свой взглядъ на значеніе данной совокупности доказательствъ или отдѣльнаго ихъ вида

106—107

О С Н О В А Н І Я .

Art. 51 Indian Evidence Act Стифена о допущеніи мнѣній и ихъ основаніе на судѣ (106).

О П Р Е Д Ъ Л Е Н І Е В О С Ъ М О Е .

Экспертъ, высказывая свое мнѣніе на судѣ, имѣетъ право ссылаться на мнѣнія авторитетовъ по специальному вопросу .

107

О С Н О В А Н І Я .

Право эксперта приводитъ авторитетныя мнѣнія (107). Сторона не имѣетъ такого права (107). Право эксперта приводитъ мнѣнія авторитетовъ, между прочимъ, указало и въ русскомъ врачебномъ уставѣ (107).

О П Р Е Д Ъ Л Е Н І Е Д Е В Я Т О Е .

Доказательствомъ первостепеннымъ называется такое, которое представлено суду въ первоначальномъ источникѣ. Доказательствомъ второстепеннымъ называется такое, которое представлено суду въ источникѣ второй руки

107—108

О С Н О В А Н І Я .

Подраздѣленіе доказательствъ на первостепенныя и второстепенныя (первостепенныя и производныя) (108). Принципъ непосредственности, какъ источникъ этого подраздѣленія (108). Случай, когда имѣются второстепенныя доказательства (108).

О П Р Е Д Ъ Л Е Н І Е Д Е С Я Т О Е .

Доказательствомъ прямымъ называется такое, которое основывается на чувственномъ воспріятіи непосредственнымъ (судьи), или посредственнымъ (другихъ людей, сообщенномъ судьѣ); доказательствомъ косвеннымъ, уликою, называется такое

обстоятельство, изъ котораго дѣлають заключеніе къ искомому факту

Стр.
109—110

О С Н О В А Н І Я .

Содержаніе прямого доказательства (109). Умозаключеніе въ улики (109). Виды прямого доказательства (109 — 110). Система уголовныхъ доказательствъ (110). Первый родъ доказательствъ — прямая; второй родъ доказательствъ — улики (110).

О П Р Е Д Ѣ Л Е Н І Е О Д И Н Н А Д Ц А Т О Е .

Доказательственнымъ правомъ опредѣлительнымъ называется совокупность законодательныхъ постановленій, указывающихъ способы установленія и пользованія уголовными доказательствами, съ цѣлью добыть достовѣрность фактовъ, составляющихъ предметъ процессуальнаго изслѣдованія.

110—111

О С Н О В А Н І Я .

Установленіе доказательствъ и пользованіе доказательствами (111). Статьи Устава уг. судопр., относящіяся къ этимъ судебнымъ дѣйствіямъ (111).

О П Р Е Д Ѣ Л Е Н І Е Д В Ѣ Н А Д Ц А Т О Е .

Доказательственнымъ правомъ охранительнымъ называется совокупность законодательныхъ постановленій, опредѣляющихъ принудительныя мѣры, коими располагаетъ судебная власть какъ для обезпеченія доставленія доказательствъ третьими лицами, такъ и для огражденія достовѣрности этихъ доказательствъ

111—112

О С Н О В А Н І Я .

Практическое значеніе доказательственнаго права охранительнаго (112). Основное его руководящее правило (112).



КНИГА ВТОРАЯ.

ОБЩІЯ УСЛОВІЯ ПРЕДСТАВЛЕНІЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЪ.

УСЛОВІЕ ПЕРВОЕ.

Бремя представленія доказательствъ (onus probandi).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Въ смыслѣ юридической обязанности, бремя доказанія (onus probandi) всѣхъ обстоятельствъ дѣла, существенныхъ для постановленія уголовного приговора, нераздѣльно лежитъ на обвинителѣ

Стр.

115—135

О С Н О В А Н І Я .

Onus probandi въ строго-слѣдственномъ процессѣ (115). Ученіе law of evidence объ onus probandi: ученія Стивена, Бэста, Тейлора (118 — 123). Начала law of evidence объ onus probandi. 1. Бремя доказанія лежитъ на обвинителѣ (123). 2. Бремя доказанія можетъ перемѣщаться и на подсудимаго (124). 3. Бремя доказанія перемѣщается на подсудимаго, если ему извѣстенъ или долженъ быть ближе извѣстенъ фактъ, подлежащій доказанію на судѣ (125). Бремя доказанія въ слѣдственно-обвинительномъ процессѣ (126). Подсудимый ничего не обязанъ доказывать (132). Уставъ уг. судопр. не налагаетъ на подсудимаго никакихъ обязанностей доказанія (134). Истинное основаніе, по которому на подсудимаго не перемѣщается бремя доказанія, есть слѣдственное начало нашего судопроизводства (135).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Въ смыслѣ права защиты, бремя доказанія по любому обстоятельству дѣла можетъ быть принимаемо на себя и подсудимымъ

135—137

О С Н О В А Н І Я .

Обвинитель долженъ доказать свой искъ (137). «Г. Прокуроръ я здѣсь не для того, чтобы доказывать; я здѣсь для того, чтобы показать, что вы ничего не доказали» (137).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Бремя доказанія какого либо обстоятельства, которое предварительно должно быть доказано для того, чтобы судъ допустилъ доказательство какого либо факта, лежитъ на ходатайствующемъ о допущеніи

138—139

ОСНОВАНИЯ.

Lex neminem cogit ostendere, quod nescire praesumitur (138). Подсудимый не обязан содѣйствовать государству въ изобличеніи собственной своей виновности (139).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Нѣкоторые факты, не нуждаются въ судебныхъ доказательствахъ; судъ, въ случаѣ надобности, удостовѣряется въ нихъ посредствомъ справокъ, несудебнымъ порядкомъ

139—144

ОСНОВАНИЯ.

Lex non requirit verificare quod apparet curiae (140). Границы признанія общеизвѣстности (140). *Notorium* (141). Случаи допущенія *notorium* въ судѣ (142). *Notorium* и виѣсудебное знаніе рѣшающаго дѣло судьи (143).

УСЛОВІЕ ВТОРОЕ.

Тѣсная связь между доказательствами и предметами доказанія.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

«Обстоятельствами дѣла», разсматриваемаго въ уголовномъ судѣ, признаются: а) всѣ факты, составляющіе содержаніе вопроса о виновности въ отдѣльномъ случаѣ и в) всѣ факты, представляющіеся, посредственно или непосредственно, доказательствами отдѣльныхъ моментовъ вопросовъ о виновности

144—146

ОСНОВАНИЯ.

Точное опредѣленіе *quid probandum* совершается на основаніи матеріальнаго уголовного права (144). *Quid probandum* устанавливаетъ границы судебнаго слѣдствія (145). *Frustra probatur quid probatum non relevat* (146).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Между обстоятельствомъ, служащимъ доказательствомъ, и разсматриваемымъ уголовнымъ дѣломъ, должна быть тѣсная связь

146—149

ОСНОВАНИЯ.

In iudiciis non remota, sed proxima causa spectatur (146). Relevancy. Относимость факта (146). Четыре категоріи фактовъ, исключаемыхъ *law of evidence* изъ числа *relevant facts* (146—147). Доказательства репутациіи человѣка (147).

УСЛОВІЕ ТРЕТІЕ.

Лучшія доказательства.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Должны быть допускаемы лучшія доказательства, какія только возможны по природѣ даннаго случая

Стр.

149—155

ОСНОВАНІЯ.

Не должно быть представляемо такое доказательство, которое, ex natura rei, позади себя имѣетъ высшій источникъ достовѣрности, находящійся во владѣніи и распоряженіи стороны (150). Очевидная и близкая связь между доказательствомъ и предметомъ доказанія (151).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Второстепенное доказательство не имѣетъ степеней и, разъ допущенное на судѣ, оно можетъ быть представлено въ любой законной формѣ

155—156

ОСНОВАНІЯ.

Замѣчаніе судьи Альдерсена о степеняхъ второстепеннаго доказательства (155). Англійскіе юристы вполне согласны въ томъ, что второстепенное доказательство не имѣетъ степеней (156).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

«Доказательство со вторыхъ рукъ», за немногими исключеніями, не допускается на судѣ. Доказательство со вторыхъ рукъ (second hand evidence) и второстепенное доказательство (secondary evidence) не одно и то же

157—160

ОСНОВАНІЯ.

Второстепенное доказательство и доказательство со вторыхъ рукъ: различіе между ними (157). Hearsay evidence (свидѣтельство по слуху) есть доказательство со вторыхъ рукъ (158).

УСЛОВІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Устраненіе ошибочныхъ пріемовъ при доказываніи на судѣ.

Четыре правила Декарта объ изслѣдованіи истины (161).
Предубѣжденіе и предвзятая идея обвиненія. Keep his mind open (162).
Исчерпывающія обзорнія доказательства (164).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Стр.

**Отсутствіе доказательствъ невинности не слѣдуетъ прера-
вращать въ доказательство виновности**

165—167

ОСНОВАНІЯ.

Обвиненіе должно имѣть собственные свои силы, а не пи-
таться безсиліемъ подсудимаго (166). Уэтли о смыслѣ презумп-
ціи невинности (166).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

**Доказательства ложности оправданій подсудимаго не мо-
гутъ восполнить собою недостачу въ положительныхъ доказа-
тельствахъ виновности**

167—169

ОСНОВАНІЯ.

Невиновныя подсудимые не только даютъ ложныя пока-
занія, но они иногда подтасовываютъ фальшивыя доказа-
тельства (167). Разсказъ англійскаго судьи Эдуарда Кока (168). На-
стоящее основаніе для судебнаго приговора (168).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

**При счетѣ доказательствъ единицею принимается отдѣль-
ный источникъ достовѣрности**

169—171

ОСНОВАНІЯ.

Въ дѣлѣ имѣется столько доказательствъ, сколько отдѣль-
ныхъ фактовъ (169). Отдѣльные источники достовѣрности (170).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

**Обвинитель не долженъ преувеличивать значенія имѣю-
щихся въ дѣлѣ доказательствъ**

171—175

86998

ОСНОВАНІЯ.

Изъ закона, опредѣляющаго процессуальныя условія судебного слѣдствія, вытекаютъ извѣстные признаки для оцѣнки силы доказательствъ (72). Требованіе, чтобы доказываніе индивидуальности событія не было основываемо на аналогіяхъ, а только на обстоятельствахъ даннаго дѣла (173). Доказываніе прошлаго событія, для установленія его достовѣрности, складывается изъ слѣдующихъ элементовъ: а) изложенія имѣющихся доказательствъ; б) ихъ анализа и в) оцѣнки ихъ силы по извѣстнымъ признакамъ (174).

УСЛОВІЕ ПЯТОЕ.

Сроки при представленіи доказательствъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТЫРНАДЦАТОЕ.

Уголовный процессъ не знаетъ безусловныхъ сроковъ, по истеченіи которыхъ не допускалось бы представленія новыхъ доказательствъ, разъ судебное слѣдствіе еще не заключено . . .

175—176

ОСНОВАНІЯ.

Уголовное судопроизводство стремится къ матеріальной истинѣ (176). *Interest republicae ut sit finis litium* (176). Отсрочка судебного засѣданія въ случаѣ представленія новаго доказательства стороною (178). Извращеніе, состоящее въ превращеніи слѣдствія судебного въ предварительное (178).

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

КНИГА ПЕРВАЯ.

ЛИЧНЫЙ СУДЕЙСКІЙ ОСМОТРЪ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Личнымъ судебскимъ осмотромъ называется такое судебное дѣйствіе, при помощи котораго судья непосредственно убѣждается въ существованіи или несуществованіи какого либо факта, имѣющаго значеніе доказательства при изслѣдованіи уголовного дѣла

183—184

ОСНОВАНІЯ.

Чувственная очевидность (183). Непосредственное убѣжденіе (183).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Личный осмотръ долженъ быть производимъ компетентнымъ, по закону, лицомъ 184—186

О С Н О В А Н І Я .

Законъ указываетъ точно лица, имѣющія право производить осмотры (185). Повѣрка осмотра (185). Новый осмотръ (185).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Личный осмотръ долженъ быть производимъ въ присутствіи свидѣтелей 186—187

О С Н О В А Н І Я .

Необходимость свидѣтелей при осмотрахъ (186). Понятыя (186).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Протоколъ осмотра долженъ отличаться объективностью 187—188

О С Н О В А Н І Я .

Объективность протокола по Уставу уг. судопр. (187).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Протоколъ осмотра, читаемый на судѣ, рѣшающемъ дѣло, не есть доказательство съ предустановленною достовѣрностью, каковое доказательство, въ современномъ уголовномъ процессѣ, при началѣ внутренняго убѣжденія, и немислимо, а свидѣтельское показаніе *sui generis* лицъ, его подписавшихъ. Лица, производившія осмотръ, могутъ быть вызваны въ судѣ, для объясненія протокола 188

О С Н О В А Н І Я .

Слѣдователь, какъ свидѣтель (188). Протоколъ осмотра есть письменное показаніе (188).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Протоколъ осмотра есть доказательство производное 188

О С Н О В А Н І Я .

Протоколъ осмотра, какъ доказательство производное (188).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Протоколъ осмотра, прочитываемый предъ рѣшающими судьями, не можетъ быть разсматриваемъ, какъ личный судейскій осмотръ, дающій чувственную очевидность 189

ОСНОВАНІЯ.

Чувственная очевидность при судейскомъ осмотрѣ (189).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Осмотръ, произведенный судомъ, рѣшающимъ дѣло, даетъ чувственную очевидность, не нуждающуюся въ удостовѣреніи какихъ либо еще другихъ лицъ 189

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

При оцѣнкѣ доказательственной силы судейскаго осмотра принимаются во вниманіе внѣшніе и внутренніе признаки . . . 189—190

ОСНОВАНІЯ.

Внѣшніе и внутренніе признаки достовѣрности (189).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Протоколы осмотра должны быть, по возможности, дополняемы техническими воспроизведеніями 190—193

ОСНОВАНІЯ.

Научно-судебное изслѣдованіе (190). Логика и психологія уголовного процесса (191). Успѣхи техники слѣдствія и успѣхи техники преступленія (191). Классификація данныхъ слѣдствія по Ницефоро (192). Три части слѣдствія (192) Какъ собирать данныя (192). Какъ изучать данныя и какъ ими пользоваться (193). Какъ обслѣдовать предполагаемаго виновника (193). Нравственная алгебра Бенжамена Франклина (194).

КНИГА ВТОРАЯ.

ЗАКЛЮЧЕНІЯ ЭКСПЕРТОВЪ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Эксперты, основывающіе свои заключенія на какой либо наукѣ, суть научные судьи, приговоръ которыхъ является рѣшеніемъ спеціальнаго вопроса въ дѣлѣ 197—199

ОСНОВАНИЯ.

Значеніе врачей экспертовъ въ уголовномъ процессѣ. Штольцъ о положеніи эксперта-врача (198).

ОПРЕДѢЛЕНИЕ ВТОРОЕ.

Эксперты, основывающіе свои заключенія на опытности въ какомъ либо ремеслѣ, занятіи или промыслѣ, являются не судьями, а справочными свидѣтелями, объясненія которыхъ могутъ быть вполне усвоены и оцѣнены

199—200

ОСНОВАНИЯ.

Граница между экспертомъ, научнымъ судьей, и «справочнымъ свидѣтелемъ» (199).

ОПРЕДѢЛЕНИЕ ТРЕТІЕ.

Эксперты и справочные свидѣтели должны быть вызываемы въ каждомъ случаѣ, когда возникаетъ вопросъ, для рѣшенія котораго необходимы научныя свѣдѣнія или спеціальная опытность. Случайное обладаніе судомъ спеціальными знаніями, необходимыми для рѣшенія данного дѣла, не можетъ его избавить отъ вызова свѣдущихъ лицъ: случайное знаніе судей по спеціальному вопросу есть знаніе внѣсудебное, не могущее имѣть значенія судебного факта

200

ОСНОВАНИЯ.

Принципъ внутренняго убѣжденія даетъ судѣ право основывать или не основывать свой приговоръ на экспертизѣ, но не избавляетъ его отъ обязанности вызывать и выслушать эксперта (200). Отказъ въ вызовѣ эксперта и его мотивировка (200).

ОПРЕДѢЛЕНИЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Судь опредѣляетъ вопросы, подлежащіе изслѣдованію и рѣшенію экспертовъ, а также предметы для объясненій справочныхъ свидѣтелей

200—201

ОСНОВАНИЯ.

Стт. Уст. уг. судопр. 332, 333. Экспертъ, производящій самостоятельное изслѣдованіе, можетъ выйти изъ предѣловъ, указанныхъ закономъ, если этого требуетъ раскрытіе истины (201).

ОПРЕДѢЛЕНИЕ ПЯТОЕ.

Эксперты и справочные свидѣтели должны обладать всеми качествами достовѣрныхъ свидѣтелей

201

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Экспертамъ слѣдуетъ предоставить возможность ознакомиться съ обстоятельствами дѣла, по которому они должны дать свою экспертизу

201—202

ОСНОВАНІЯ.

Обозрѣніе экспертомъ письменнаго по дѣлу производства (200). Присутствіе при производствѣ судебного слѣдствія (200). Предложеніе вопросовъ свидѣтелямъ (201). Всѣ права эти не нужны справочному свидѣтелю (201). На практикѣ не различаютъ экспертовъ и справочныхъ свидѣтелей (202).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Если экспертовъ нѣсколько, то они должны имѣть право совѣщаться предъ дачею своего заключенія

202—203

ОСНОВАНІЯ.

Совѣщаніе—лучшее средство для всесторонняго обсужденія вопроса (203).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Эксперты должны имѣть право представленія совокупнаго заключенія

203

ОСНОВАНІЯ.

Это право вытекаетъ изъ правъ совѣщанія (203).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

Судъ и стороны имѣютъ право допрашивать экспертовъ послѣ представленія ими заключенія

203—204

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Экспертъ, мотивируя свое заключеніе, имѣетъ право ссылаться на мнѣнія ученыхъ авторитетовъ

204—205

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Стороны, при оцѣнкѣ экспертизы, не имѣютъ права приводить мнѣнія писателей въ опроверженіе или подтвержденіе даннаго заключенія

204—205

ОСНОВАНИЯ.

Сторона не призвана въ качествѣ эксперта (204). Новое мнѣніе есть, въ сущности, новая экспертиза (205).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

Достоинство экспертизы, прежде всего, зависитъ отъ степени компетентности экспертовъ, теоретической и практической 205

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Достоинство экспертизы, далѣе, опредѣляется согласіемъ ея съ установленными и несомнѣнными обстоятельствами дѣла 205

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТЫРНАДЦАТОЕ.

Достоинство экспертизы, наконецъ, опредѣляется степенью согласія между собою экспертовъ 206

Прибавленіе къ основаніямъ перваго опредѣленія 207

Три основныхъ возрѣнія на сущность экспертизы (208). I. Экспертиза не есть особый видъ уголовныхъ доказательствъ (208). а) Экспертиза относится къ личному осмотру (208). б) экспертиза относится къ свидѣтельскимъ показаніямъ (214). II. Экспертиза есть особый, самостоятельный видъ уголовныхъ доказательствъ (224). III. Экспертиза вовсе не есть доказательство— по третьему возрѣнію (228). Дѣятельность эксперта на слѣдствіи предварительномъ (229). Экспертъ имѣетъ право ознакомиться съ тѣми свѣдѣніями, которыя уже собраны слѣдователемъ по данному дѣлу (239). Свѣдущіе люди, производя освидѣтельствованія, не должны упускать изъ виду и такихъ признаковъ, на которые слѣдователь не обратилъ вниманія, но изслѣдованіе которыхъ можетъ привести къ открытію истины (240). При производствѣ медицинскаго изслѣдованія, экспертъ необходимо предоставить право дѣлать, кромѣ осмотра, еще и другіе изслѣдованія, какъ, напр., допросы подсудимыхъ, свидѣтелей (242). Дѣятельность экспертовъ на слѣдствіи судебномъ (247). Призываемымъ въ судебное засѣданіе экспертамъ предоставляется право читать письменное производство дѣла (248). Эксперты имѣютъ право присутствовать при производствѣ судебного слѣдствія (249). Экспертамъ предоставлено право совѣщаться предъ дачею заключенія (251). Экспертамъ предоставлено право представлять свое заключеніе не каждымъ порознь, а однимъ отъ лица всѣхъ производившихъ одну и ту же экспертизу (252). Сущность дѣятельности экспертовъ на слѣдствіи судебномъ, съ логической точки зрѣнія, ничѣмъ не отличается отъ дѣятельности присяжныхъ (252). Вердиктъ присяжныхъ и научный приговоръ (252). Возраженія противъ взгляда

на научную экспертизу, какъ на приговоръ по специальному вопросу (253). Врачъ-экспертъ есть судья (260). Авторитетъ (263). Довѣріе должно быть хорошо помѣщено (265). Соглашеніе экспертовъ, единогласное ихъ заключеніе (267).

Прибавленіе къ основанію седьмого опредѣленія (270). Французскій проектъ отобранія экспертизы (272). Списки экспертовъ (273). Принципъ состязательности при отобраніи экспертизы (274). Мнѣніе проф. Эргардта о недостаткахъ экспертизы въ русскомъ судѣ (275).

КНИГА ТРЕТІЯ.

СОБСТВЕННОЕ ПРИЗНАНІЕ ПОДСУДИМАГО.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Собственнымъ признаніемъ подсудимаго называется сдѣланное имъ сознаніе въ совершеніи преступленія, составляющаго предметъ обвиненія

279

ОСНОВАНІЯ.

Опредѣленіе собственного признанія (279). Определенія Титмана, Стивена (280). Признаніе должно быть прямо выражено, а не подсказываемо словами подсудимаго (280).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Признаніе подсудимымъ какого либо факта, для него невыгоднаго, не можетъ быть рассматриваемо, какъ собственное признаніе подсудимаго

280

ОСНОВАНІЯ.

Признаніе должно быть сдѣлано подсудимымъ, а не выведено судьей изъ признаннаго подсудимымъ факта (280).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Подсудимый никогда не можетъ быть рассматриваемъ, какъ свидѣтель, и не можетъ поэтому быть поставленъ въ процессуальное положеніе такового

281

ОСНОВАНІЯ.

Англійскій законъ 1898 г. о допросѣ подсудимаго, какъ свидѣтеля по его дѣлу (281). Гартманъ о судопроизводствѣ въ Америкѣ (283).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Собственное признаніе почитается судебнымъ доказательствомъ лишь въ томъ случаѣ, когда оно было дано вполнѣ добровольно

283

ОСНОВАНІЯ.

Исторія процессуальнаго добыванія собственнаго признанія есть исторія пытки (283). Указъ Императора Александра I объ отмѣнѣ пытки въ Россіи (284). Внушеніе, угроза и общація обвиняемому (285). Повтореніе допросовъ (286).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Собственное признаніе должно быть дано предъ надлежащимъ органомъ власти, чтобы быть допущеннымъ въ качество судебного доказательства

287

ОСНОВАНІЯ.

Собственное признаніе тогда только влечетъ процессуальныя послѣдствія (устраненіе судебного слѣдствія), когда оно дано предъ судомъ (287).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Собственное признаніе, данное предъ властью, но не надлежащею, или предъ частнымъ лицомъ, не считается судебнымъ

288

ОСНОВАНІЯ.

Несудебное признаніе не можетъ имѣть никакихъ процессуальныхъ послѣдствій (288)

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Собственное признаніе, не имѣющее признаковъ судебного доказательства, не можетъ быть признаваемо относящимся къ дѣлу фантовъ (relevant)

288

ОСНОВАНІЯ.

Собственное признаніе, записанное въ протоколъ дознанія или слѣдователя, какъ несудебное, не можетъ быть допущено на судѣ

288

Правило Стивенса (289).

ОПРЕДЪЛЕНИЕ ВОСЬМОЕ.

Собственное признаніе должно быть подтверждаемо обстоя-
тельствами дѣла, какъ всякое вообще доказательство въ дѣлѣ

289

ОСНОВАНІЯ.

Само по себѣ взятое, голое собственное признаніе не есть
ни плюсъ, ни минусъ (289). Мнѣніе Гросса о собственномъ при-
знаніи (289).

ОПРЕДЪЛЕНИЕ ДЕВЯТОЕ.

Собственное признаніе подсудимаго, содержащее въ себѣ
также обвиненіе посторонняго лица въ совершеніи преступленія,
въ этой своей части, называется оговоромъ

290

ОСНОВАНІЯ.

Оговоръ вообще мутный источникъ (291).

ОПРЕДЪЛЕНИЕ ДЕСЯТОЕ.

Собственное признаніе подсудимаго должно быть дано въ
точныхъ и ясныхъ выраженіяхъ, содержащихъ обстоятель-
ный отвѣтъ на предложенные вопросы, послѣ связнаго разказа
о всемъ преступномъ происшествіи

292

ОПРЕДЪЛЕНИЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Молчаніе подсудимаго не должно быть принимаемо за
признаніе имъ своей вины

293

ОСНОВАНІЯ.

Это великое начало есть полный разрывъ съ инквизицион-
нымъ процессомъ (293).

ОПРЕДЪЛЕНИЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

Не могутъ быть допускаемы на слѣдствіи никакія пси-
хологическія пробы съ цѣлью получить возможность заглянуть
въ темную глубь души обвиняемаго

294

ОСНОВАНІЯ.

Диагностика преступнаго состава (295). Психологическія
пробы относительно подсудимаго недопустимы (296). Дурная ре-
путация подсудимаго и свидѣтеля (297).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Собственное признаніе, правильно отобранное слѣдователемъ, добровольное и вполне согласное съ другими, прочно установленными, обстоятельствами дѣла, есть лучшее всего свѣта доказательство, настоящая королева доказательствъ . . .

297

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТЫРНАДЦАТОЕ.

Взятое назадъ, собственное признаніе есть обстоятельство, оцѣниваемое на общемъ основаніи, какъ всякія другія данныя въ процессѣ

298

КНИГА ЧЕТВЕРТАЯ.

СВИДѢТЕЛЬСКІЯ ПОКАЗАНІЯ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Свидѣтелемъ называется лицо, дающее суду, подъ уголовной отвѣтственностью и на основаніи личныхъ воспріятій, свѣдѣнія о какомъ либо фактѣ, составляющемъ предметъ изслѣдованія

301

ОСНОВАНІЯ.

Послухи (301). Статья Кони о свидѣтеляхъ (302). «На основаніи личныхъ воспріятій» — основная черта свидѣтеля (303).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Не допускаются къ свидѣтельству категоріи лицъ, которыхъ свидѣтельствованія на судѣ могли бы вредить государственному благу, понимаемому въ широкомъ смыслѣ, какъ принципъ, ограждающій интересы человѣческой культуры

304

ОСНОВАНІЯ.

Определеніе понятія тайны (304). Сохраненіе тайны въ видахъ общаго блага, какъ причины исключенія изъ числа свидѣтелей (304). Тайны государственныя и служебныя (305). Тайны частныхъ лицъ (306).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Не допускаются къ свидѣтельству безумные и сумасшедшіе

310

ОСНОВАНІЯ.

Миттермайера указанія по вопросу о сумасшедшихъ, какъ свидѣтеляхъ (310). Грассе о полусумасшедшихъ (310).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Подозрительными свидѣтелями почитаются лица, которыя хотя и допускаются къ свидѣтельству, но не имѣютъ права давать присяги, считающейся формальнымъ признакомъ достовѣрности по унаслѣдованнымъ отъ предковъ понятіямъ

311

ОСНОВАНІЯ.

Остатки формальной теоріи доказательствъ (312). Лица, могущія отказаться отъ присяги (313).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Никто не можетъ быть допрошенъ въ качествѣ свидѣтеля совмѣстно съ исполненіемъ по тому же дѣлу обязанностей прокурора или защитника подсудимаго, или повѣреннаго частнаго обвинителя, или гражданского истца

314

ОСНОВАНІЯ.

Источники достовѣрности и аргументаторы, различіе между ними (314). Столкновеніе процессуальныхъ функцій въ одномъ лицѣ (314).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Вызовъ свидѣтеля, какъ судебное дѣйствіе, есть необходимое условіе допроса и налагаетъ на послѣдняго обязанность явиться, огражденную извѣстными санкціями

314

ОСНОВАНІЯ.

Непосредственность — самая драгоценная сторона судебного слѣдствія (315). Какія цѣли должно преслѣдовать законодательство о свидѣтеляхъ (315). Вознагражденіе свидѣтелей (316).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Допросъ свидѣтеля судебнымъ слѣдователемъ долженъ быть такъ производимъ, чтобы свидѣтельское показаніе было вполне добровольнымъ показаніемъ, а не послѣдствіемъ обѣщаній, угрозъ или вообще вымогательствъ со стороны слѣдователя

316

ОСНОВАНИЯ.

Ухищреніе и его значеніе въ допросѣ подсудимаго и свидѣтеля (317). Очная ставка (317).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Показанія свидѣтеля должны быть записаны въ первомъ лицѣ, собственными словами, безъ всякихъ измѣненій, пропусковъ и прибавленій—самимъ свидѣтелемъ, если онъ того пожелаетъ

316

ОСНОВАНИЯ.

Протоколъ свидѣтельскаго показанія на судѣ, какъ средство освѣженія памяти (318). Запамятованія свидѣтеля (318).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

Главный допросъ свидѣтеля на судѣ состоитъ изъ связнаго разсказа свидѣтеля обо всемъ томъ, что ему извѣстно по дѣлу, и изъ отвѣтовъ на предлагаемые ему предсѣдателемъ и судомъ вопросы, по окончаніи допроса сторонами

318

ОСНОВАНИЯ.

«Связный» разсказъ свидѣтеля и его процессуальное значеніе (318). Допросы судей и стороны, вызвавшей свидѣтеля, какъ части главнаго (319).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

На главномъ допросѣ наводящіе вопросы не должны имѣть мѣста, какъ противныя основной его цѣли—добыть вполнѣ самостоятельное доказательство

319

ОСНОВАНИЯ.

Опредѣленіе «наводящаго вопроса» (leading question).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Перекрестнымъ допросомъ называется допросъ свидѣтеля, вызваннаго одною стороною, производимый противною стороною

320

ОСНОВАНИЯ.

Соображенія, по которымъ у насъ введенъ перекрестный допросъ (320). Значеніе главнаго допроса (320).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

На перекрестномъ допросѣ дозволяются всякіе вопросы, клонящіеся къ изобличенію свидѣтеля въ неправильности его показанія, будутъ ли онѣ наводящія, или нѣтъ

320

ОСНОВАНІЯ.

Цѣль перекрестнаго вопроса — провѣрить правдивость свидѣтеля (320). Вопросы, которые могутъ быть предлагаемы свидѣтелю, съ цѣлью опредѣлить его правдивость и точность (321). Право опорочиванія свидѣтеля (221). Отвѣтственность прокурора и свидѣтеля за клевету на свидѣтеля (322). «Сгоряча сорвавшееся въ рѣчи выраженіе» (322).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Передопросъ свидѣтелей является средствомъ разъясненія показанія или изобличенія свидѣтеля—въ присутствіи другихъ свидѣтелей или на очной ставкѣ съ ними

322

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТЫРНАДЦАТОЕ.

Каждому свидѣтелю предъявляются вещественныя и письменныя доказательства, относящіяся къ предмету его показаній, но съ единственною цѣлью установить тожество книги, документа или вещи

322

ОСНОВАНІЯ.

Незамѣтный переходъ свидѣтеля отъ свидѣтельскаго показанія къ экспертизѣ (322).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТНАДЦАТОЕ.

Главный и перекрестный допросы должны касаться предметовъ изслѣдованія *facta probanda*, *facts in issue* or *relevant* or *deemed to be relevant thereto*), или обстоятельствъ, относящихся или считаемыхъ относящимися къ тѣмъ предметамъ. Но перекрестный допросъ не долженъ быть ограничиваемъ лишь предметами, входившими въ главный допросъ. Передопросъ можетъ коснуться и новыхъ, сравнительно съ перекрестнымъ допросомъ, предметовъ,—но въ такомъ случаѣ, по такимъ новымъ предметамъ, долженъ быть опять допущенъ перекрестный допросъ

323

ОСНОВАНІЯ.

Основанія этого опредѣленія въ *thesis probandi* (323). Право опорочиванія свидѣтеля стороною, его вызвавшею (323).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТНАДЦАТОЕ.

Свидѣтелю, для болѣ точнаго изложенія его показанія на судѣ, не воспрещается имѣть при себѣ памятные записки въ тѣхъ случаяхъ, когда показанія его относятся къ какимъ либо вычисленіямъ, выводамъ или отчетамъ, которые трудно удерживать въ памяти. Ему дозволяется также прочтеніе получаемыхъ имъ писемъ или находящихся у него документовъ, когда тѣ или другіе относятся къ предмету его показаній

323

ОСНОВАНІЯ.

Памятные записки по англійской теоріи доказательствъ и по нашему Уставу уг. судопр. (324). Бентамъ о памятныхъ запискахъ (324).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕМНАДЦАТОЕ.

Для разъясненія противорѣчія между показаніемъ, даннымъ свидѣтелемъ на судѣ, и показаніемъ его, записаннымъ въ протоколъ слѣдственнаго производства, дозволяется прочитывать на судѣ письменное его показаніе изъ протокола слѣдственнаго производства

326

ОСНОВАНІЯ.

Противорѣчіе въ показаніяхъ есть изложеніе однихъ и тѣхъ же обстоятельствъ не въ одинаковомъ видѣ и значеніи (326).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЕМНАДЦАТОЕ.

Кромѣ процессуальныхъ способовъ обезпеченія правильности свидѣтельскихъ показаній, законодательство устанавливаетъ еще и санкцію, состоящую въ наложеніи наказаній за ложныя показанія и за нарушеніе при этомъ присяги, принятой свидѣтелемъ и обѣщающей вѣрность показаній

326

ОСНОВАНІЯ.

Право государства требовать отъ подданныхъ содѣйствія правосудію показаніями (326). Добровольное и своевременное измѣненіе показанія, даннаго на предварительномъ слѣдствіи (327).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТНАДЦАТОЕ.

Признаки достовѣрности свидѣтелей раздѣляются на четыре категоріи: юридическіе, логическіе, опытные и экспериментальные

328

ОСНОВАНИЯ.

Оцѣнка свидѣтельскихъ показаній (328). Общія юридическія основанія къ сужденію о силѣ свидѣтельскихъ показаній (329). Опытные признаки достовѣрности свидѣтельскаго показанія (329). Экспериментальные признаки (329).

ОПРЕДѢЛЕНИЕ ДВАДЦАТОЕ.

Съ точки зрѣнія юридическихъ признаковъ, свидѣтельское показаніе является достовѣрнымъ, если оно:

1) дано лицомъ, допущеннымъ, по закону, къ дачѣ свидѣтельскихъ показаній;

2) вполне добровольно, внѣ всякихъ психическихъ вліяній, возбуждавшихъ страхъ, надежду получить какую либо выгоду, вызывавшихъ душевное томленіе, усталость, сознание безпомощности;

3) когда оно отобрано въ законной обстановкѣ;

4) по установленному закономъ процессуальному способу (свободное изложеніе всего извѣстнаго на главномъ допросѣ);

5) проверено такъ, какъ это установлено въ процессуальномъ законѣ (перекрестный допросъ, передопросъ, прочтеніе показанія, даннаго на слѣдствіи);

6) дано подъ законными санкціями, установленными закономъ;

7) не подвергалось искаженіямъ сторонъ, въ рѣчахъ предъ судомъ, или, если и подвергалось искаженію, то возстановлялось передъ судомъ, въ надлежащемъ видѣ, предсѣдателемъ . .

330

ОСНОВАНИЯ.

Допущеніе и эксплуатация доказательствъ (330). Судебное доказательство безъ юридическихъ пороковъ (330). Законное предположеніе достовѣрности (330).

ОПРЕДѢЛЕНИЕ ДВАДЦАТЬ ПЕРВОЕ.

Къ логическимъ признакамъ достовѣрности свидѣтельскаго показанія относятся слѣдующія, проявившіяся въ дѣлѣ, его качества:

1) согласіе его съ общимъ нашимъ понятіемъ о природѣ и о человекѣ, т. е. съ возможностью и вѣроятностью извѣстныхъ явленій, по состоянію нашихъ знаній;

2) согласіе его съ другими утвержденіями, по тому же предмету, того же свидѣтеля;

3) внутренняя его гармонія, т. е. согласіе всѣхъ его частей, выражающееся въ отсутствіи въ немъ внутреннихъ противорѣчій;

4) его согласіе съ установленными обстоятельствами (напр. corpus delicti) и другими вещественными и письменными доказательствами дѣла;

5) его согласіе съ другими свидѣтельскими показаніями по тѣмъ предметамъ, по которымъ такое согласіе вообще возможно было по свойству данного случая

331

ОСНОВАНІЯ.

Необычайное, невозможное, небывалое, неслыханное (331).
Согласіе свидѣтельскихъ показаній (332).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ВТОРОЕ.

Опытные признаки достовѣрности свидѣтельскихъ показаній, состоятъ въ томъ знаніи особенностей людей разнаго рода, которое, въ практической жизни и судѣ, даетъ возможность человѣку, выдавшему много на своемъ вѣку, различать правдиваго человѣка отъ лжеца; основательнаго—отъ легкомысленнаго, себлюбца отъ добряка; честнаго—отъ мошенника; быстрого—отъ осторожнаго; жестокаго—отъ жалостливаго; блудника—отъ семьянина; женщины семейной—отъ пустой, свѣтской дамы; дѣвушки чистой въ помыслахъ—отъ карьеристки и проститутки въ душѣ; стараго чиновника-взяточника отъ нео-плута, высоко, надъ головою, при своихъ продѣлкахъ, размахивающаго краснымъ или бѣлымъ знаменемъ народнаго трибуна

332

ОСНОВАНІЯ.

Знаніе людей (333). Кони о свидѣтельскомъ показаніи, о его оцѣнкѣ, о пути его прохожденія въ судѣ и условіи его обработки (334).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ТРЕТІЕ.

Экспериментальными признаками достовѣрности данного свидѣтельскаго показанія слѣдуетъ считать результаты, полученные отъ провѣрки разсказа свидѣтеля путемъ искусственнаго воспроизведенія тѣхъ условій, въ которыхъ свидѣтель, по его собственному утвержденію, наблюдалъ какое либо происшествіе, что-либо видѣлъ или слышалъ на разстояніи—вообще присутствовалъ при какомъ либо явленіи во внѣшнемъ мірѣ

334

ОСНОВАНІЯ.

Тисса-Эсларское ритуальное дѣло (335). Эксперименты для доказанія возможности или невозможности чего либо (335).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ЧЕТВЕРТОЕ.

Экспериментально-психологическое обслѣдованіе свидѣтеля, съ цѣлью испытать его способности, не противорѣчить логикѣ уголовного процесса, согласно которой научная провѣрка доказательства, съ точки зрѣнія годности его источника, вполне умѣстна

335

ОСНОВАНІЯ.

Свидѣтель — психо-физическій аппаратъ, доставляющій суду достовѣрность (335). Литературно-научное движеніе въ вопросѣ о свидѣтеляхъ въ послѣднее время (335). Бенгамъ является иниціаторомъ этого движенія (335). Бенгамъ о ложныхъ воспоминаніяхъ (faux souvenirs). Аналитическій разборъ причинъ неполноты свидѣтельскихъ показаній (336). Качества, которыми должно обладать, по Бенгаму, свидѣтельское показаніе (337). Новѣйшее экспериментально-психологическое движеніе въ вопросѣ о свидѣтельскихъ показаніяхъ (337). Три вопроса, подлежащіе разрѣшенію, для разъясненія вопроса о значеніи экспериментовъ надъ свидѣтелями (341).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ПЯТОЕ.

Свидѣтельское показаніе не должно быть изолированнымъ доказательствомъ и должно получать свое рѣшающее подтвержденіе отъ другихъ доказательствъ, не основанныхъ на свидѣтельствѣ человѣческомъ

349

ОСНОВАНІЯ.

Свидѣтельское показаніе — лишь сырой матеріалъ (349).

КНИГА ПЯТАЯ.

ПИСЬМЕННЫЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Письменнымъ доказательствомъ называется всякій предметъ, на которомъ изложена человѣческая мысль письменами, или какимъ либо инымъ видомъ условныхъ знаковъ или символовъ

353

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Письменнымъ актомъ называется письменное выраженіе воли или описаніе факта

353

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Письменные акты официальные, могущіе имѣть доказательственную относимость въ уголовномъ процессѣ, суть протоколы и удостовѣренія, исходящіе отъ надлежащей власти и содержащіе описаніе какого либо факта

354

ОСНОВАНІЯ.

Протоколы вообще (354). Протоколы, коими возбуждается уголовное преслѣдованіе (358). Протоколы слѣдственныхъ дѣй-

ствій (355). Протоколь судебного засѣданія (357). Неоспоримая доказательственная сила его, по сенатскому разъясненію (358).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Письменные акты, составляющіе въ гражданскомъ правѣ доказательства предустановленныя, въ уголовномъ процессѣ не имѣютъ силы формальнаго доказательства, обязательнаго для судьи, рѣшающаго по внутреннему убѣжденію

359

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Если въ вердиктѣ присяжныхъ отвергнуто гражданское отношеніе, основанное на какомъ либо предустановленномъ доказательствѣ, то такой вердиктъ тогда только измѣняетъ правовое отношеніе, основанное на томъ предустановленномъ доказательствѣ, когда законная сила послѣдняго именно и составляетъ предметъ уголовного преслѣдованія, подлежащаго рѣшенію присяжныхъ

359

ОСНОВАНІЯ.

Вопросъ о виновности (360). Противорѣчіе между рѣшеніемъ присяжныхъ и предустановленнымъ доказательствомъ (360).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Частный письменный документъ можетъ играть роль въ уголовномъ процессѣ или какъ *corpus delicti* или какъ обыкновенное доказательство

360

ОСНОВАНІЯ.

Выемка письменныхъ документовъ (361) Выемка письменныхъ доказательствъ въ присутственныхъ мѣстахъ и у должностныхъ лицъ (361). Выемка почтово-телеграфной корреспонденціи (361). Осмотръ книгъ маклерскихъ, нотаріальныхъ и бумагъ, переданныхъ присяжному повѣренному (362). Осмотръ документовъ и бумагъ частныхъ лицъ (362). Установленіе подлинности письменнаго документа (363). *Praesumptio ex visu scriptiois*; *praesumptio ex scriptis olim visis*; *praesumptio ex comparatione scriptorum* (364). Правило Стивена (364). Экспертиза сходства почерковъ (365).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Содержаніе письменнаго документа можетъ быть доказываемо и первоисточникомъ (самимъ документомъ), и второстепеннымъ доказательствомъ

360

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Въ уголовномъ процесѣ нѣтъ и не можетъ быть документовъ, имѣющихъ обязательную силу для суда

366

ОСНОВАНІЯ.

Внутреннее убѣжденіе судей (366). Признаніе присяжными факта имѣетъ лишь значеніе въ предѣлахъ и для цѣлей вопроса о виновности (367).

КНИГА ШЕСТАЯ.

УЛИКИ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Уликою называется всякое доказанное обстоятельство, изъ котораго можно сдѣлать заключеніе о недоказанномъ предметѣ, составляющемъ *quid probandum* процессуальнаго изслѣдованія

371

ОСНОВАНІЯ.

Все на свѣтѣ можетъ быть уликою (371). Улика есть предположеніе (371).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Законнымъ предположеніемъ (*praesumptio*, презумпціей) называется заключеніе, признанное въ законѣ за правило, въ судѣ, обязательное—безусловно, или доколь противное не доказано

372

ОСНОВАНІЯ.

Сущность законнаго предположенія (373). Невозможность управленія правовой жизни безъ законныхъ предположеній, вродѣ *res judicata pro veritate habetur* (372).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Законныя предположенія раздѣляются на два класса: предположенія неопровержимыя (*praesumptiones juris et de jure*) и опровержимыя (*praesumptiones juris tantum* или просто *praesumptiones juris*)

372

ОСНОВАНІЯ.

Объясненіе презупцій цивилистами (372). Фикціи. Определеніе фикціи (372).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Съ презумпціями не слѣдуетъ смѣшивать общихъ процессуальныхъ максимъ, созданныхъ не закономъ, а логикою изслѣдованія достовѣрности

372

ОСНОВАНІЯ.

Обція начала процессуальнаго метода изслѣдованія достовѣрности (373). Примѣры процессуальныхъ максимъ (373).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Сила отдѣльной улики зависитъ отъ начала, лежащаго въ большой посылкѣ, коимъ дается заключеніе

373

ОСНОВАНІЯ.

Необходимыя или физическія улики неопровержимы (373). Улики нравственныя (373). Улики неопредѣленныя (374).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Сила отдѣльной улики зависитъ отъ того періода преступной дѣятельности, отъ которой, по свойству своему, она происходитъ

374

ОСНОВАНІЯ.

Предшествующія, сопутствующія и послѣдующія улики (374). Дознаніе чрезъ окольныхъ людей (375). Правосудіе и репрессія (376).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Сила отдѣльной улики зависитъ отъ степени ея доказательности

377

ОСНОВАНІЯ.

Улики уликъ (377). Цѣль уликъ (378).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Уликою обвиненія называется всякое обстоятельство, могущее подтвердить субъективный или объективный составъ преступленія, а также и тѣ факты, которые увеличиваютъ или уменьшаютъ виновность подсудимаго и составляютъ обстановку преступленія

378

ОСНОВАНІЯ.

Списокъ обвинительныхъ уликъ (378). Поличное (379). Выраженіе ощущеній (379).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

Уликою оправданія называется такое обстоятельство, которое, не разрушая никакой отдѣльной улики обвиненія, представляетъ самостоятельное оправданіе, указывая, что есть данныя для совершенно противоположнаго заключенія о всемъ происшедшемъ

379

ОСНОВАНІЯ.

Гипотезы (379). Alibi (инобщность) (379).

ОПРЕДЪЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Противоуликою называется такой фактъ, который, не представляя самостоятельнаго доказательства въ оправданіе подсудимаго, разрушаетъ только одну какую либо обвинительную улику

380

ОСНОВАНІЯ.

Противоуликка не разрушаетъ гипотезы (380).

ОПРЕДЪЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Изолированными уликами называются такія, которыя другъ друга не поддерживаютъ, не согласуются между собою, не представляютъ ничего связнаго, а потому и не даютъ удовлетворяющаго доказательства

380

ОСНОВАНІЯ.

Улика есть осколокъ отъ происшедшаго событія (380).
Факты и выводы (380).

ОПРЕДЪЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

Гармоническими уликами называются такія улики, которыя всѣ согласно подкрѣпляютъ одну и ту же гипотезу, положенную въ основаніи слѣдствія

381

ОСНОВАНІЯ.

Гармонія уликъ (381). Соломоновъ судъ (381 — 382).

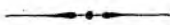
ОПРЕДЪЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Полнымъ доказательствомъ посредствомъ уликъ называется такое стеченіе нѣсколькихъ, въ отдѣльности доказанныхъ, гармоническихъ уликъ, согласіе которыхъ не нарушается уликою оправданія и общее впечатлѣніе отъ которыхъ исторгаетъ у судей мощное убѣжденіе въ виновности подсудимаго въ совершеніи преступленія, corpus delicti котораго, въ delicta facti permanentis, стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія

382

ОСНОВАНІЯ.

Полное доказательство (383). Стеченіе нѣсколькихъ уликъ (384), въ отдѣльности доказанныхъ (384), гармоническихъ (385), согласіе которыхъ не нарушается (386). Общее впечатлѣніе отъ нихъ (386). Corpus delicti (388). Заключение (390).



КНИГА ПЕРВАЯ.

Уголовно-судебная достоверность.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Уголовно-судебная достовѣрность есть такое стеченіе вѣроятностей, вытекающихъ изъ представленныхъ, на судѣ, доказательствъ, которое способно привести судью къ «внутреннему убѣжденію» въ томъ, что прошлое событіе, составляющее предметъ изслѣдованія, имѣло мѣсто въ дѣйствительности ¹⁾.

ОСНОВАНІЯ.

§ I. Цѣль уголовного суда заключается въ наложеніи наказанія на преступника. Для рѣшенія этой задачи необходимо предварительно удостовѣриться въ виновности подсудимаго. Вопросъ о виновности состоитъ изъ трехъ частей: совершилось ли событіе преступленія, было ли оно дѣяніемъ подсудимаго и вмѣняемо ли онъ? Всѣ эти вопросы касаются возстановленія обстоятельствъ прошлаго индивидуальнаго событія. Уголовно-судебная достовѣрность есть,

¹⁾ Миттермайеръ (Die Beweislehre, p. 72) даетъ почти такое же опредѣленіе достовѣрности: «то состояніе убѣжденія, когда кто-нибудь, на основаніи совокупности основаній, исключаящихъ противоположное предположеніе, признаетъ фактъ истиннымъ». Вѣроятность Миттермайеръ ставитъ ниже достовѣрности исторической, что совершенно произвольно съ его стороны, тѣмъ болѣе, что самъ же онъ говоритъ: «другъ истины признаетъ, что достовѣрность (историческая), которую онъ довольствуется, не свободна отъ человѣческаго несовершенства: что противоположность тому, что онъ считаетъ вѣрнымъ, всегда остается мыслимою, и скещитъ ее смѣлою фантазіей можетъ выставить противъ достовѣрности, въ области возможностей, тысячу сомнѣній, ибо въ каждомъ случаѣ можно представить себѣ необыкновенную комбинацію обстоятельствъ, разрушающую то, что мы считаемъ достовѣрнымъ». Цахаріэ (Handbuch des deutschen Strafprozesse, II, p. 338), трактуетъ объ уголовно-судебной достовѣрности, между прочимъ, говоритъ: «Она (историческая достовѣрность) не исключаетъ возможности или мыслимости противоположнаго заключенія. Въ этомъ отношеніи, мы имѣемъ полное основаніе сказать, что всякая эмпирическая достовѣрность есть только высокая степень вѣроятности». Дальше Цахаріэ замѣчаетъ: «Достовѣрность представляетъ всегда нѣчто субъективное уже потому, что она обусловлена убѣжденіемъ субъекта, познающаго истину». Гейеръ (Holtzendorf's Handbuch des deutschen Strafprozesse, p. 191) опредѣляетъ юридическую достовѣрность, какъ такую «высокую вѣроятность, что было бы неразумно слѣдовать

такимъ образомъ, фактическая достовѣрность¹⁾, изслѣдуемая для цѣлей правосудія. Въ этомъ отношеніи, по существу своему, она не представляетъ ничего особеннаго, сравнительно съ тою достовѣрностью, добываніе которой намъ одинаково нужно, какъ для веденія ничтожнѣйшихъ житейскихъ дѣлъ, такъ и для констатированія величайшихъ событій въ исторіи человѣчества или уясненія труднѣйшихъ вопросовъ въ различныхъ областяхъ науки. «Вопросы о достовѣрности, говоритъ Бентамъ (*Rationale of judicial evidence*, v. I, p. 15), представляются человѣку каждый день, на каждомъ шагу, ежеминутно. Заурядныя мелкія домашнія дѣла основываются на рѣшеніи вопросовъ о достовѣрности. Достаточно ли зажарилась говядина, стоящая на плитѣ, есть вопросъ о достовѣрности,—судью въ рѣшеніи этого вопроса явится поварь. «Жаркое готово» и «жаркое не готово»—эти два факта, одинъ—положительный, другой—отрицательный, представляютъ главные искомые факты; доказательствами (доказательственными фактами) являются: сила огня, продолжительность стоянія на плитѣ, общій видъ жаркаго и т. д. Всѣ задачи, возникающія въ наукѣ и искусствѣ, не что иное, какъ вопросы о достовѣрности». При этомъ нужно замѣтить, что умственные процессы для изслѣдованія достовѣрности одни и тѣ же, какъ при рѣшеніи ничтожнѣйшаго вопроса повседневной жизни, такъ и при работѣ надъ самымъ сложнымъ вопросомъ науки.

Гексли замѣчаетъ въ одномъ изъ своихъ сочиненій: «Величайшіе результаты, полученные наукою, добыты не какою-нибудь таинственною способностью, а обыкновеннымъ умственнымъ процессомъ»,

противоположному заключенію, такъ какъ правильность этого послѣдняго предполагала бы весьма невѣроятное исключеніе изъ обыкновеннаго, опытомъ (посредствомъ индукцій) констатированнаго, хода вещей». Называя уголовно-судебную достовѣрность только высокою степенью вѣроятности, мы, конечно, считаемъ достовѣрностью только такое положеніе, когда противоположное реально даже немыслимо. *Preuss. Crim. Ordnung* признавали тогда достовѣрность, «когда въ пользу истинности извѣстнаго обстоятельства существуютъ вполне убѣдительныя основанія и, по обыкновенному ходу вещей, не представляется важнаго основанія въ пользу противоположнаго». Но всякій согласится, что это есть опредѣленіе не достовѣрности, а только высокой степени вѣроятности. Вѣроятность, въ томъ же кодексѣ, принималась тогда, «когда существуютъ важныя основанія въ пользу истинности какого-либо положенія, но, однако же, есть и основанія противъ него, не уничтожаемыя первыми». Для каждаго ясно, что здѣсь дано только опредѣленіе извѣстной степени вѣроятности. *Vargha* (*Die Vertheidigung in Strafsachen*, p. 459): «Въ дѣлѣ познанія фактовъ человѣкъ ограничѣнъ предѣлами такъ называемой эмпирической или исторической достовѣрности, которая представляетъ только высокую степень вѣроятности» (*probability the judge's science*). Вюртембергскій уставъ уголовного судопроизводства 1843 года, содержащій одну изъ наиболѣе удачно выработанныхъ формальныхъ теорій доказательствъ, такъ опредѣляетъ достовѣрность факта, art. 285: «При рѣшеніи вопроса о томъ, слѣдуетъ ли считать фактъ доказаннымъ, не принимается во вниманіе остающаяся возможность противоположнаго». Кодексъ, такимъ образомъ, считаетъ судебно-уголовную достовѣрность только высшею степенью вѣроятности.

¹⁾ Выраженіе: «фактическая достовѣрность» нами употребляется для выраженія достовѣрности, не основывающейся на аксіомѣ математической.

примѣняемымъ каждымъ изъ насъ въ самыхъ скромныхъ ежедневныхъ дѣлахъ. Полицейскій открываетъ преступника по слѣдамъ его шаговъ такимъ же точно умственнымъ процессомъ, какимъ Кювье возстановилъ образъ исчезнувшихъ животныхъ Монмартра, на основаніи однихъ только остатковъ ихъ костей. Дама, заключившая изъ найденнаго на платьѣ пятна, что кто то опрокинулъ на ея костюмъ чернильницу, совершаетъ такой же процессъ дедукціи и индукціи, какъ Адамсъ и Леверрие, открывшіе новую планету. Въ дѣйствительности, ученый только сознательно и съ точностью примѣняетъ тѣ же методы, которые мы беззаботно, не давая себѣ отчета, по простой привычкѣ, прилагаемъ въ жизни, по каждому ничтожнѣйшему поводу».

Сдѣланныя замѣчанія о тожествѣ приемовъ, при изслѣдованіи фактической достовѣрности, въ наукѣ и въ жизни, наводятъ на мысль, что, если мы желаемъ съ успѣхомъ прилагать эти приемы, то должны познакомиться съ ихъ основаніями. Такое ознакомленіе въ особенности необходимо тамъ, гдѣ, какъ, напр., въ уголовномъ процессѣ, мы должны установить условія, обеспечивающія, возможно-точное изслѣдованіе достовѣрности факта. Вотъ почему, въ теоріи уголовно-судебной достовѣрности, необходимо остановиться на общемъ ученіи объ изслѣдованіи фактической достовѣрности¹⁾.

Есть два рода истинъ: во-первыхъ, истины, познаваемая непосредственно, интуитивно, прямою сознательностью, и, во-вторыхъ, истины, познаваемая при посредствѣ другихъ истинъ. Это различіе, замѣчаетъ Бэнь²⁾, есть основное, важное. Факты непосредственнаго

1) Нужно признаться, что въ этомъ направленіи нѣмецкая юриспруденція сдѣлала очень мало. Попытки построить ученіе о судебной достовѣрности на прочныхъ основаніяхъ логики сдѣланы впервые въ Англій, юридическая литература которой представляетъ богатѣйшій отдѣлъ, посвященный разработкѣ law of evidence. Сочиненія эти не легко поддаются пониманію континентальнаго читателя, вслѣдствіе многихъ особенностей англійской юриспруденціи. Но въ послѣднее десятилѣтіе появилось уже нѣсколько работъ по ученію law of evidence, въ которыхъ авторы стремятся свести матеріалъ къ основнымъ принципамъ. Не говоря уже о превосходной работѣ Бэста, болѣе или менѣе извѣстной на континентѣ по передѣлкѣ Марквардзена, нельзя не обратить особеннаго вниманія на попытку кодификаціи law of evidence, сдѣланную съ большимъ умѣніемъ Стивеномъ въ его «A digest of the law of evidence». Самъ авторъ заявляетъ, что его опытъ основанъ на логикѣ Милля, такъ точно, какъ сочиненіе Джиллберта было основано на логикѣ Локка. Правда, Бенгамъ и другіе дѣлали подобныя же попытки, но не съ такою полнотою, какъ это удалось Стивену въ предисловіи къ его «Indian Evidence Act.». Считаемо, однако, долгомъ заявить, что попытка Стивена, какъ первая, далеко не отличается, въ свою очередь, тою обстоятельностью, которая могла бы вполне удовлетворить. Недостаточно обращаться къ логикѣ для разъясненія ученія о судебной достовѣрности, необходимо обратить еще вниманіе на психологию и риторику. Только при такихъ пособіяхъ можно всесторонне оцѣнить истинное значеніе судебной достовѣрности, какъ убѣжденія судьи. Для стетиваго пониманія элементовъ человѣческаго убѣжденія, условій, при которыхъ образуется это послѣднее, недостаточно знать логическіе методы, нужно еще принять во вниманіе вліяніе, оказываемое на нашъ интеллектъ другими психологическими моментами.

²⁾ Bain, Logic, v. I, p. 32; Körcher (Die Straferkenntniß, eine Begründung des Strafbeweises in der Denklehre, 1856, В/Л. S. 123) въ слѣдующихъ

сознанія, напримѣръ, я голоденъ, я слышу звукъ, я говорю и т. п. не сводятся ни къ какимъ правиламъ изслѣдованія; они познаются прямо, безъ посредствующихъ доказательствъ. Мы не можемъ избѣгнуть этихъ истинъ; мы не въ состояннн, при помощи какой-нибудь процедуры, измѣнить степени силы ихъ убѣдительности. Онѣ—копечныя данныя человѣческаго познанія. Ошибка, составляющая, въ дѣлѣ непосредственнаго познанія, главный источникъ заблужденій, есть смѣшеніе непосредственнаго воспріятія съ заключеніемъ, дѣлаемымъ на его основаннн. Мы часто говоримъ, что мы непосредственно воспринимаемъ то, что, въ сущности, есть только заключеніе на основаннн непосредственнаго ощущенія.

Другой родъ истинъ, гораздо болѣе численный, познается не прямою, непосредственною интуиціею, или сознательностью, а при помощи другихъ фактовъ, фактовъ посредствующихъ. «Я ощущаю холодъ», это—выводъ, дѣлаемый изъ фактовъ. Непосредственнымъ фактомъ является, въ послѣднемъ случаѣ, извѣстное ощущеніе зрѣнія, слуха, съ которымъ я привыкъ связывать фактъ ощущенія холода. Все, что совершается внѣ насъ или въ наше отсутствіе, можетъ быть познаваемо только посредственно, если, конечно, познаніе, въ данномъ случаѣ, вообще возможно. И между тѣмъ, какъ интуитивное познаніе ограничивается настоящимъ, все наше знаніе прошлаго и будущаго, по необходимости, есть знаніе не прямое, а посредственное. Но посредственное знаніе есть, строго говоря, только у м о з а к л ю ч е н і е. Когда мы познаемъ одну вещь посредствомъ другой, съ нею связанной вещи, то наше знаніе есть заключеніе. Н е п о с р е д с т в е н н ы й ф а к т ъ е с т ь д о к а з а т е л ь с т в о т о г о , к о т о р ы й м ы п о з н а е м ъ п у т е м ъ з а к л ю ч е н і я¹⁾. Всѣ подобныя заключенія предполагаютъ соотношеніе между различными явленіями; если А. есть доказательство В., то А. и В. должны находиться въ извѣстной связи. Что бы убѣдиться въ этой связи, нужно пройти черезъ извѣстные умственные процессы, чрезъ наблюденіе, дедукцію и индукцію. Совершая эти умственные процессы, мы можемъ надѣлать много ошибокъ; мы нуждаемся въ извѣстныхъ правилахъ, предостерегающихъ отъ такихъ ошибокъ; эти правила составляютъ содержаніе логики.

тезисахъ устанавливать ученіе о достовѣрности вообще: Die Uebereinstimmung der Vorstellung mit dem vorgestellten Sinn heisst die Wahrheit. Die Begründung der Wahrheit der Vorstellungen, durch welche eine Erkenntniss begründet wird aus der Anschauung, heisst der Anschauungsbeweis. Die Begründung der Wahrheit der Vorstellungen, durch welche eine Erkenntniss begründet wird aus der Vernunft, heisst der Vernunftsbeweis. Die Begründung der Wahrheit der Vorstellungen, durch welche eine Erkenntniss begründet wird aus der Erfahrung, heisst der Erfahrungsbeweis. Такимъ образомъ Кёрхеръ различаетъ три вида достовѣрности: 1) чувственную очевидность; 2) логическую достовѣрность и 3) эмпирическую достовѣрность.

¹⁾ Слово «фактъ» употребляется въ различныхъ значеніяхъ. Для нашей цѣли слѣдуетъ замѣтить, что необходимо различать фактъ, какъ извѣстное обобщеніе, какъ результатъ сравненія цѣлаго ряда отдѣльныхъ наблюденій, и фактъ, какъ индивидуальное событіе. Естественно-научные факты представляютъ часто примѣры, когда фактомъ называется результатъ цѣлаго ряда наблюденій; исто-

Не вдаваясь здѣсь въ подробное изложеніе началъ логики, что вывело бы насъ далеко за предѣлы настоящаго труда, считаемъ только нужнымъ выставить слѣдующія руководящія положенія:

1) Задача изслѣдованія истины въ области фактовъ, составляющихъ предметъ судебного изслѣдованія, по существу, ни чѣмъ не отличается отъ общей задачи науки—выработки правильныхъ сужденій о фактахъ вообще.

2) Начала, по которымъ рѣшается эта задача, составляютъ предметъ логики и сводятся къ правиламъ о дедукціи и индукціи, прилагаемыхъ во всѣхъ научныхъ изслѣдованіяхъ. Дедукціею называется примѣненіе общаго начала къ отдѣльному случаю. «Всякій мышьякъ есть ядъ: данное вещество есть мышьякъ: слѣдовательно, оно ядъ»,—вотъ примѣръ дедукціи. Основной принципъ дедукціи выражается въ двухъ положеніяхъ: а) что вѣрно относительно цѣлаго класса явленій, вѣрно и относительно всякаго отдѣльнаго случая, подпадающаго подъ этотъ классъ; и б) вещи, сосуществующія съ какою-либо вещью, сосуществуютъ и между собой. Понятно, что дедукція предполагаетъ идею «единообразія въ природѣ». Это совершенно необходимо явствуется, если большія посылки въ дедукціи основываются на опытѣ. Мы предполагаемъ, что то, что вѣрно для большаго числа случаевъ, подвергавшихся наблюденію, вѣрно для подобныхъ же случаевъ, не подвергавшихся наблюденію, предполагаемъ единообразіе въ природѣ. Сила дедуктивнаго вывода зависитъ отъ достовѣрности общаго положенія, составляющаго большую посылку въ силлогизмѣ. Этою большою посылкой можетъ быть и законъ природы, и эмпирической законъ, и какое либо приблизительное обобщеніе. Такъ, напр., положеніе: «честные люди даютъ правдивыя свидѣтельскія показанія» есть обобщеніе, которое ставится во главѣ силлогизма, провѣряющаго достовѣрность даннаго свидѣтеля. Понятно, что чѣмъ слабѣе будетъ достовѣрность общаго положенія, тѣмъ слабѣе будутъ и заключенія. Такъ какъ общія положенія о человѣческихъ дѣйствіяхъ могутъ считаться только приблизительными обобщеніями (*approximate generalizations*, см. Mill, *Logic*, II, p. 127), то и выводы, въ этой сферѣ, могутъ имѣть только значеніе болѣе или менѣе высокой степени вѣроятности.

Индукція есть заключеніе, дѣлаемое отъ извѣстнаго факта къ неизвѣстному. Это заключеніе даетъ нѣчто новое: это—дѣйствительное заключеніе (*a real inference*, см. Bain, *ib.* p. 19). Единственная причина правильности умозаключеній въ индукціи—единообразіе въ природѣ. Видя, что брошенный въ огонь кусокъ дерева горитъ,

рические событія представляютъ примѣръ индивидуальных фактовъ. Фактомъ индивидуальнымъ представляется также преступленіе, совершенное А. надъ В. Конечно, изъ цѣлаго ряда отдѣльныхъ преступленій, имѣвшихъ мѣсто, можно вывести общее заключеніе; но задача уголовного процесса—установленіе индивидуальнаго преступнаго событія, имѣвшаго мѣсто въ прошломъ. Но такъ какъ непосредственное наблюденіе прошлаго факта невозможно, то судья можетъ имѣть о немъ только посредственное знаніе, т. е. знаніе при помощи цѣлаго ряда источниковъ познаній.

мы заключаемъ, что и другой кусокъ дерева будетъ горѣть, если мы также бросимъ его въ огонь. Это заключеніе имѣетъ свою обезпеченность въ предполагаемомъ единообразіи явленій природы. Единообразіе это выражается въ единообразіи сосуществованія и послѣдовательности явленій. Единообразіе послѣдовательности явленій сводится къ закону причинности, который такъ выражается: «всякое событіе имѣетъ antecedentъ; если antecedentъ имѣетъ мѣсто, то и событіе будетъ имѣть мѣсто». Индуктивное изслѣдованіе производится при помощи методовъ, которые представляютъ два основныхъ типа: методъ согласія и методъ различія.

3) При помощи дедукціи и индукціи факты могутъ быть найдены стоящими другъ къ другу въ отношеніяхъ причины и слѣдствія; и мы можемъ дѣлать заключенія отъ причины къ слѣдствію и отъ слѣдствія къ причинѣ, съ точностью, которая можетъ имѣть различныя степени достовѣрности.

Для дальнѣйшей характеристики уголовно-судебной достовѣрности, нужно замѣтить, что, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, она основывается не на непреложныхъ законахъ природы, даже не на эмпирическихъ правилахъ, а только на п р и б л и з и т е л ь н ы х ъ о б о б щ е н і я х ъ. Уголовно-судебная достовѣрность вытекаетъ изъ показаній людей и изъ вещественныхъ доказательствъ. Довѣріе къ свидѣтельскимъ показаніямъ и вещественнымъ доказательствамъ основывается на приблизительныхъ обобщеніяхъ, которыя, по самой сущности своей, допускаютъ необозримое число исключеній. Что человѣкъ, извѣстный въ околodкѣ за честнаго гражданина, даетъ правдивое показаніе, есть только приблизительное обобщеніе, не имѣющее значенія закона природы или даже эмпирическаго правила. Что потерпѣвшее лицо, имѣющее въ дѣлѣ важный личный интересъ, показываетъ пристрастно, есть приблизительное обобщеніе, допускающее, конечно, много исключеній. Что послѣдній владѣтель краденыхъ вещей—воръ, есть приблизительное обобщеніе, не могущее притязать на достовѣрность. Что сознаніе подсудимаго можетъ быть объяснено только тѣмъ, что онъ дѣйствительно совершилъ преступленіе, есть слабое обобщеніе, терпящее громадное число исключеній. Что свидѣтельскія показанія людей неопороченныхъ, вполне между собою согласныя, указываютъ на то, что утверждаемое ими дѣйствительно совершилось, есть обобщеніе, допускающее множество исключеній, такъ какъ, не говоря уже о другихъ, болѣе дурныхъ, побужденіяхъ, — сожалѣніе, ложно понятое чувство долга, «благочестивая ложь» и т. п. мотивы могли довести свидѣтелей до стачки и лжи. Всѣ представленные нами примѣры доказательствъ даютъ только вѣ р о я т н о с т ь¹⁾, и, въ большинствѣ случаевъ,

¹⁾ Bain, Logic, V. II, p. 90: «Вѣроятность выражаетъ состояніе ума, а также положеніе объективныхъ фактовъ. Какъ состояніе ума, вѣроятность есть степень силы убѣжденія. Высшая степень убѣжденія есть достовѣрность (certainty); низшія степени ея суть степени вѣроятности (probability). Психологическій критерій силы убѣжденія есть готовность дѣйствовать (readiness to act). Какъ положеніе объективныхъ фактовъ, вѣроятность указываетъ на нашъ опытъ, свидѣтель-

уголовныя дѣла представляютъ только стеченіе вѣроятностей болѣе или менѣе высокой степени. Понятно, что и въ дѣлахъ судебныхъ достовѣрность доходитъ также до несомнѣнности, но только тогда, когда нѣтъ шансовъ для противоположнаго заключенія.

Есть событія и факты, несомнѣнная достовѣрность которыхъ также высока, какъ и какой-нибудь непреложный законъ природы. Это только показываетъ, что фактическая достовѣрность представляетъ различныя степени, отъ слабой вѣроятности, подобной какой-нибудь мерцающей гипотезѣ въ наукѣ, до достовѣрности, на которой зиждется всеобщій законъ тяготѣнія. Но обыкновенно въ дѣлахъ судебныхъ мы удовлетворяемся болѣе или менѣе высокою степенью вѣроятности. Рѣдко встрѣчаются въ судѣ такія доказательства, при которыхъ абсолютно невозможно было бы предположеніе противоположнаго результата сравнительно съ тѣмъ, къ какому пришелъ судья. Въ области фактической достовѣрности, мы тогда удовлетворяемся извѣстнымъ заключеніемъ, когда никакое другое предположеніе, кромѣ сдѣланнаго, не оказывается, по убѣжденію нашему, совмѣстимымъ съ обстоятельствами дѣла¹⁾. Мы тогда говоримъ, что въ дѣлѣ нѣтъ «разумнаго, т. е. прак-

ствующій о повтореніи извѣстныхъ явленій, съ большимъ или меньшимъ образомъ. Что совершается при извѣстныхъ условіяхъ постоянно, напр. восходъ солнца, смерть, то считается достовѣрнымъ: наше убѣжденіе, въ этомъ случаѣ, достигаетъ высшей силы. Что совершается, но не всегда, а только иногда, то недостовѣрно. Какъ появленіе факта, такъ и неоявленіе его, въ этомъ случаѣ, недостовѣрно. Такому именно положенію соответствуетъ понятіе вѣроятности». Мы привели эту цитату изъ логики Вена для того, чтобы больше освѣтить высказанную мысль о томъ, что уголовныя доказательства даютъ только вѣроятность. Глобитъ (*Theorie der Wahrscheinlichkeit*, 1806, ч. I, р. 5) такъ опредѣляетъ вѣроятность: «она есть такое положеніе, которому больше вѣрятъ, чѣмъ противоположному, хотя это послѣднее все-таки мыслимо и ничего противорѣчающаго въ себѣ не содержитъ». Савиньи, въ своемъ интересномъ мемуарѣ «*Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse*», напечатанномъ въ *Goldammer's Archiv*, 1858 (р. 485), замѣчаетъ, что наука не можетъ дать законодателью всеобщихъ и исчерпывающихъ правилъ о силѣ доказательствъ, такъ какъ болѣею частью дѣло идетъ только о вѣроятности.

1) Намъ необходимо замѣтить, что, говоря о «фактической достовѣрности», мы не противопоставляемъ ее математической, какъ отличную по методу изслѣдованія. Различіе—въ степени нашей увѣренности. Всякое доказательство, основывающееся на аксіомѣ, или на непреложномъ законѣ природы, даетъ несомнѣнную очевидность. Напротивъ, доказательство, имѣющее въ своемъ основаніи эмпирической законъ или же только приблизительное обобщеніе, даетъ одну вѣроятность, т. е. положеніе, не исключающее возможности противоположнаго. Но и фактическая достовѣрность иногда достигаетъ такой несомнѣнности, что равняется аксіомѣ. Напримѣръ, можно не быть лично въ Америкѣ и безусловно вѣрить въ ея существованіе. Достовѣрность ея существованія равняется аксіомѣ. Что Наполеонъ I существовалъ на свѣтѣ, это такъ же достовѣрно, какъ и то, что «прямая есть кратчайшее разстояніе между двумя точками». Такимъ образомъ, фактическая достовѣрность явленія или событія бываетъ иногда такою же очевидностью, какъ и математическая аксіома. Вглядываясь въ эти случаи фактической достовѣрности, видимъ, что они констатируются такимъ безконечнымъ числомъ вполне согласныхъ свидѣтельствъ, такою массою вещественныхъ доказательствъ, что для насъ, не бывшихъ въ Америкѣ, или не видѣвшихъ лично Наполеона, не представляется ни одного противоположнаго

тическаго сомнѣнія», хотя возможность теоретическаго сомнѣнія, въ рѣдкихъ только случаяхъ, не имѣетъ мѣста. Для яснаго пониманія значенія уголовно-судебной достовѣрности, необходимо сдѣлать нѣсколько замѣчаній о значеніи п р и б л и з и т е л ь н ы х ъ обобщеній. Приблизительныя обобщенія только «обыкновенно», «большею частью», «вообще» вѣрны. Эти слова «обыкновенно», «вообще», «большею частью» выражаютъ то свойство приблизительныхъ обобщеній, что они допускаютъ исключенія. Если намъ извѣстно число случаевъ исключенія изъ даннаго приблизительнаго обобщенія, то мы можемъ цифрою выразить степень вѣрности сдѣланнаго изъ него умозаключенія. Если мы знаемъ, что ложное свидѣтельство встрѣчается въ одномъ случаѣ изъ десяти, то вѣроятность ложнаго свидѣтельства будетъ равняться $\frac{1}{10}$. Всѣ вообще максимы о свойствѣхъ человѣческаго поведенія, о характерѣ людей, всѣ пословицы, какъ выраженія житейской мудрости, суть только приблизительныя обобщенія. Мы можемъ сдѣлать приблизительное обобщеніе точнымъ, если знаемъ какъ много оно допускаетъ исключеній; мы можемъ достигнуть того же результата, если знаемъ всѣ случаи, въ которыхъ приблизительное обобщеніе имѣетъ силу.

Вообще, при оцѣнкѣ силы судебныхъ доказательствъ, на основаніи приблизительныхъ обобщеній, нужно всегда помнить, что, при невозможности знать всѣ случаи исключеній, мы получаемъ только вѣроятное доказательство (*probable evidence*), болѣе или менѣе высокую степень вѣроятности, на основаніи которой обыкновенно и дѣйствуемъ въ жизни. Конечно, приблизительныя обобщенія болѣе полезны въ жизни, чѣмъ въ наукѣ. Стифенъ (*Indian Evidence Act*, p. 34) совершенно правъ, утверждая, что приблизительныя обобщенія приносятъ больше пользы въ судѣ, чѣмъ въ наукѣ, ибо «судья оцѣниваетъ силу приблизительнаго обобщенія, привнося въ дѣло свою житейскую опытность, лично ему извѣстныя исключенія и данныя, при примѣненіи общаго правила къ отдѣль-

довада, ни одного противоположнаго свидѣтельства. Вѣроятность несуществованія Америки или Наполеона равняется нулю. Нужно вспомнить, что и математическаго аксіома есть просто фактическая достовѣрность, основывающаяся на непосредственномъ воспріятіи, подтвержденномъ всеобщимъ и нераздѣльнымъ признаніемъ человѣчества. Вѣроятность въ области фактовъ существуетъ тогда, когда возможны шансы для положенія, противнаго тому, которое нами признается достовѣрнымъ. Говоря о фактической достовѣрности, Э. Навиль (*Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1873, p. 578) замѣчаетъ: «существованіе Лондона также достовѣрно для француза, никогда не переѣзжавшаго канала, какъ и существованіе Парижа, который онъ видѣлъ собственными глазами. Исторической критикѣ приходится контролировать многія свѣдѣнія въ наиболѣе распространенныхъ разсказахъ даже о самыхъ повѣвшихъ событіяхъ; но человѣкъ, который бы сомнѣвался въ достовѣрности осады Парижа пруссаками, долженъ бы сомнѣваться во всемъ безъ всякаго исключенія. Судебныя доказательства часто крайне недостовѣрны; но юристы, разработавшіе ученіе о судебной достовѣрности до мельчайшихъ подробностей, обыкновенно начинаютъ съ признанія нѣкоторыхъ фактовъ общезавѣстными (*notoriété*), не требующими никакихъ доказательствъ, такъ какъ эти факты основываются на единорасномъ и всеобщемъ свидѣтельствѣ, которое само по себѣ составляетъ абсолютное доказательство. Эта достовѣрность свидѣтельства, въ извѣстныхъ случаяхъ, равняется очевидности

ному случаю». Въ наукѣ¹⁾ это, конечно, не можетъ имѣть мѣста. Судья, выслушавъ много свидѣтелей на своемъ вѣку, имѣетъ богатый личный опытъ для того, чтобы провѣрить силу и значеніе приблизительнаго обобщенія о достовѣрности свидѣтельскихъ показаній, въ примѣненіи къ данному случаю. Словомъ, упомянутое нами выше цифровое опредѣленіе степени вѣроятности заключенія, сдѣланнаго на основаніи приблизительнаго обобщенія, рѣдко выполняемое въ дѣйствительности, замѣняется приблизительнымъ вычисленіемъ вѣроятности по даннымъ личнаго опыта. Судь присяжныхъ, между прочимъ, потому считается учрежденіемъ цѣлесообразнымъ, что въ оцѣнку доказательствъ онѣ приносятъ свои личныя знанія, полезныя для опредѣленія значенія приблизительныхъ обобщеній въ конкретномъ случаѣ». «Присяжные, сказано въ мотивахъ къ нашему уст. угол. судопр. (ст. 201, изд. госуд. канцеляріи), для открытія истины могутъ пользоваться ближайшею извѣстностью имъ поведенія и наклонностей подсудимаго, а равно мѣстныхъ нравовъ, обычаевъ и порядковъ домашней жизни, что проливаетъ иногда свѣтъ на такія обстоятельства, которыя для людей, посвятившихъ себя исключительно кабинетнымъ занятіямъ, кажутся или темными, или неимѣющими связи съ преступленіемъ». Стэрки, въ своемъ знаменитомъ трудѣ о доказательствахъ²⁾, говоритъ слѣдующее о значеніи присяжныхъ въ этомъ отношеніи: «Тайнственныя, запутанныя происшествія, составляющія предметъ судебныхъ изслѣдованій, слишкомъ разнообразны по своимъ подробностямъ, чтобы они могли быть изслѣдованы на основаніи какихъ-либо систематическихъ и формальныхъ правилъ (о доказательствахъ); единственно-вѣрный вожатый къ истинѣ, какъ въ секретахъ природы, такъ и въ сокровенныхъ дѣяніяхъ людей, есть разумъ, способнѣйшій опытомъ. Ясно, что опытъ, наиболѣе способный помочь судьямъ фактовъ въ разрѣшеніи дѣлъ, порождаемыхъ общественною жизнью, есть именно тотъ опытъ, который получается изъ ближайшаго знанія людей, ихъ быта и обычаевъ. Не менѣе ясно и то, что приложить къ дѣлу такой опытъ, такое знаніе наиболѣе способенъ умъ, не отягченный техническими и искусственными правилами, которыми постоянный трибуналъ наклоненъ руководствоваться при рѣшеніи вопросовъ факта³⁾».

аксіомъ математическихъ и непосредственныхъ воспріятій нашихъ чувствъ и сознанія. Достовѣрность факта, достовѣрность демонстраціи разума и достовѣрность вѣры (*la certitude de fait, la certitude de raison et la certitude de foi, en entendant par foi la confiance, accordée au témoignage*) различаются по своимъ объектамъ, а не по силѣ нашего убѣжденія. Достовѣрность примѣняется къ различнымъ родамъ утвержденій, но имѣтъ различныхъ видовъ достовѣрности, такъ точно какъ зрѣніе наше распространяется на различные предметы, а между тѣмъ имѣтъ различныхъ родовъ зрѣнія для различныхъ предметовъ.

¹⁾ Volkelt, Die Quellen der menschlichen Gewissheit, München, 1906, S. 115.

²⁾ Th. Starkie, A practical treatise of the law of evidence, 4 изд. p. 8 и слѣд.

³⁾ Sohn, Voraussetzungen und Ziele des Erkennens, 1908, S. 301, даетъ хороший терминъ: «*Erlebnisswirklichkeit*». Этимъ терминомъ желательно, по воз-

§ II. Мы показали, что умственные процессы, при изслѣдованіи фактической достовѣрности въ наукѣ и въ жизни, одни и тѣ же. Для болѣе точной характеристики уголовно-судебной достовѣрности, необходимо показать черты различія между изслѣдованіемъ судебнымъ и научнымъ.

а) Въ научныхъ изслѣдованіяхъ число существенныхъ для дѣла фактовъ обыкновенно неограниченно и можетъ быть, въ громадномъ числѣ случаевъ, увеличиваемо посредствомъ эксперимента. Въ судебныхъ изслѣдованіяхъ число фактовъ ограничивается существенными обстоятельствоми данного случая, и, понятно, не можетъ быть увеличено помощью эксперимента ¹⁾. Разъ уголовный случай не оставилъ слѣдовъ, доказательствъ, недостатокъ въ нихъ, никогда уже не можетъ быть выполненъ. Совершенное преступленіе, какъ и всякій историческій фактъ, составляющій предметъ изслѣдованія, уже не можетъ болѣе повториться; если-бы преступленіе и повторилось, то это былъ бы уже другой фактъ, другое происшествіе,—для другого изслѣдованія. Напротивъ, многіе естественно-научные факты, повторяющіеся безконечное число разъ, могутъ быть, кромѣ того, воспроизведены искусственно, что и даетъ возможность наблюдать ихъ не только при обычныхъ ихъ условіяхъ, но и при другихъ, нарочно созданныхъ ученымъ изслѣдованіемъ.

б) Научное изслѣдованіе можетъ длиться столько времени, сколько это нужно для полученія полныхъ доказательствъ добытаго результата. Этотъ результатъ можетъ быть вновь провѣренъ, если-бы открыты были новые существенные факты, или сдѣланы были возраженія противъ способа разработкн вопроса. Въ судебныхъ изслѣдованіяхъ обязательна извѣстная скорость въ рѣшеніи дѣлъ: живой человѣкъ, ожидающій рѣшенія участи — не научный вопросъ, который можетъ и дѣйствительно ждать порѣшенія въ теченіе десятковъ лѣтъ. Гуманность, польза общественная и интересы право-

возможности, исключить изъ человѣческаго знанія то, что принадлежитъ индивиду, его особенностямъ и, кромѣ того, его времени, идеямъ и предразсудкамъ послѣдствію. Сohn хорошо говоритъ: «Добытая переживаніемъ дѣйствительность» (Erlebniswirklichkeit) содержитъ въ себѣ всегда и части, зависящія отъ особенностей индивида переживающаго. Это сдѣлается вполнѣ яснымъ, когда обратимъ вниманіе на перемѣны, совершающіяся съ «перехитою дѣйствительностью» въ разныя эпохи исторіи. Привидѣнія и ангелы, колдуны и вѣдьмы, черти и чудеса всегда принадлежали къ «перехитою дѣйствительности средневѣковаго человѣка». Понятно, что житейскій опытъ человѣка, примѣняемый при оцѣнкѣ доказательствъ на судѣ всегда вноситъ въ дѣло индивидуальныя особенности человѣка, накапливающаго этотъ опытъ. Но въ судѣ, въ оцѣнкѣ доказательствъ, участвуютъ многіе, поэтому получается многосторонній житейскій опытъ. Тѣмъ не менѣе эпоха съ ея идеями, предразсудками, міровоззрѣніемъ, съ ея типами пониманія человѣческой судьбы отдѣльнаго лица или цѣлага народа всегда скажутся субъективными элементами въ оцѣнкахъ доказательствъ судьями, сколько бы числомъ этихъ ни было въ дѣлѣ. Вотъ это то обстоятельство и дѣлаетъ изъ человѣческаго правосудія нечто условное, очень далекое отъ той абсолютной достовѣрности, о которой мечтаетъ человечество въ возвышенныхъ своихъ грезахъ.

¹⁾ О значеніи эксперимента въ области политики (въ обширномъ смыслѣ слова) см. Lewes, On the methods of observation and reasoning in politics. v. I. p. 152.

судя съ одинаковою настойчивостью требуютъ, чтобы состояніе подсудимости прекращалось, по-возможности, скорѣе.

с) Въ научныхъ вопросахъ, факты устанавливаются обученными наблюдателями; ошибки въ наблюденіяхъ могутъ быть открыты; недобросовѣстность въ изслѣдованіи разоблачается критикою, не только всегда возможною, но и составляющею *conditio sine qua non* науки. Напротивъ, въ судебныхъ изслѣдованіяхъ, факты собираются и устанавливаются большею частью людьми, необученными и непривычными къ наблюденію и описанію наблюденій. Эти факты въ высшей степени возбуждаютъ самыя разнообразныя страсти ¹⁾. Свидѣтели знаютъ для какой цѣли отъ нихъ отбираются показанія; знаютъ, каково можетъ быть послѣдствіе того или другого ихъ свидѣтельства. Такое возможное предвидѣніе послѣдствій вліяетъ на характеръ показанія. Хотя свидѣтель и обязанъ давать только факты, но, все-таки, и въ этихъ предѣлахъ, онъ является отчасти рѣшителемъ судьбы подсудимаго, и такое сознаніе не можетъ не вліять на объективность его показанія.

§ III. Намъ слѣдуетъ еще остановиться на характеристикѣ исторической достовѣрности и доказыванія ея, чтобы точнѣе очертить предѣлы и особенности уголовно-судебной достовѣрности. Историческая достовѣрность и судебная имѣютъ много общаго. Какъ въ исторіи, такъ и въ судѣ, очевидность есть только нравственная, а не физическая; достовѣрность, по выраженію Бэна (*ib.* II, 423), здѣсь достигается путемъ сочетанія вѣроятностей. Корнваль Льюисъ, въ своемъ сочиненіи «*On the methods of observation and reasoning in politics*», посвятилъ большую главу характеристикѣ способовъ изслѣдованія исторической достовѣрности. Пользуясь ею для обозначенія главнѣйшихъ моментовъ въ изслѣдованіяхъ этого рода.

Предметъ исторіи — изложеніе фактовъ, событій, имѣвшихъ мѣсто въ жизни человѣчества. Первая задача исторіи, говоритъ Льюисъ, быть *д о с т о в ѣ р н о ю*. Въ изложеніи современныхъ событій историкъ можетъ основываться какъ на личныхъ своихъ наблюденіяхъ, такъ и на первоначальныхъ документахъ, почерпнутыхъ изъ достовѣрныхъ источниковъ. Но понятно, что значительная часть даже современной исторіи опирается на рассказы свидѣтелей. Историкъ, пишущій не на основаніи своихъ собственныхъ наблюденій, можетъ получать доказательства прошедшихъ событій только изъ а) вещественныхъ остатковъ отъ прежнихъ временъ — намятниковъ, монетъ, развалинъ, и б) изъ показаній свидѣтелей. При провѣркѣ достовѣрности утверждаемаго историческаго факта, необходимо обслѣдовать два вопроса: 1) существуетъ ли показаніе свидѣтеля въ аутентической формѣ и 2) вѣрно-ли это показаніе? Первый вопросъ касается точной передачи свидѣтельскаго показанія, второй — достоинства самаго показанія. Свидѣтель историческаго факта оцѣнивается, какъ и свидѣтель на судѣ, со стороны его правдивости, способности къ наблюденію и сужденію. Различіе между

¹⁾ Тѣ же страсти искажаютъ и мемуары, на которыхъ строятся многіе приговоры исторической науки.

судомъ и наукою въ томъ, что историкъ имѣеть дѣло съ мертвымъ свидѣтелемъ, судья—съ живымъ человѣкомъ.

Основной принципъ въ ученіи о достовѣрности исторической заключается въ томъ, что свидѣтельство должно быть современное, полученное отъ современниковъ, непосредственно, или черезъ достовѣрную традицію. Сведеніе свидѣтельства къ первоначальному источнику составляетъ главный приемъ при установленіи его достовѣрности. Правило это имѣеть инклюзивное значеніе, т. е. все, что выдерживаетъ испытаніе посредствомъ этого правила, включается въ число свидѣтельствъ достовѣрныхъ. Но эксклюзивное значеніе этого правила не составляетъ общепринятаго начала. Иные отдѣлы древней исторіи, на основаніи этого значенія упомянутаго правила, были-бы совершенно отброшены. Всѣ вообще историческія свидѣтельства, говоритъ Мьонистъ, должны быть провѣряемы общою вѣроподобностью даннаго явленія. Эта провѣрка одинаково присуща какъ историческимъ, такъ и судебнымъ изслѣдованіямъ. Чѣмъ вообще невѣроподобнѣе разсказанное событіе, тѣмъ сильнѣе должны быть доказательства его. Правила, изложенныя у Маскардуса, имѣють здѣсь примѣненіе: «*Testis, deponens non verisimilia, non probat, sed est admodum de falso suspectus. Quod enim non est verisimile, non est credibile, nec considerabile. Verisimilitudo cognata naturae et contra non verisimile naturae adversatur. Id enim quod distat a verisimili imaginem habet falsitatis*».

Существенное различіе между изслѣдованіями достовѣрности въ исторической наукѣ и въ уголовномъ судѣ сводится къ слѣдующимъ чертамъ:

1) Крупнѣйшія историческія событія, наиболѣе важныя для науки, оставляють такіе разнообразныя и многочисленныя слѣды, что историкъ почти всегда имѣеть больше данныхъ для возстановленія прошлаго, чѣмъ судья при изслѣдованіи преступленія, которое, по самому существу своему, стремится поглотить и исказить свои слѣды.

2) То, что принимается въ дѣлѣ свидѣтельства историческаго за первоначальное доказательство, считается на судѣ доказательствомъ второстепеннымъ, производнымъ. На судѣ историческомъ письменное свидѣтельское показаніе есть доказательство первоначальное — на этомъ судѣ не можетъ быть устныхъ показаній; на судѣ уголовномъ — письменное свидѣтельское показаніе есть доказательство второстепенное. Первоначальнымъ доказательствомъ судебнымъ считается устное показаніе свидѣтеля на судѣ, гдѣ его могутъ провѣрить перекрестнымъ вопросомъ и, въ случаѣ надобности, подвергнуть преслѣдованію за ложь или клятвопреступленіе.

3) Исторія не знаетъ правилъ, исключających тѣ или другія доказательства; на судѣ исторіи выслушиваются всевозможныя показанія, хотя и не всѣмъ дается одинаковая вѣра. На судѣ уголовномъ, не все можетъ быть читано, не все говорено, не каждый свидѣтель можетъ быть выслушанъ. По различнымъ соображеніямъ, мно-

гя доказательства исключаются из доказательственного материала, какъ негодные источники доказательности.

4) Правила о собираніи и провѣркѣ доказательствъ на судѣ строже и представляютъ рядъ началъ, выработанныхъ, въ теченіе вѣковъ, на почвѣ страданій и безконечныхъ наблюденій. Правила объ исторической достовѣрности не отличаются ни такою строгостью, ни такою осмотрительностью. Льюисъ совершенно справедливо замѣчаетъ, что если-бы практическія послѣдствія приговоровъ историка имѣли рѣшительное значеніе, напримѣръ, для жизни человѣка, подобно рѣшенію уголовного суда, то историки, конечно, строже примѣняли-бы правила о достовѣрности, соблюдаемыя въ судебныхъ изслѣдованіяхъ. Во всякомъ случаѣ, съ положительностью можно сказать, что правила объ изслѣдованіи судебно-уголовной достовѣрности осмотрительнѣе и цѣлесообразнѣе тѣхъ правилъ, которыми руководятся историки. Но историкъ имѣеть то преимущество предъ судьейю, что онъ не долженъ постановлять приговора въ сравнительно короткій промежутокъ времени, что его слѣдственная камера всегда открыта, что наука не знаетъ *res judicata*, и что потрясающія историческія событія оставляютъ такіе неизгладимые слѣды во внѣшнемъ мірѣ и памяти людей, что спорные вопросы касаются большею частью подробностей, мало задерживающихъ познаніе прошлой жизни человѣчества. Впрочемъ, вопросъ о достовѣрности въ исторіи значительно теряетъ въ своемъ значеніи съ тѣхъ поръ, какъ эта наука сдѣлалась социологической⁴⁾. Социологическіе же выводы исторіи должны основываться на такой массѣ однородныхъ ф а к т о в ъ, что вопросъ о достовѣрности отдѣльнаго событія сохраняетъ свое значеніе лишь въ единичныхъ эпизодахъ, гдѣ интересно установить точно существованіе мелкихъ фактовъ.



⁴⁾ Ludo Hartmann. Ueber historische Entwicklung, 1905 r.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

«Внутреннее убѣжденіе», какъ мѣрило уголовно-судебной достовѣрности, означаетъ, что послѣдняя обыкновенно есть только нравственная очевидность, т. е. та высокая степень вѣроятности, при которой благоразумный человѣкъ считаетъ уже возможнымъ дѣйствовать въ случаяхъ, когда судьба собственныхъ и самыхъ высшихъ его интересовъ зависитъ отъ рѣшенія вопроса о достовѣрности фактовъ, обуславливающихъ самый актъ рѣшимости.

ОСНОВАНІЯ.

Въ нашемъ опредѣленіи судебно-уголовной достовѣрности «внутреннее убѣжденіе» выставлено мѣриломъ достовѣрности фактовъ, на которыхъ судебный приговоръ долженъ основываться. Терминъ «внутреннее убѣжденіе» нами примѣняется, какъ общепотребительный¹⁾. Принципъ «внутренняго убѣжденія», во-первыхъ, характеризуетъ судебно-уголовную достовѣрность, какъ нравственную очевидность, и, во-вторыхъ, опредѣляетъ характеръ отношенія законодательства къ уголовнымъ доказательствамъ.

¹⁾ Терминъ «внутреннее убѣжденіе» (intime conviction) мы удерживаемъ, потому—что онъ кажется намъ довольно выразительнымъ. Онъ, по нашему, довольно удачно выражаетъ характеръ нравственной достовѣрности. «Внутреннее убѣжденіе» вовсе не значитъ «безотчетное убѣжденіе», «инстинктивное убѣжденіе», оно—убѣжденіе по крайнему разумѣнію, данное «по совѣсти» въ томъ смыслѣ, что никакія постороннія побужденія и соображенія не вліяли на судью, свободно, безъ всякихъ формальныхъ мѣрокъ, оцѣнившаго силу доказательствъ.

ОТДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ

Внутреннее убѣжденіе, какъ мѣрило уголовно-судебной достовѣрности.

Основанія внутренняго убѣжденія.

Каковы бы ни были различные виды уголовныхъ доказательствъ, но мы составляемъ себѣ убѣжденіе о событіи, имѣвшемъ мѣсто въ прошломъ, или на основаніи полнаго довѣрія къ показаніямъ людей (подсудимаго, свидѣтеля, автора письменнаго документа), или же на основаніи заключеній о связи какого-либо вещественнаго факта съ *factum probandum*, составляющимъ предметъ изслѣдованія. Поэтому, для точнаго уясненія основаній внутренняго убѣжденія, необходимо изложить—въ чемъ заключаются причины нашего довѣрія къ свидѣтелямъ и къ вещественнымъ фактамъ.

а) Довѣріе къ свидѣтельскимъ показаніямъ.

Необходимость пользоваться показаніями людей, необходимость принимать ихъ за истину—есть такое первостепенное условіе, какъ частнаго, такъ и общественнаго быта, что, безъ довѣрія, съ одной стороны, и правдивости, съ другой, не мыслима была-бы самая первобытная, самая несложная человѣческая жизнь. На каждомъ шагу, въ жизни, мы нуждаемся въ правдивыхъ показаніяхъ людей, и если люди часто лгутъ, то еще несравненно чаще говорятъ правду. На каждомъ шагу, въ жизни, мы вынуждены обстоятельствами оказывать довѣріе человѣческимъ показаніямъ, и если мы часто провѣряемъ ихъ, то еще чаще принимаемъ на вѣру. Житейскій опытъ показываетъ, что, въ общемъ, склонность людей говорить правду сильнѣе склонности лгать, и что склонность довѣрять человѣческимъ словамъ такъ мочуча, что первое наше движеніе клонится къ довѣрію, а только послѣдующія—къ критикѣ. Высокое значеніе правдивости человѣческихъ показаній трудно преувеличить; вся человѣческая культура имѣетъ основною цѣлью сдѣлать людей правдивыми, ввести истину въ человѣческое сознаніе и жизнь. Ложь есть самый гнилой продуктъ человѣческой испорченности; а лживость—самый печальный видъ упадка нравственной личности. Стре-

мленіе вѣрить человѣческимъ показаніямъ вытекаетъ изъ нашей природы: равнымъ образомъ, правдивость въ словахъ есть непосредственная потребность человѣческой души. У англійскаго философа Рида мы находимъ превосходную страницу объ этихъ двухъ наклонностяхъ человѣческой природы. «Мудрый и всеблагій творецъ міра, желавшій, чтобы человѣкъ жилъ въ обществѣ и получалъ наибольшую и важнѣйшую часть своихъ знаній отъ ближнихъ, вложилъ, для этой цѣли, въ его природу два важныхъ начала, которыя всегда сомасуются другъ съ другомъ. Первое изъ этихъ началъ есть наклонность говорить правду и пользоваться въ языкѣ знаками, которые самымъ точнымъ образомъ выражаютъ наши чувства. Дѣйствіе этого могущественнаго начала распространяется даже на лежеца. Ибо если онъ солжетъ одинъ разъ, то скажется правду сто разъ. Правда есть то, что прежде всего представляется душѣ; сказать эту правду—прямая наша обязанность. Для того, чтобы сказать правду, не нужно ни искусства, ни науки, ни искушенія, ни мотива, требуется только одно—не насиловать естественнаго стремленія нашей природы. Напротивъ, ложь есть насиліе надъ душою, рвущееся выразить истину, и нуждается, даже у людей совершенно испорченныхъ, въ какомъ нибудь мотивѣ. Люди говорятъ правду естественно, просто, какъ ѣдятъ хлѣбъ, потому что есть аппетитъ; но говорить ложь, значитъ—принимать микстуру, что дѣлается для какой нибудь цѣли, другимъ путемъ недостижимой. Если мнѣ возражать, что нравственность и общественный интересъ—достаточные мотивы для того, чтобы люди уважали правду, и что, слѣдовательно, если они говорятъ ее, то изъ того не слѣдуетъ, что они побуждаются къ тому какимъ то природнымъ и первоначальнымъ качествомъ, то на это я возражу слѣдующее. Во-первыхъ, политическія и моральныя соображенія не имѣютъ вліянія на человѣка до наступленія возраста, когда начинаютъ размышлять и рассуждать; между тѣмъ, опытъ показываетъ, что дѣти говорятъ неизмѣнно правду гораздо ранѣе наступленія этого возраста. Во-вторыхъ, когда мы руководствуемся какимъ-нибудь моральнымъ и политическимъ соображеніемъ, то обыкновенно сознаемъ это, воспринимаяемъ это нашею мыслію. Между тѣмъ, разбирая свои дѣйствія самымъ внимательнымъ образомъ, я не замѣчаю, чтобы, высказывая правду, я руководствовался какимъ-нибудь мотивомъ моральнымъ или политическимъ. Я сознаю, что правда у меня всегда на устахъ, что она рвется наружу, если я не удерживаю ее насильно. Чтобы она сошла съ устъ моихъ, не нужно ни добрыхъ, ни дурныхъ намѣреній, нужно только одно: не имѣть никакихъ особыхъ цѣлей, никакихъ плановъ. Конечно, могутъ существовать большія искушенія, слишкомъ опасныя для принципа натуральной правдивости, не укрѣпленной правилами чести и добродѣтели; но гдѣ нѣтъ подобныхъ искушеній, мы говоримъ правду по инстинкту. А этотъ инстинктъ и есть именно то начало, которое я пытался разъяснить. При помощи этого инстинкта, образуется дѣйствительная связь между нашими мыслями и словами: послѣднія дѣлаются знаками первыхъ, чего безъ упомянутаго инстинкта не могло бы быть. Правда, эта связь разрывается въ каждомъ отдѣль-

номъ случаѣ лжи и двусмысленности; но такихъ случаевъ сравнительно мало; они, конечно, ослабляютъ авторитетъ человѣческихъ свидѣтельствъ, но не разрушаютъ его.

Второе первоначальное свойство, данное намъ отъ бога, есть склонность вѣрить въ правдивость другихъ людей и довѣрять тому, что они говорятъ. Это второе начало есть дополненіе перваго. И если первое было нами названо началомъ п р а в д и в о с т и, то второе по недостатку лучшаго термина, мы назовемъ принципомъ до вѣ р і я. Это довѣріе неограниченно у дѣтей, пока они не встрѣчаются съ фактами обмана и лжи; оно остается въ значительной силѣ, въ теченіе цѣлой нашей жизни. Если бы природа оставила душу того, кто говоритъ, въ полномъ равновѣсіи, безъ большаго наклона въ сторону истины, чѣмъ въ сторону лжи, то дѣти также часто говорили бы правду, какъ и ложь, пока, съ развитіемъ ума и совѣсти, не поняли-бы вреда и безнравственности неправды. Съ другой стороны, если-бы природа оставила душу того, кто слушаетъ, въ полномъ равновѣсіи, безъ большаго наклона въ пользу довѣрія, чѣмъ недоовѣрія, мы не принимали-бы ни чьихъ словъ за истину, безъ положительныхъ доказательствъ ихъ правдивости.

Показаніе человѣка, въ такомъ случаѣ, имѣло бы въ глазахъ нашихъ такой же авторитетъ, какъ и сны его, которые могутъ быть и правдивы, и лживы, и которымъ никто же не вѣритъ потому только, что они снились. Ясно, что въ дѣлѣ человѣческаго свидѣтельства балансъ нашего сужденія наклоненъ природою въ сторону довѣрія, и самъ поворачивается туда, если на противоположной чашкѣ ничего не положено. Если-бы это было не такъ, ни одно человѣческое слово не могло бы быть принято, безъ предварительнаго разслѣдованія, и большинство людей не находило бы достаточнаго основанія для принятія и тысячной доли того, что имъ говорится. Такое недоовѣріе лишило-бы насъ всѣхъ благъ общежитія и поставило-бы въ положеніе гораздо худшее, чѣмъ состояніе дикарей. По той-же причинѣ дѣти были бы абсолютно недоовѣрчивы и потому совершенно негодны къ обученію. Одною степенію выше по доовѣрчивости стояли-бы люди, имѣющіе нѣкоторое знаніе жизни и свойствъ человѣка; но самыми доовѣрчивыми оказались-бы люди, обладающіе богатимъ опытомъ и проницательностію, потому что, въ большинствѣ случаевъ, они способны были-бы найдти основанія для доовѣрія къ человѣческому свидѣтельству, чего не могли бы сдѣлать люди малосвѣдущіе и неразвитые. Словомъ, если-бы доовѣріе было результатомъ умственного развитія и опыта, то оно должно было-бы возрастать вмѣстѣ съ этими силами. Напротивъ, если оно—даръ природы, то оно должно быть сильнѣе всего въ дѣтствѣ, впоследствии-же должно служиться опытомъ. Дѣйствительно, даже поверхностный взглядъ на жизнь показываетъ, что справедливо это послѣднее, а не предшествовавшее положеніе».

Въ существѣ дѣла, по вопросу о причинѣ нашего доовѣрія къ человѣческому свидѣтельству. Бенгамъ (*Rationale of judicial evidence*, v. I, p. 100) согласенъ съ Ридомъ. Довѣріе къ свидѣтельскимъ показаніямъ, по его мнѣнію, составляетъ природное стремленіе (про-

ensity), признаваемое и одобряемое опытом. Опыт, по Бентаму, показываетъ, что число случаевъ, въ которыхъ человеческое свидѣтельство оказывается согласнымъ съ фактами, значительно превышаетъ количество случаевъ, гдѣ это свидѣтельство ложно. «Отсюда вытекаетъ, продолжаетъ Бентамъ, что основанія для довѣрія представляють общее правило, нормальное состояніе человеческой души; основанія же для недовѣрія составляютъ случаи исключенія. Поэтому, для того, чтобы вызвано было недовѣріе, необходима какая-нибудь причина, дѣйствующая въ данномъ случаѣ». Такимъ образомъ, говоря вообще, склонность вѣрить человеческимъ показаніямъ гораздо сильнѣе склонности не вѣрить. Будь это не такъ, будь обратное отношеніе, общество не могло-бы жить. Принимая во вниманіе, что свидѣтельства не всегда бываютъ вѣрны, что бываютъ случаи ложныхъ показаній, можно сказать, что наша вѣра въ правдивость показаній людей есть предположеніе вѣроятности. Степень этой вѣроятности зависитъ отъ житейскаго нашего опыта: кого больше обманывали, тотъ будетъ меньше вѣрить; кого меньше обманывали—будетъ больше вѣрить. Съ самаго дѣтства и до самой старости, мы накопляемъ опытъ о степени возможнаго довѣрія къ человеческимъ свидѣтельствамъ, составляемъ себѣ приблизительныя обобщенія о степени достовѣрности показаній людей различныхъ классовъ, различныхъ профессій, различныхъ возрастовъ. Этотъ богатый личный опытъ не составляетъ, однако, чисто субъективнаго достоянія отдѣльной личности: въ общемъ, наблюденія людей имѣютъ много сходнаго, много тождественнаго. Такимъ образомъ получается, въ каждую эпоху, въ каждомъ обществѣ, цѣлая масса одинаковыхъ наблюденій надъ степенью правдивости людей различныхъ положеній и характеровъ, масса наблюденій, изъ которыхъ не только могутъ быть извлекаемы, но и дѣйствительно извлекаются общія начала. Вотъ этотъ то матеріалъ наблюденій и обобщеній и помогаетъ намъ оцѣнивать, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, достовѣрность свидѣтеля. Понятно, что подобныя оцѣнки, результатъ которыхъ въ значительной степени обусловливается личнымъ опытомъ изслѣдователя, не представляютъ той достовѣрности, которая возможна въ научныхъ изслѣдованіяхъ. Понятно, что такія оцѣнки могутъ дать только большую или меньшую степень вѣроятности, которая тѣмъ больше имѣетъ основаній, чѣмъ больше вносится въ дѣло разнообразнаго опыта, почерпнутаго людьми въ различныхъ сферахъ жизни и въ различныхъ положеніяхъ.—На основаніи такихъ же приѣмовъ производится оцѣнка достовѣрности человеческого свидѣтельства? Доказательство достовѣрности человеческого свидѣтельства не сводится къ аксіомѣ; она также не сводится къ фактамъ, которые мы воспринимаемъ собственными нашими чувствами. Нужно замѣтить, что мы здѣсь не касаемся той провѣрки всякихъ доказательствъ, которыя основываются на общей невозможности самаго событія, передаваемого свидѣтелями. Объ этомъ рѣчь будетъ ниже. Вопросъ сводится къ тому: каковы признаки свидѣтельства, утверждающіе насъ въ довѣрїи къ нему? Когда мы имѣемъ передъ собою одно свидѣтельское

показаніе, оно насъ не убѣждаетъ вполне, если свидѣтель намъ со-
всѣмъ неизвѣстенъ; такое единичное показаніе дастъ только весьма
малую вѣроятность. Мы ищемъ еще другихъ свидѣтельствъ. Такимъ
образомъ, если мы будемъ имѣть, вмѣсто одного свидѣтеля, пятна-
дцать, наше довѣріе возвысится. Отсюда получается выводъ: до-
сто вѣ р н о с т ь с в и дѣ т е л ь с т в а п р о п о р ц и о н а л ь н а
ч и с л у с в и дѣ т е л е й ¹⁾). Полную достовѣрность мы мо-
жемъ признать, если будемъ имѣть идеальное число возможныхъ
свидѣтелей; но такое идеальное число есть абстракція; реальное
же число свидѣтелей даннаго случая даетъ только вѣроятность.
При неизмѣннѣ идеальнаго числа свидѣтелей, мы можемъ себѣ объ-
яснить согласное показаніе имѣющихъ свидѣтелей и тѣмъ, что
фактъ, ими утверждаемый, дѣйствительно совершился и служить
причиною совпаденія показаній, и тѣмъ, что была другая причина
такого совпаденія, напр. личный интересъ, подкупъ. Положеніе, что
досто вѣ р н о с т ь с в и дѣ т е л ь с т в а п р о п о р ц и о н а л ь н а ч и с л у с в и дѣ т е л е й,
есть истина абстрактная, такъ какъ она предполагаетъ отвѣченное
равенство свидѣтельствъ, ихъ тождественность въ силѣ, причѣмъ
каждое изъ нихъ принимается за единицу. Но достоинство свидѣ-
тельскаго показанія зависитъ отъ его содержанія. Отсюда полу-
чается второе положеніе: досто вѣ р н о с т ь с в и дѣ т е л ь с т в а
п р о п о р ц и о н а л ь н а п р а в д и в о с т и с в и дѣ т е л я.
Чѣмъ больше мы знаемъ свидѣтеля за человѣка, обладающаго не-
обходимыми условіями для точнаго и правдиваго показанія, тѣмъ
больше мы ему довѣряемъ. Идеально-досто вѣ р н ы м ь с в и дѣ т е л е м ь мы
считаемъ того, кто можетъ, по своимъ личнымъ условіямъ, дать наи-
болѣе точное показаніе. Но идеальная величина есть абстракція.
Реальный же свидѣтель считается правдивымъ, если изъ всѣхъ из-
вѣстныхъ намъ людей онъ обладаетъ наибѣрѣннѣйшими признаками
досто вѣ р н о с т и, наиболѣе обезпечиваетъ наше довѣріе. Въ дѣйстви-
тельной жизни мы часто основываемся на одномъ свидѣтелѣ, если
считаемъ его вполне правдивымъ человѣкомъ. Но если взять во вни-
маніе всевозможные шансы заблужденія, вплоть до галлюцинацій,
то придется заключить, что, съ точки зрѣнія строго-научной, досто-
вѣ р н о с т ь будетъ нами добыта только тогда, когда будемъ имѣть
предъ собою идеальнаго свидѣтеля, который, однако, есть абстракція.
Такимъ образомъ, и съ точки зрѣнія содержанія свидѣтельскаго по-
казанія, мы получаемъ отъ свидѣтеля только вѣ р о я т н о с т ь,
а не досто вѣ р н о с т ь. Указанные нами критеріи оцѣнки
свидѣтельскаго показанія, количественный и каче-
ственный, различны. «Они, однако, возсоединяются въ одно
высшее единство, замѣчаетъ Навиль ²⁾, потому что коли-
чество свидѣтелей есть только способъ опре-
дѣленія качества свидѣтельства. Свидѣтельство
внушаетъ довѣріе, это—общее правило; даже у людей скептическихъ
недовѣріе составляетъ исключеніе. Свидѣтельству не довѣряютъ,

¹⁾ См. статью Навиля, въ Séances de l'académie, 1873, avril.

²⁾ Ib. p. 581.

когда есть основанія для сомнѣній, такъ точно какъ не довѣряютъ впечатлѣніямъ, когда есть основаніе сомнѣваться въ нормальномъ состояніи органовъ воспріятія. Причины, видоизмѣняющія довѣріе къ свидѣтельству, суть—негодность свидѣтеля для наблюденій, недостатокъ памяти, предразсудки, страсти, интересы, мѣшающіе правдивости. Умноженіе числа свидѣтелей представляетъ обезпеченіе не потому, что число само по себѣ имѣетъ значеніе, не потому, что оно, въ глазахъ нашихъ, освобождаетъ свидѣтельство отъ причинъ, нарушающихъ правдивость. Мы не можемъ предположить, чтобы однѣ и тѣ-же причины могли одинаково вліять на всѣхъ, чтобы большое число свидѣтелей имѣли одни и тѣ-же пороки, одни и тѣ-же недостатки ума и наблюдательности».

Увеличивая число свидѣтелей, мы, слѣдовательно, дѣйствуемъ по тому-же способу, по какому индуктивный изслѣдователь устанавливаетъ причинную связь между двумя явленіями посредствомъ постепеннаго исключенія вліянія случайныхъ обстоятельствъ. Умножая число свидѣтелей, мы вычитаемъ причины случайныя (физиологическую, интеллектуальную негодность) и причины, отклоняющія свидѣтеля отъ правдиваго показанія (страсти, интересы, предразсудки), пока не достигаемъ такого числа свидѣтелей, которое, по мнѣнію нашему, наконецъ, обезпечиваетъ намъ чистоту свидѣтельскаго показанія. Съ другой стороны, когда мы довѣряемъ свидѣтелю на томъ основаніи, что онъ намъ извѣстенъ за правдиваго человѣка, то мы этимъ какъ-бы говоримъ: «мы видѣли его въ разныхъ положеніяхъ и обстоятельствахъ, это дало намъ возможность составить себѣ заключеніе о его правдивости». Видѣть свидѣтеля въ разныхъ положеніяхъ и обстоятельствахъ, значитъ — имѣть возможность произвести нѣчто подобное индуктивному изслѣдованію, состоящему въ установленіи закона причинности. Та провѣрка, которая относительно неизвѣстныхъ намъ свидѣтелей производится умноженіемъ числа ихъ, въ отношеніи отдѣльнаго свидѣтеля, достигается наблюденіемъ надъ нимъ въ разныхъ положеніяхъ и обстоятельствахъ жизни. Наконецъ, оставивъ въ сторонѣ данныя для провѣрки свидѣтелей, лежащія въ количествѣ и качествѣ послѣднихъ, нужно замѣтить, что человѣчески показанія повѣряются еще и посторонними фактами. Такъ, свидѣтельство можетъ быть провѣрено согласіемъ показаній объ извѣстномъ событіи, вещественными послѣдствіями слѣдами. Но и здѣсь получается только вѣроятность, такъ какъ самое это согласіе могло быть подготовлено умышленно, наконецъ — могло быть игрою случая. Такимъ образомъ, свидѣтельство вообще даетъ только вѣроятность. Чтобы выразить это наглядно, Навиль предлагаетъ слѣдующее сравненіе. Бросьте въ урну одинъ черный шаръ и одинъ бѣлый. Шансы на вынутіе того или другого будутъ равны. Увеличьте число бѣлыхъ шаровъ, и шансы черного шара будутъ соотвѣтственно уменьшаться, но какъ бы велико ни было число бѣлыхъ, шансъ на вынутіе черного не исчезаетъ, доколѣ этотъ послѣдній еще лежитъ въ урнѣ. Вы никогда не можете достигнуть достоверности въ томъ, что вы его не вынете. Вотъ этотъ-то черный шаръ и есть шансъ на ошибку при

довѣрїи нашемъ къ свидѣтельскому показанію. Шансъ этотъ можетъ быть уменьшенъ до минимальной вѣроятности; вѣроятность правдивости свидѣтельствъ можетъ подняться до самой высокой степени, но когда черный шаръ лежитъ между бѣлыми, безусловной достовѣрности не будетъ. Фактическая достовѣрность, слѣдовательно, можетъ дойти до степени математической только тогда, когда противъ всеобщаго и безконечнаго свидѣтельства людей нѣтъ ни одного противнаго шанса. Никогда еще не было здравомыслящаго свидѣтеля, который отрицалъ бы фактъ существованія, напр., Парижа, и хотя бы мы никогда не были лично въ Парижѣ, но мы такъ-же убѣждены въ его существованіи, какъ и въ томъ, что $2 \times 2 = 4$. Наконецъ, и математическая аксіома есть фактическая достовѣрность, признанная одинаковымъ впечатлѣніемъ всѣхъ людей и основанная на нашемъ собственномъ чувственномъ воспрїятїи.

Отсутствіе личнаго нашего чувственнаго воспрїятія, въ примѣрѣ съ Парижемъ, замѣняется безконечною массою свидѣтелей и фактовъ, противъ достовѣрности которыхъ нѣтъ ни одного противоположнаго показанія. Если теперь возьмемъ во вниманіе, что, при восстановленіи какого-либо прошлаго событія, имѣвшаго нѣсколько свидѣтелей, мы располагаемъ только ограниченнымъ числомъ ихъ, что мы даже не можемъ имѣть большаго ихъ числа, что проверка свидѣтелей, основанная на большомъ количествѣ, невозможна, что качественная оцѣнка ихъ, въ данномъ случаѣ, можетъ быть еще слабѣе, вслѣдствіе незнакомства съ этими свидѣтелями, то для насъ ясно будетъ, что свидѣтельство, въ дѣлахъ уголовныхъ, можетъ представить только вѣроятность. Сила этой вѣроятности зависитъ отъ общей возможности событія, отъ подтвержденія свидѣтельства независимыми фактами и отъ свойства нашего личнаго опыта, вносимаго нами въ дѣло оцѣнки показаній людей, при непосредственномъ ихъ выслушиваніи. Понятно, что здѣсь не можетъ быть рѣчи объ ариѣметической оцѣнкѣ вѣроятности, что логика здѣсь также не можетъ дать рѣшающаго критерія, что все сводится къ благо-разумію судьи, изслѣдующаго дѣло. Если свидѣтели насъ такъ убѣдили, что мы чувствуемъ готовность дѣйствовать, основываясь на ихъ показаніяхъ, мы, значить, имѣемъ къ нимъ то довѣрїе, которымъ люди обыкновенно и удовлетворяются въ жизни, для принятія опредѣленнаго рѣшенія. Принимаемъ же мы рѣшеніе дѣйствовать въ важныхъ своихъ дѣлахъ тогда, когда, по нашему крайнему разумѣнію, не представляется никакихъ серьезныхъ основаній для того, чтобы не вѣрить показаніямъ тѣхъ людей. Ясно, что готовность дѣйствовать, въ значительной степени, обуславливается и нашими субъективными свойствами, и важностью вопроса, нами разрѣшаемаго. Въ этомъ отношеніи терминъ: готовность дѣйствовать, указываетъ на психологическій характеръ критерія. Во всякомъ случаѣ, онъ не настолько обусловленъ личными свойствами человѣка ¹⁾, чтобы

¹⁾ Уильбъзъ (Теорія косвенныхъ уликъ, стр. 14): «Умамъ людей точно также невозможно навязать общую мѣрку, какъ привести ихъ тѣла въ одинаковое

въ рѣшеніи дѣйствовать не могли сойтись одновременно не только 12 человекъ, но и гораздо большее собраніе людей. Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить, что если критерій «готовность дѣйствовать» представляетъ психологическое значеніе, то не въ томъ смыслѣ, чтобы онъ могъ имѣть значеніе только е д и н и ч н а г о м н ѣ н і я.

б) Заключение о связи между фактами.

Второй элементъ внутренняго убѣжденія въ достовѣрности прошлаго событія состоитъ въ заключеніяхъ, которые мы дѣлаемъ отъ извѣстнаго факта къ неизвѣстному. Этотъ элементъ нашего убѣжденія опирается на какой-либо, опытомъ установленной, связи, существующей между какимъ-либо доказаннымъ фактомъ и фактомъ искомымъ, *factum probandum*. Процессъ, совершонный на такихъ основаніяхъ, есть хорошо знакомый въ наукѣ способъ, состоящій въ подтвержденіи вѣрности гипотезы доказываніемъ совмѣстности ея съ извѣстными явленіями. Связь между фактами, о которыхъ идетъ рѣчь, можетъ быть основана или на законѣ природы, или на эмпирическомъ правилѣ, или на приблизительномъ обобщеніи какихъ-либо явленій жизни физической или моральной. Достовѣрность или степень вѣроятности такой связи опредѣляется свойствомъ закона, или общаго начала, которое служитъ большою посылкою въ силлогизмѣ. Если большою посылкою будетъ законъ природы, то связь достовѣрна; если, напротивъ, большою посылкою служитъ правило эмпирическое, или приблизительное обобщеніе, то связь будетъ только вѣроятная. Напр., доказанное *alibi* (иногда) служитъ несомнѣннымъ доказательствомъ, что преступленіе не могло быть совершено лицомъ А., бывшимъ въ отсутствіи въ тотъ моментъ, когда событіе совершилось. Доказательство это основывается просто на физической невозможности быть въ одно и то-же время въ двухъ мѣстахъ. Найденный въ трунѣ ядъ, въ количествѣ, достаточномъ для причиненія смерти, служитъ несомнѣннымъ доказательствомъ, что явленія, прекратившія жизнь, составляютъ послѣдствія отравленія. Доказательство это основывается на свойствахъ яда. Найденное на платѣ подсудимаго кровавое пятно можетъ находиться въ связи съ совершоннымъ въ домѣ убійствомъ; но это одна только вѣроятность, а не достовѣрность. Еще слабѣе будетъ вѣроятность въ случаѣ, напр., когда лицо подозрѣвается въ убійствѣ потому только, что оно, вслѣдствіе существованія достаточнаго мотива, могло желать смерти лица. Слабость этой вѣроятности зависитъ оттого, что она основана не на законѣ природы, а только на приблизительномъ обобщеніи цѣлаго ряда явленій, доказывающихъ, что личный интересъ соста-

размѣры; однакожъ, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ между людьми есть общее сходство, значительныя отклоненія отъ которыхъ мгновенно бросаются въ глаза, какъ странности и нелѣпости. Вопросъ не въ томъ, каково будетъ возможное дѣйствіе доказательства на умы, особеннымъ образомъ устроеныя, а въ томъ, какое впечатлѣніе произведетъ оно на такихъ лицъ, изъ которыхъ состоитъ большинство образованныхъ людей.

влиять частый мотивъ тяжкихъ преступленій. Но это приблизительное обобщеніе допускаетъ, однако, какъ показываетъ опытъ, много исключеній, указывающихъ, что личный интересъ иногда подавляется другими соображеніями и чувствами, болѣе высокаго достоинства. Начала, на которыхъ основываемъ мы связь между фактами, устанавливаются индуктивнымъ путемъ. Посредствомъ методовъ согласія и различія, съ ихъ видоизмѣненіями, мы выясняемъ, что одинъ фактъ служитъ причиною другого и замѣтивъ это въ достаточномъ числѣ случаевъ, выводимъ общее правило, которое можетъ быть или закономъ природы, всеобщимъ и неизмѣннымъ, или правиломъ эмпирическимъ, дѣйствующимъ въ ограниченной области явленій, или же только приблизительнымъ обобщеніемъ. Наше стремленіе познать причину явленія, есть, по мнѣнію однихъ, присущая нашему уму апіорная идея, а по другимъ — результатъ безконечнаго наблюденія. Какъ бы то ни было, но мы ищемъ причины явленій въ связи фактовъ, и, накопляя наблюденія, достигаемъ обобщеній. Примѣненіе же обобщенія къ отдѣльному случаю есть задача дедукціи, которою мы и пользуемся посредствомъ силлогизма.

с) Опытъ исторіи возникновенія внутренняго убѣжденія въ достовѣрности прошлаго событія.

Для болѣе полной характеристики уголовно-судебной достовѣрности, имѣющей мѣриломъ внутреннее убѣжденіе судьи, попытаемся намѣтить главнѣйшіе моменты въ процессѣ развитія нашего убѣжденія въ томъ, что какое либо событіе дѣйствительно имѣло мѣсто въ прошломъ. Въ процессѣ этомъ замѣчаются слѣдующіе моменты: мы, прежде всего, ставимъ вопросъ объ общей возможности изслѣдуемаго событія, затѣмъ прибѣгаемъ къ помощи аналогіи, дѣлаемъ наблюденіе, строимъ гипотезу и провѣряемъ принятую гипотезу добытыми фактами.

1. Возможность прошлаго событія. На степень довѣрія къ доказательствамъ, возстановляющимъ прошлое событіе, могущественное вліяніе оказываетъ наше мнѣніе объ общей возможности какого-либо событія, или отдѣльнаго факта. Чѣмъ возможно, по нашимъ понятіямъ, данное явленіе, тѣмъ легче мы убѣждаемся собранными доказательствами; чѣмъ больше противорѣчитъ оно нашему опыту, нашимъ понятіямъ о предѣлахъ возможнаго, тѣмъ больше мы будемъ требовать доказательствъ, тѣмъ труднѣе будетъ намъ убѣдиться. Наконецъ, могутъ быть и такіе случаи, когда самая сильная доказательства не увѣрятъ насъ въ томъ, что противорѣчитъ нашимъ понятіямъ и опыту. Такіе случаи называются случаями прямого невѣрія (disbelief), вопреки силѣ представленныхъ доказательствъ; другіе случаи, гдѣ вѣрится съ трудомъ, требуютъ усиленнаго доказыванія. Ученіе логики, по затронутому

вопросу, сводится къ слѣдующимъ положеніямъ¹⁾. Есть факты, подкрѣпленные извѣстнымъ количествомъ доказательствъ, но вызывающіе, тѣмъ не менѣе, наше невѣріе. По нѣкоторымъ обстоятельствамъ, съ которыми факты эти связаны, они признаются *недостойкими въ вѣры* (incredible). Независимо отъ количества доказательствъ, представленныхъ въ пользу какого-нибудь факта, мы признаемъ его стоящимъ, или нестоящимъ въ вѣры. При одинаковомъ количествѣ доказательствъ, въ одномъ случаѣ мы вѣримъ, въ другомъ — не вѣримъ. Почему? Причина заключается въ *совмѣстности или несовмѣстности факта съ установленными индукціями*. Что дитя, рожденное отъ преступниковъ, можетъ сдѣлаться, вполнѣдствіи, также преступникомъ, этому мы вѣримъ, такъ какъ положеніе это опирается на прочно установленныя психологическія начала. Но что подобный ребенокъ сдѣлается образцомъ добродѣтели, это положеніе требуетъ больше доказательствъ, чѣмъ первый случай. Въ первомъ случаѣ, мы удовлетворяемся сравнительно небольшимъ количествомъ доказательствъ, во второмъ — потребуемъ большаго количества. Степень невозможности событія зависитъ отъ тѣхъ началъ, которымъ они противорѣчатъ. Если событіе противно такимъ индукціямъ, какъ законы причинности и тяготѣнія, то оно не заслуживаетъ никакой вѣры. Что гробъ Магомета висѣлъ на воздухѣ, безъ всякой поддержки, это можетъ быть признано вполнѣ невозможнымъ, такъ какъ такое явленіе противорѣчило бы закону природы. Но если фактъ, утверждаемый противорѣчить не точной индукціи, а только приблизительному обобщенію, то мы имѣемъ случаи, гдѣ дѣло идетъ о вѣроятностяхъ. Что только вѣроятно, или только приблизительно вѣрно, допускаетъ исключенія: слѣдовательно, противорѣчающее утвержденіе можетъ заслуживать вѣры, если оно подтверждается болѣею вѣроятностью, или обобщеніемъ, стоящимъ еще ближе къ истинѣ, чѣмъ то, съ которымъ оно несогласно. Все сказанное примѣняется вполнѣ къ уголовному процессу. Если утверждаемое свидѣтелями событіе противорѣчить прочно установленнымъ индукціямъ, то оно не заслуживаетъ никакого вѣроятія; если же оно прекословитъ только приблизительнымъ обобщеніямъ, то единственнымъ послѣдствіемъ будетъ требованіе болѣе убѣдительныхъ доказательствъ, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда событіе не противорѣчитъ нашему опыту. Если воръ по профессіи будетъ обвиняться въ кражѣ, то мы удовлетворимся гораздо болѣе слабыми доказательствами, чѣмъ въ случаѣ, гдѣ почтенный и состоятельный обыватель будетъ уличаема въ кражѣ платка изъ кармана сосѣда, въ театрѣ. Чѣмъ больше жестокости, чѣмъ болѣе необычайныхъ мотивовъ и дѣйствій представляетъ преступленіе, тѣмъ болѣе массы доказательствъ мы потребуемъ. Мы считаемъ вообще тяжкое преступленіе болѣе необычайнымъ, чѣмъ легкое, и потому требуемъ болѣе убѣдительныхъ доказательствъ. Сюда примѣшивается, впрочемъ, и постороннее обстоятельство, влияющее на судью — тяжесть грозящаго наказанія. Во всякомъ случаѣ, правило формальной теоріи

¹⁾ См. Bain, Logic, part. II, p. 148: «Credibility and incredibility».

доказательствъ: «чѣмъ болѣе тяжко обвиненіе, тѣмъ сильнѣе должны быть и доказательства» вовсе не такое нелогичное, какъ это утверждали критики этой теоріи. Правило это не столько устанавливаетъ то, что, по логикѣ, должно быть, сколько то, что въ дѣйствительности есть, что вытекаетъ изъ свойствъ процесса образованія чловѣческаго убѣжденія. Конечно, правило, это главнымъ образомъ, имѣетъ въ виду тяжесть наказанія и, слѣдовательно, особую опасность судебной ошибки; но оно вѣрно изображаетъ и психологическое состояніе судьи, требующаго, въ виду необычности преступленія, большей силы доказательствъ. Какъ бы то ни было, но мы можемъ выставить слѣдующее правило: «чѣмъ больше противорѣчитъ преступное событіе нашему житейскому опыту, нашимъ представленіямъ объ обычномъ ходѣ вещей въ мірѣ нравственномъ, тѣмъ больше требуется доказательствъ, для составленія убѣжденія¹⁾».

2. Аналогія. При возстановленіи прошлаго событія, при изслѣдованіи причины его, мы прибѣгаемъ къ аналогіямъ, дающимъ намъ возможность найти дорогу для изслѣдованія и установить опорные пункты при раскрытіи таинственныхъ событій. Совершилось преступное событіе. Опытъ даетъ намъ много схожихъ событій, въ которыхъ проявляются страсти людей и игра ихъ интересовъ. Желая приступить къ разъясненію случившагося темнаго происшествія, мы перебираемъ въ памяти другіе, подобные случаи, и на основаніи ихъ сходства въ однихъ чертахъ, дѣлаемъ заключеніе о подобіи и въ другихъ. Конечно, аналогія не можетъ рѣшить вопроса, она даже не въ состояніи служить болѣе или менѣе твердою почвою для рѣшительнаго заключенія объ истинномъ дѣлѣ; но она—намерь, наводящій на предположенія, свѣтящійся въ непроницаемомъ мракѣ огонекъ, который и потому уже цѣненъ, что указываетъ хотя какой-нибудь маршрутъ. Аналогія, какъ заключеніе, не

¹⁾ Бентамъ (Rationale of judicial evidence, v. III, p. 385, глава «Incredibility of atrocitv»), рассматривая вопросъ о томъ, насколько жестокоств преступленія можетъ служить причиною признанія событія истиннымъ вѣры, какъ будто не желаетъ понять, въ чемъ заключается причина недовѣрія къ доказательствамъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда мы встрѣчаемся съ крайне необычною, противочеловѣческой жестокоствю. Никто не утверждаетъ, что крайняя жестокоств должна быть причиною для признанія событія истиннымъ. Но каждый согласится, что крайняя необычность преступленія естественно возбуждаетъ въ насъ желаніе имѣть, по возможности, болѣе убѣдительныя и болѣе сильныя доказательства утверждаемаго факта. Изъ заключительныхъ словъ Бентама, впрочемъ, видно только одно, именно, что онъ не желаетъ, чтобы соображенія о необычности преступленія подавали поводъ къ созданію какого-нибудь стѣснительнаго, формальнаго правила о силѣ доказательствъ. «The essential practical consideration, the essential warning, is this: not to think of employing it, as the foundation for any inflexible rule, requiring, as necessary to conviction, this or that particular dose of evidence: such as the testimony of two witnesses, the confession of a defendant, or in a word, any other determinate mass of criminative evidence». Въ настоящее время, когда всѣмъ признано, что формальныя правила о силѣ доказательствъ несколько не обезпечиваютъ отъ ошибокъ, предостереженія Бентама потеряли свое значеніе.

имѣя значенія индукціи, есть особая форма вывода, основанная на предположеніи, что два предмета, подобные въ однихъ пунктахъ, могутъ оказаться подобными и въ нѣкоторыхъ другихъ пунктахъ, причемъ намъ неизвѣстно, чтобы эти искомые пункты находились съ извѣстными намъ — въ отношеніяхъ причинности или сосуществованія¹⁾. «Если два вещества, говоритъ Бэнъ, подобны въ семи руководящихъ свойствахъ и различаются въ трехъ, то вѣроятность подобія этихъ веществъ въ какихъ-либо другихъ свойствахъ (причемъ мы не имѣемъ свѣдѣнія, чтобы эти неизвѣстные свойства были въ какой-либо связи съ извѣстными 10) есть 7 : 6. Но этотъ выводъ измѣняется, подъ вліяніемъ соображенія, что могутъ существовать еще свойства, остающіяся неоткрытыми, причемъ число такихъ предполагаемыхъ свойствъ, по существу дѣла, остается неопредѣленнымъ. Если мы имѣемъ основаніе предполагать, что большое число такихъ свойствъ остается еще неоткрытымъ, то вѣроятность аналогіи не можетъ быть точно установлена». Такъ, зная, что личный интересъ наслѣдника, во многихъ случаяхъ, служитъ мотивомъ для преступленія, мы не можемъ съ точностью судить, по аналогіи, о дѣйствіи личнаго интереса въ дѣлѣ А, такъ какъ прочія стороны характера наслѣдника А намъ неизвѣстны. Аргументъ, основанный на аналогіи, даетъ только вѣроятность. Вѣроятность эта измѣняется сравненіемъ числа и важности чертъ подобія съ числомъ и важностью чертъ различія; при этомъ нужно имѣть въ виду отношеніе числа извѣстныхъ свойствъ къ числу еще неоткрытыхъ. Ясно, что аналогія не можетъ считаться доказательствомъ; немногія только аналогіи даютъ вѣроятность. По замѣчанію Рида, вѣроятность аналогіи повышается по мѣрѣ большаго подобія предметовъ, по ихъ существу; но даже въ лучшемъ случаѣ аналогія можетъ привести только къ заключенію о вѣроятности. Милль справедливо говоритъ¹⁾, что аналогія есть «a mere guide-post, pointing out the direction in which more rigorous investigations should be prosecuted» (указатель направленія, въ которомъ болѣе точныя изслѣдованія могутъ быть сдѣланы»).

При изслѣдованіи темныхъ преступленій, чрезвычайно важна опытность, которая есть не что иное, какъ богатый матеріалъ, на основаніи котораго получаютъ потомъ гипотезы, приводящія на путь истины. Совершенно справедливо замѣчаетъ г. Владиславлевъ (Логика, 297): «Нужно сказать, что аналогизированіе есть дѣло талантливости и даровитости ума. Острые и проникающіе умы легко открываютъ аналогію между явленіями, тогда какъ умы тупые и маловпечатлительные не поражаются очевидными сходствами явленій. Поэтому, результатомъ употребленія аналогіи бывають и величайшія открытія (Ньютонъ; историкъ Гротъ, объяснившій внутрен-

¹⁾ Bain, Logic, II, p. 143.

¹⁾ Logic, II, 93.

ній быть Греції по аналогії съ явленіями современной общественной жизни) и вздорныя мнѣнія, какими богата литература новѣйшаго времени. Въ зоркомъ натуралистѣ, ищущемъ аналогіи, есть, дѣйствительно, нѣчто поэтическое. И вотъ почему аналогія не можетъ никогда употребляться методически: она всегда остается дѣломъ личныхъ дарованій». Изъ сказаннаго ясно, что если мы говоримъ объ аналогіи въ примѣненіи къ изслѣдованіямъ преступныхъ событій, то, конечно, не какъ о доказательствѣ, а какъ о приѣмѣ, дающемъ возможность дѣлать предположенія, указывающія направленіе слѣдственной дѣятельности въ разыскиваніи слѣдствъ событія. Въ этомъ отношеніи аналогія — лѣса, которые снимаются, какъ только зданіе доказательствъ сложено и представляетъ уже нѣчто связное. Это, однако, не значитъ, что аналогія можетъ опредѣлять направленіе мыслей только при производствѣ предварительнаго слѣдствія. Бываютъ дѣла, которыя и на судѣ, уже по окончаніи предварительнаго слѣдствія, остаются все-таки довольно темными и разъясняются въ умѣ судьи путемъ аналогіи. Но, сама по себѣ, аналогія, повторяемъ, не есть уголовное доказательство, и было бы въ высшей степени опасно поддерживать противоположную идею. Даже въ судебныхъ рѣчахъ, гдѣ иногда приводится аналогія въ видѣ аргументовъ, такой приѣмъ внушаетъ опасенія, склопяющія насъ къ мысли, что аналогизированіе въ рѣчахъ сторонъ должно быть признано неумѣстнымъ. Конечно, приблизительныя обобщенія явленій общественной и индивидуальной жизни, общія, болѣе или менѣе признанныя, наблюденія надъ природою человѣка не могутъ быть устранены изъ судебныхъ рѣчей. Но аналогіи, въ видѣ п р и м ѣ р о в ѣ другихъ событій, на судѣ уже и потому неумѣстны, что стороны имѣютъ право говорить только объ обстоятельствахъ дѣла, имѣвшихъ мѣсто на судебномъ слѣдствіи, предъ рѣшающими судьями. Если-бы имъ позволить сравненіе изслѣдуемаго событія съ обстоятельствами прежде рѣшенныхъ дѣлъ, то на судѣ получились бы доказательства, ненаходящіяся въ прямой и непосредственной связи съ обстоятельствами судимаго дѣянія. «Res inter alios judicata alteri posse non debet» — правило, хотя и нерасчитанное на опредѣленіе процессуальнаго значенія аналогіи, могущее, однако имѣть къ ней приложеніе вполне основательное. Далѣе, аналогіи, приводимыя сторонами, какъ доказательства, нарушили бы другое основное начало ученія о доказательствахъ, по которому, въ каждомъ случаѣ, должны быть представляемы лучшія доказательства, какія только возможны, по свойству дѣла. Но каждый согласится, что аналогія не только не лучшее, а даже вовсе не доказательство. Роль аналогіи въ уголовномъ процессѣ — временная, упраздняемая открытіемъ доказательствъ по дѣлу. Съ полученіемъ ихъ, изслѣдователь уже находится на почвѣ не гаданій, а дѣйствительной провѣрки на-время сдѣланныхъ уподобленій. Уподобленіе съ этого момента теряетъ значеніе самостоятельнаго элемента въ процессѣ образованія убѣжденія.

3. Г и п о т е з а. Для того, чтобы предстоящее объясненіе роли гипотезы въ дѣлѣ разслѣдованія прошлаго событія было, по воз-

возможности, ясно и обстоятельно, остановимся, прежде всего, на значении и свойствах логики гипотезы при объяснении связи между явлениями вообще.

Миръ изобилуетъ фактами: мы ежедневно, ежеминутно ихъ наблюдаемъ. Но наблюдение и занесение въ память этихъ фактовъ насъ не удовлетворяютъ. Мы желаемъ познать соотношения фактовъ и явлений: мы ищемъ причинной связи. Видя труиъ человѣка, мы желаемъ узнать причину смерти; видя сваленное дерево, мы желаемъ узнать причину паденія — вѣтеръ ли повалилъ дерево, или человѣкъ? Первый элементъ познания есть, такимъ образомъ, н а б л ю д е н i е. Но смотря на явление, мы желаемъ знать причину его, и такъ какъ причина не дается намъ непосредственно, безъ изслѣдованія, то мы начинаемъ ее искать, дѣлаемъ о ней п р е д п о л о ж е н i е. Вотъ это то предположеніе и есть г и п о т е з а. «Научный терминъ: гипотеза», говоритъ Навиль¹⁾», понимаемый въ обширномъ смыслѣ, имѣетъ то-же самое значеніе, что и слова: п р е д п о л о ж е н i е и д о г а д к а. Оно означаетъ результатъ умственной операции, совершаемой нами ежеминутно. Каждый разъ, когда мы пытаемся объяснить какой-нибудь фактъ, изслѣдованіе вызывается наблюдениемъ, умозаключеніе принимаетъ участіе въ объясненіи, но о самомъ принципѣ объясненія всегда дѣлается предположеніе». Сдѣланное, для объясненія явления, предположеніе провѣряется, и эта провѣрка ведетъ къ подтвержденію, или же къ опроверженію гипотезы. Такимъ образомъ, мы имѣемъ три умственные операции, входящія въ каждое научное изслѣдованіе, а именно: н а б л ю д е н i е, г и п о т е з у и п р о в ѣ р к у г и п о т е з ы.

Наблюдение есть результатъ произвольной дѣятельности нашего духа, т. е. вниманія, обращеннаго на какія-нибудь явленія. Наблюдение, само-по-себѣ, не творитъ: оно только устанавливаетъ. «Для того, чтобы наблюдать, замѣчаетъ Навиль, недостаточно смотреть, нужно видѣть; недостаточно слушать, нужно слышать». Наблюдение обращается или на вѣшныя предметы, или же внутреннія явленія нашего духа. Къ нашимъ собственнымъ наблюдениямъ присоединяются наблюденія другихъ людей, которыя мы принимаемъ на основаніи довѣрія къ свидѣтельству людей. Нужно различать простое наблюдение и экспериментъ. Экспериментъ изолируетъ явление, или усложняетъ его, съ цѣлью установленія причинности явленія. Наблюдение и описаніе наблюдаемаго требуютъ примѣненія извѣстныхъ условій, о которыхъ мы здѣсь распространяться не будемъ. Понятно, что для успѣха изслѣдованія требуется точное наблюдение, вѣрное его описаніе. Гипотеза, по опредѣленію Милля, есть предположеніе (съ большею или меньшею доказанностью), сдѣланное съ цѣлью извлечь изъ него выводы, согласные съ дѣйствительными фактами. Это согласіе гипотезы съ дѣйствительными фактами

¹⁾ La Logique de L'hypothèse, Paris, 1880, p. I и слѣд. См. Cohn, Voraussetzungen und Ziele des Erkennens, 1908, S. 233: «каждый опытъ содержитъ въ себѣ нечто гипотетическое и каждая гипотеза стремится достигнуть вѣрности опыта».

есть ея доказательство. Процессъ доказыванія гипотезы дѣйствительными фактами есть провѣрка гипотезы. Фактъ, рѣшающій между двумя противоположными гипотезами, у Бэкона называется *experimentum crucis*. Гипотеза есть существенный элементъ науки. «Гипотеза, говоритъ Клодъ Бернаръ, есть отправная точка для всякаго экспериментальнаго изслѣдованія. Безъ нея невозможно было бы никакое изслѣдованіе, нельзя было бы ничему научиться: мы могли бы только собирать безплодные наблюденія». Условія серьезности гипотезы сводятся къ слѣдующимъ требованіямъ: Во-первыхъ, она не должна противорѣчить началамъ, очевидность которыхъ несомнѣнна; напр., квадратура круга не можетъ быть доказана.—парижская академія наукъ рѣшила не принимать мемуаровъ по этому вопросу. Напротивъ, слѣдуетъ осторожно отказываться отъ разрѣшенія новыхъ гипотезъ, противорѣчащихъ нашему опыту. Падающіе съ неба камни считались баснею; въ настоящее время аэролиты составляютъ фактъ, въ которомъ никто не сомнѣвается. Гипотезы, провѣрка которыхъ невозможна, также не имѣютъ законнаго права на мѣсто въ наукѣ; хотя невозможность подтвердить гипотезу должна быть признаваема съ большою осторожностью, потому—что, какъ замѣчаетъ Павиль, «дѣло идетъ о границѣ (возможнаго и невозможнаго), которую трудно, а иногда даже невозможно провести: гипотезы, которыхъ провѣрка намъ, въ настоящее время, покажется невозможною, могутъ быть впоследствии доказаны». Во-вторыхъ, говорятъ, гипотеза должна отличаться простотою. «Простота гипотезы», замѣчаетъ г. Владиславлевъ (ib. стр. 284), есть существенное достоинство ея. Но оно собственно говоря, желательное, а не есть *conditio sine qua non*. Изъ двухъ предположеній, одинаково удовлетворяющихъ фактамъ, наиболѣе простое должно быть предпочитаемо: простое объясненіе факта имѣетъ характеръ безыскусственности; зачѣмъ прибѣгать къ сложной махинаціи, когда дѣло объясняется гораздо проще?.. Это условіе важно даже для гипотезъ въ практической жизни. Объяснять таинственными и сложными цѣлями дѣйствія людей, предполагать искусно веденныя интриги и тѣтѣ нужды тамъ, гдѣ дѣйствія можно объяснять ближайшими практическими цѣлями». Конечно, замѣчаніе это справедливо, хотя и простое, въ примѣненіи къ ученію о гипотезѣ, ничего не означаетъ, кромѣ того, что вездѣ слѣдуетъ искать сначала ближайшую причину. Въ-третьихъ, созданіе гипотезы, какъ результатъ дарованія, коренится, въ личныхъ свойствахъ изслѣдователя, въ его талантливости, въ его неустанной работѣ, въ его любви къ истинѣ. Поэтому, не можетъ быть правилъ для искусства создавать гипотезы: это искусство есть даръ природы, полетъ мысли, ищущей истины, полетъ на крыльяхъ высокаго нравственнаго подъема. «Нравственныя правила имѣютъ одинаковое значеніе въ наукѣ и практической жизни», справедливо сказать Либихъ. Созданіе гипотезъ есть творческая работа; творить способенъ только возниженный характеръ: сильный умъ, руководимый низкою душою, обыкновенно торжествуетъ въ разрушительной работѣ, а не созидющей. Въ практической жизни, однако, гипотезы часто необходимы не для открытія великихъ истинъ, а для удовлетворенія насущнымъ по-

требностямъ жизни. На основаніи немногихъ данныхъ, приходится иногда создавать гипотезы, безусловно необходимыя для исполненія долга, для осуществленія какого нибудь предпріятія. Юстиціи приходится создавать гипотезы о прошлыхъ событіяхъ, для рѣшенія практическихъ задачъ. Понятно, что условія создаванія гипотезъ для житейскихъ потребностей не могутъ быть такого высокаго качества, какъ условія, необходимыя въ наукѣ. Генія для будничной практической жизни не нужно. Но проницательный умъ, настойчивость, а главное искреннее желаніе открыть сущую правду—считаются общими условіями, безусловно необходимыми для всякой умственной дѣятельности.

Переходя теперь къ изложенію значенія гипотезы въ изслѣдованіи прошлаго событія, нужно, прежде всего, замѣтить, что задачей такого изслѣдованія служить историческая проблема, а не постоянно существующее однообразное явленіе. Историческая проблема, заключающаяся въ изслѣдованіи и видѣ и дѣянаго факта, имѣвшаго мѣсто въ прошломъ, не повторяется, слѣдовательно, можетъ быть разрѣшена только на основаніи тѣхъ единичныхъ данныхъ, которыя случайно сохранились. «Предметъ изслѣдованія натуралиста, замѣчаетъ Корнвалль Льюисъ¹⁾, постоянно существуетъ, повторяется въ новой, но тождественной формѣ, и всякій представляющійся новый фактъ, если онъ только выбранъ надлежащимъ образомъ, есть вѣрный представитель цѣлой серіи. Напротивъ, политическій изслѣдователь, работая надъ проблемою прошлой причинности, прежде всего ограниченъ индивидуальными фактами. Его задача—чисто историческаго свойства, и она должна быть рѣшена на основаніи наличныхъ, извѣстныхъ фактовъ. Историческіе факты не могутъ быть разсматриваемы, какъ представители цѣлаго класса подобныхъ же явленій: ихъ индивидуальный характеръ долженъ быть оцѣненъ и сообразно съ этимъ, должна быть опредѣлена и связь между причиною и слѣдствіемъ²⁾».

¹⁾ A treatise on the methods of observation and reasoning in politics, v. I, p. 33.

²⁾ Савиньи въ своемъ мемуарѣ о законной теоріи доказательствъ (Goitdammer's Archiv, 1868, p. 486) замѣчаетъ: «То, что мы называемъ достовѣрностью (Gewissheit) факта, опирается на такомъ множествѣ отдѣльныхъ, въ своей совокупности только индивидуальному случаю принадлежащихъ элементовъ, что для нея вовсе нельзя установить общихъ научныхъ законовъ». Для правильного пониманія сущности уголовно-судебной достовѣрности, нужно помнить постоянно, что дѣло идетъ о возстановленіи достовѣрности индивидуальнаго событія, которое можетъ быть доказано только тѣми данными, которыя, благодаря случаю, сохранились и тѣмъ или другимъ путемъ доставлены суду. Словомъ, при изслѣдованіи прошлаго событія, не разсматривается какое-нибудь общее правило, на основаніи цѣлага ряда тождественныхъ явленій, а только возстановляется единственный фактъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ имѣлъ мѣсто въ дѣйствительности. Конечно, данный фактъ былъ послѣдствіемъ опредѣленной причины; но причина эта является въ томъ видѣ, какъ ее изслѣдуютъ, и индивидуальной. Единичный фактъ, имѣвшій мѣсто въ прошломъ, оставилъ отпечатокъ въ памяти людей или вещественные слѣды въ мірѣ внѣшнемъ. Возстановить, на основаніи этихъ данныхъ, прошедшее—задача историческаго или уголовно-судебнаго изслѣдованія. Конечно, отдѣльные, установлен-

Методы, употребляемые при изслѣдованіи прошлаго событія, состоятъ въ индукціи и дедукціи. Мы собираемъ факты, описываемъ ихъ, какъ въ индукціи; затѣмъ опѣиваемъ ихъ достовѣрность путемъ дедуктивнымъ, на основаніи общихъ началъ, вытекающихъ изъ того или другого міра явленій. Мы строимъ гипотезу и, посредствомъ исключенія предположеній, не подтверждающихся фактами, наконецъ, приходимъ къ выводу, что такая-то гипотеза, во всѣхъ своихъ послѣдствіяхъ, подтверждается имѣющимися данными.

Вотъ какъ описалъ этотъ процессъ исключенія различныхъ предположеній Корнуалль Льюнетъ: «Процессъ, посредствомъ котораго методъ различія (Method of difference) примѣняется въ историческихъ и политическихъ изслѣдованіяхъ, отлично разъясняется способомъ, прилагаемымъ въ судахъ, при изслѣдованіи дѣлъ на основаніи уликъ. Возьмемъ случай ночной кражи, сопровождавшейся взломомъ для проникновенія въ домъ. Явленія, оставшіяся отъ этой причины, указываютъ на то, что имущество было похищено неизвестными, которые, посредствомъ взлома, вошли въ домъ, откуда вытасены вещи. Если мы назовемъ найденныя на мѣстѣ преступленія явленія *a*, то найдемъ, что причиною этого *a* могло быть неопредѣленное число лицъ *A*, *B*, *C*, *D* и т. д. Но если, далѣе, откроется, что части похищеннаго имущества находятся во владѣніи *A*, *B*, *C*, и если мы обозначимъ это новое явленіе посредствомъ *b*, то этимъ мы совершимъ *abscissio infiniti*: передъ нами уже не безконечный рядъ возможныхъ виновниковъ, а только 3 вѣроятныхъ: *A*, или *B*, или *C*, или всѣ вмѣстѣ. Но вотъ мы находимъ въ различныхъ пунктахъ, по направленію къ окну, черезъ которое было сдѣлано похищеніе, слѣды ногъ *A*. Это обстоятельство *c* въ соединеніи съ *a* и *b* указываетъ, что исполнителемъ преступленія былъ *A*. Доказательства противъ него—*a*, *b*, *c*».

Чтобы освѣтить представленный нами очеркъ исторіи возникновенія внутренняго убѣжденія въ достовѣрности прошлаго событія, мы приводимъ довольно заурядный уголовный случай; но въ немъ можно ясно видѣть, какъ сначала сдѣлано наблюденіе, затѣмъ построена гипотеза и, наконецъ, сдѣлана провѣрка гипотезы фактами, собранными слѣдствіемъ по уголовному дѣлу.

Въ 3. уѣздѣ, Айдопольской волости, среди степи, при скреще-

нныя историческія факты, равно какъ и уголовные случаи, могутъ послужить матеріаломъ для выводовъ, обобщеній. Но эта индуктивная дѣятельность имѣетъ уже цѣль, лежащую въ процессуальной задачі — возстановить прошлое событіе въ его конкретной формѣ. Уильямъ (Теорія уликъ, стр. 3, русскій переводъ): «Безчисленное множество истинъ, знаніе которыхъ необходимо для человѣческаго счастья, если не для самаго существованія, познаются посредствомъ очевидности другого рода (не математической) и не допускаютъ иныхъ руководителей, кромѣ нашего собственнаго сознанія и свидѣтельства подобныхъ намъ людей. Предметы, подлежащіе очевидности этого рода, суть фактическіе вопросы, или вопросы о дѣйствительности такихъ предметовъ и событій, которые, не будучи безусловно необходимыми, могутъ и не быть дѣйствительными и, не внося этимъ въ жизнь никакихъ противорѣчій; въ отношеніи такихъ событій наши сужденія могутъ быть ошибочны. Такая очевидность называется нравственною (moral evidence)».

ни двухъ большихъ дорогъ, идущихъ отъ Новой Водолаги къ слободѣ Айдополье и отъ слободы Мерефы, черезъ хуторъ Терновку, къ селу Липовкѣ, находится хуторъ Рябой Валь, состоящій изъ одного дома, въ которомъ помѣщается постоялый дворъ; этотъ хуторъ принадлежитъ крестьянину Ивану Лаутѣ, который проживалъ въ немъ съ женой Александрой и работницей, Анной Кореновой. Кромѣ этой послѣдней, Лаута не имѣлъ другихъ постоянныхъ работниковъ, а приглашалъ ихъ, въ случаѣ надобности, поденно, изъ сосѣдняго хутора. 5-го марта, у Лауты, работалъ крестьянинъ Григорій Коровинъ, оставшійся въ этотъ день у него до вечера; только при свѣчахъ онъ отправился домой, обѣщавъ, вслѣдствіе просьбы Лауты, прибыть на другой день, рано утромъ. 6-го марта, Лаута съ женою предполагалъ уѣхать въ церковь, къ заутрени. Войдя въ шинковое отдѣленіе, Коровинъ, не получивъ отвѣта на привѣтствіе—«здравствуйте», предположилъ, что Лаута еще спитъ; но когда заглянуть въ сосѣднюю комнату, то увидѣлъ, что онъ лежитъ на диванѣ и что шея у него порѣзана и окровавлена,—на ней оказались двѣ огромныхъ зіяющихъ раны. Одна рука находилась кистью подъ бороною, а другая—на груди, за пазухой рубахи. Давъ знать объ убійствѣ Лауты въ сосѣдній хуторъ, Коровинъ, спустя нѣкоторое время, вновь прибылъ, въ сопровожденіи сотскаго Рыльского и другихъ, въ домъ Лауты и тогда только узналъ, что и въ спальнѣ находились два трупа: жены Лауты, Александры, и его работницы, Анны Кореновой. На шеѣ послѣдней (лежавшей въ положеніи спящей), съ лѣвой стороны, имѣлись двѣ огромныхъ зіяющихъ раны, а трупъ Лаутиной былъ покрытъ множествомъ такихъ же ранъ; кисть правой руки была отрублена, на лѣвой рукѣ большой палець отрубленъ, и ладонь между пальцами разсѣчена; надъ глазами двѣ большихъ раны; на шеѣ, съ правой стороны, три огромныхъ зіяющихъ раны; правая щека и вся грудь изранены.

По мнѣнію врача, производившаго осмотръ и судебно-медицинское изслѣдованіе труповъ, всѣ описанныя поврежденія произведены обоюдо-острымъ, колющимъ орудіемъ, напр., кинжаломъ, и относятся къ безусловно-смертельнымъ ранамъ; положеніе труповъ Ивана Лауты и Кореновой, а равно и обстановка показываютъ, что смерть наступила быстро, безъ особаго сопротивленія со стороны жертвъ; Александра же Лаутина, очевидно, оказывала нѣкоторое сопротивленіе, что указывается множествомъ ранъ, ихъ мѣсто-нахожденіемъ и безпорядкомъ постели. Убійство Лаутиныхъ и Кореновой могло быть произведено однимъ человѣкомъ. При осмотрѣ дома Лаутиныхъ опредѣлено, что онъ состоитъ изъ четырехъ комнатъ и сѣней, имѣя два наружныхъ выхода, во дворъ и къ дорогамъ; всѣ окна и двери имѣли плотные затворы. Ворота, ведущія во дворъ, были заперты на замокъ; да и вообще все въ домѣ и на дворѣ найдено въ полномъ порядкѣ. Только у сундука, стоявшаго въ спальнѣ, былъ сломанъ замокъ, а внутри того же сундука, найдена шкатулка съ сорванною крышкою. Видно, что для этой цѣли употреблялось какое то острое и окровавленное орудіе. Шкатулка эта помѣщалась сверху платья, бывшаго въ сундукѣ, которое лежало

въ полномъ порядкѣ. Въ шкатулкѣ оказалось два пустыхъ портомонѣ, документы на покупку лѣса въ прежніе годы и на 400 руб. вексель. Тутъ же стоялъ шкапъ. Въ платѣ, находящемся въ немъ, разыскано 78 коп., а въ ящикѣ—пять червонцевъ, 3 золотыхъ крестика и кольцо. Во всѣхъ помѣщеніяхъ шкапа былъ полный порядокъ. Въ шинковомъ отдѣленіи дома, за стойкой, въ сундукѣ, разыскано 11 р. 25 к.; сундукъ былъ запертъ. Петръ Ховтунъ, Варвара Нековная, Платонъ Галушка, Александръ Тернышевъ и другіе удостовѣрили, что Лаута имѣлъ хорошее состояніе; Тернышевъ опредѣляетъ его тысячъ въ 15 рублей—онъ былъ свидѣтелемъ получения Лаутою денегъ тысячи на двѣ и на три одновременно. Всѣ знали Лауту за человѣка аккуратнаго и бережливаго. Петръ Ховтунъ показалъ, что Лаута особенно любилъ сохранять монеты стараго чекана и имѣлъ таковой рублей на 30, состоящей изъ пятачкова, полтинникова и проч. А между тѣмъ, при осмотрѣ дома, при произведенномъ въ немъ обыскѣ, кромѣ упомянутой незначительной суммы денегъ, больше ихъ не найдено, и по справкамъ оказалось, что Лаута и вкладовъ не имѣлъ ни въ одномъ кредитномъ учрежденіи города Харькова. Въ комнатѣ, въ которой находился трупъ Ивана Лауты, были двѣ постели: на одной лежалъ трупъ Лауты, прикрытый до половины старой шубой, а другая была пуста. Эта послѣдняя служила, очевидно, въ теченіе ночи, ночлегомъ; на диванѣ были посланы свита и двѣ головныхъ подушки подъ бока; все это было прикрыто рядномъ, поверхъ котораго лежала для головы подушка, а въ ногахъ смятый нагольный полушубокъ. Подъ головою подушкой найденъ безменъ, имѣвшій рукоятку четверти въ три длины, а на концѣ—довольно большой величины желѣзную головку. Тутъ же въ стѣну вбиты четыре гвоздя, на которыхъ висѣли два ружья и палка въ видѣ колья, а четвертый гвоздь былъ ничѣмъ не занятъ; на немъ, какъ разъяснено впоследствии, обыкновенно висѣлъ кинжалъ четверти въ три длины и пальца въ три ширины, обоюдоострый. Этотъ кинжалъ остался не разысканнымъ. Поименованные выше: Ховтунъ, Нековная, Галушка, Тернышевъ, а также Авдотья Ховтунова, Матрена Свѣничникова и Варвара Гавилица, знавшіе характеръ, привычки и образъ жизни Лауты, утверждаютъ, что онъ всегда былъ остороженъ и изъ проѣзжавшихъ ночью впускалъ къ себѣ для ночлега только хорошо знакомыхъ, которыхъ обыкновенно помѣщали въ одной комнатѣ съ собою; дверь этой комнаты запирались изнутри тремя плотными крючками.

Приведенныя выше обстоятельства даютъ право предположить, что убійство совершено съ цѣлью ограбленія, и что убійца человѣкъ, близкій къ Лаутѣ, прибывшій къ нему ночью; выждавъ время, когда всѣ въ домѣ уснули, онъ взялъ кинжалъ висѣвшій тутъ же у него, надъ постелью, и убилъ имъ сперва Ивана Лауту, потомъ Кореневу и, наконецъ, Александру Лаутину. Человѣкъ этотъ всталъ съ постели босой; возлѣ сундука, въ которомъ, очевидно, хранились деньги, имѣлся слѣдъ босой ноги, а боз-

на ченный кровью. Въ домѣ найдена лохань, наполненная водой, окрашенной кровью. Другихъ слѣдовъ, кромѣ этихъ, убійца въ домѣ не оставилъ; а внѣ дома нельзя было ничего найти, потому что, въ теченіе ночи, была большая мятель, начавшаяся еще передъ вечеромъ 5-го марта. Такія соображенія были основаніемъ предварительнаго слѣдствія, при которомъ разъяснено:

1) Самый близкій человекъ къ Лаутѣ былъ Степанъ Бондаренко, проживавшій отъ него верстахъ въ 12, нѣсколько въ сторонѣ отъ хутора Терновки, отъ дороги, идущей изъ села Мерефы къ хутору Рябой Валь. Бондаренко добывалъ себѣ средства къ жизни охотой, почему его часто называли еще просто «охотникомъ». Галушка показалъ, что Лаута, опредѣляя свое отношеніе къ Бондаренко, говорилъ, что онъ «лучшій его пріятель»; а Варвара Гаврилица утверждаетъ, что Бондаренко, бывая въ домѣ Лауты, спалъ на той постели, которая была пуста. Бондаренко пользовался настолько довѣріемъ, что Лаута, какъ то разъ уѣзжая куда-то, оставилъ его одного въ домѣ.

2) 5-го марта, часовъ около трехъ по-полудни, Бондаренко ушелъ изъ дому и возвратился домой только лишь на другой день, 6-го марта, около десяти часовъ утра, сильно занесенный снѣгомъ. Спустился полчаса, Михайловъ, рубившій дрова у Бондаренко, былъ позванъ въ домъ завтракать. Въ это время Бондаренко успѣлъ уже переодѣнуть рубаху и подштанники, при чемъ послѣдніе были развѣшаны на печи, для просушки. Возвратившись домой, Бондаренко былъ одѣтъ въ пальто темно-сѣраго сукна, барашковую черную шапку и высокіе сапоги. Уходя изъ дому, Бондаренко говорилъ, что отправляется въ село Мерефу, а оттуда въ Харьковъ; но 5-го марта, уже передъ вечеромъ, его видѣли Аксинія и Пантелеймонъ Закрутайловы и Емельянъ Пальченко идущимъ въ противоположномъ направленіи: онъ проходилъ лугомъ, мимо хутора Терновки, изъ деревни Карловки къ хутору Рябой Валь, къ Лаутѣ. Закрутайловы, принявъ тогда его за «подозрительнаго человека», всматривались въ него и, по предъявленіи имъ Бондаренко, узнали его. Не успѣлъ Бондаренко скрыться изъ виду, какъ стемнѣло, такъ что въ домѣ стали огонь зажигать. Отъ хутора Терновки до хутора Рябой Валь, по опредѣленію Закрутайловыхъ, верстъ семь, а по Пальченко—10.

3) При обыскѣ въ хатѣ Бондаренко, произведенномъ полиціей 17-го марта, найдено сперва 30 рублей, а потомъ 285 руб. государственнымъ кредитными билетами и 30 руб. 55 коп. серебряною монетою стараго чекана; а, между тѣмъ, онъ слылъ за человека бѣднаго. По предъявленіи этой мелочи Петру Ховтуну, онъ заявилъ, что такое серебро стараго чекана видѣлъ у Лауты; но то ли это серебро, онъ, конечно, утвердительно сказать не могъ. Бондаренко, привлеченный по настоящему дѣлу, въ качествѣ обвиняемаго, хотя и не призналъ себя виновнымъ въ убійствѣ Лаутиныхъ и Кореневои, утверждая, что, въ ночь убійства, былъ въ Харьковѣ, выйдя изъ дому въ 11 час. утра, и что отобранная у него, при обыскѣ, деньги принадлежать ему; но тѣмъ не менѣе онъ въ этомъ убійствѣ съ

цѣлью ограбленія уличается, кромѣ изложеннаго, еще и показаніями свидѣтелей Дурянцева, Пидченко, Пѣвчика, Тертышева и другихъ, которые удостовѣрили, что, въ ближайшее время къ убійству Лауты, онъ имѣлъ крайнюю нужду въ деньгахъ. У Пѣвчика онъ просилъ займы хоть 5 рублей, а когда въ этомъ ему было отказано, то Бондаренко даже пригрозилъ свидѣтелю, сказавъ: «Ну, помните же вы это»; Пидченку обвиняемый отдалъ шубу въ обезпеченіе занятыхъ имъ 14 руб.; у Тернышева, предъ убійствомъ Лауты, занялъ два рубля и не имѣлъ возможности ихъ возвратить, не смотря на требованіе. Послѣ же убійства Лауты, Бондаренко сталъ расплачиваться съ долгами и дѣлать такія затраты, какихъ прежде себѣ не позволялъ; при арестованіи его, при немъ было нѣсколько паръ чулокъ, башмаковъ, фунтъ табаку, яблоки, апельсины, маслины и другія вещи, купленные имъ въ городѣ, при возвращеніи изъ котораго онъ и былъ задержанъ полиціей.

Мы взяли примѣръ, въ которомъ доказательства основаны на уликахъ. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ имѣются прямыя свидѣтельскія показанія, доказываніе гипотезъ основывается на довѣрїи къ свидѣтельствамъ, подтвержденнымъ извѣстными данными. Приведенный примѣръ разъясняетъ, кромѣ того, примѣненіе индуктивнаго метода различія, при исключеніи различныхъ гипотезъ для полученія одной, подтвержденной фактами¹⁾. Внутреннее убѣжденіе, вырабатываемое на основаніи такого процесса, основывается, конечно, на вѣроятности. Гипотеза, вполне удовлетворительно объясняющая извѣстный рядъ явленій, относящихся къ прошлому событію, достигаетъ, во многихъ случаяхъ, полной достовѣрности, но только—въ житейскомъ смыслѣ этого слова. «Достовѣрность фактическая, разъ она добыта, не есть аподиктическая, а юридическая, т. е. такая высокая степень вѣроятности, при которой неразумно было бы слѣдовать противоположному заключенію, такъ какъ правильность этого послѣдняго имѣла бы своимъ основаніемъ предположеніе въ высшей степени невѣроятнаго исключенія изъ обыкновеннаго (индукціями установленнаго) хода вещей». (Holtzendorf's Handbuch des Strafprozesses, p. 191, статья Гейера). Дѣйствительно, господствовавшая

¹⁾ Стэрки (A practical treatise of the law of evidence, p. 841) находятъ, что процессъ исключенія различныхъ гипотезъ напоминаетъ *reductio ad absurdum*, примѣняемое въ геометріи. Различіе, по его мнѣнію, замѣчается въ одномъ существенномъ пунктѣ: «въ геометрическомъ доказательствѣ исключеніе одной какой-нибудь гипотезы влечетъ за собою исключеніе всѣхъ другихъ; напротивъ, при установленіи нравственной достовѣрности, при необходимости исключенія различныхъ гипотезъ особыми процессами разсужденія, все-таки можетъ остаться сомнѣніе, нѣтъ ли еще какой-нибудь гипотезы, на которую не дано отвѣта. Вслѣдствіе этой возможности существованія гипотезы, на которую не обращено вниманія, въ уголовныхъ дѣлахъ не слѣдуетъ упускать изъ виду ни малѣйшаго признака, могущаго вызвать новую гипотезу». Стэрки (ib., p. 865) обращаетъ вниманіе на необходимость старательнаго обслѣдованія такихъ гипотезъ, которыя даже отчасти только совмѣстны съ обстоятельствами дѣла. Чѣмъ больше мы будемъ провѣрять обстоятельства различными гипотезами, тѣмъ старательнѣе обслѣдованы будутъ эти обстоятельства, тѣмъ внимательнѣе изучено дѣло.

«Дѣла человѣческія, замѣчаетъ этотъ писатель, отличаются такою сложностью, стеченіе обстоятельствъ бываетъ такъ необозримо разнообразно, что самая

прежде въ Европѣ формальная теорія доказательствъ и опредѣляла достовѣрность согласно только что приведенному положенію. Такъ, прусскій уставъ уголовн. судопроизвод., отъ 1805 г., содержащій въ себѣ формальную теорію доказательствъ, даетъ такое опредѣленіе достовѣрности: «Судья имѣетъ достаточную достовѣрность, если за вѣрность какого-либо факта имѣются вполнѣ убѣдительныя основанія и если, по обыкновенному ходу вещей, немислимо какое-либо важное основаніе въ пользу противнаго». Та же идея выражена и въ стт. 305 и 307 II ч., XV т., гдѣ изложены правила о силѣ доказательствъ; въ ней сказано: «Доказательства виновности почитаются совершенными, когда они исключаютъ всякую возможность къ показанію невинности подсудимаго»; а статья 307 говоритъ: «Доказательства виновности почитаются несовершенными, когда они не исключаютъ возможности къ показанію невинности подсудимаго». Основная мысль этихъ статей правильна; но слова «всякая возможность» неудачно употреблены. Изъ дальнѣйшей ст. 308, впрочемъ; видно, что не имѣлась въ виду теоретическая абсолютная идея объ исключеніи в с я к о й в о з м о ж н о с т и противоположнаго, что мыслимо только въ дѣлѣ математической достовѣрности, или же въ случаѣ, когда дѣйствуетъ неизмѣнный и всеобщій законъ природы. Ст. 308 гласитъ: «Одно несовершенное доказательство виновности вмѣняется только въ подозрѣніе; нѣсколько несовершенныхъ доказательствъ, совокупно взятыхъ, могутъ составить совершенное доказательство, когда они исключаютъ возможность недоумѣвать о винѣ подсудимаго». «Исключенное недоумѣніе», «отсутствіе разумнаго сомнѣнія»—вотъ тотъ признакъ внутренняго убѣжденія, который нуженъ въ практической жизни для того, чтобы рѣшиться на дѣйствіе въ случаѣ, когда высшіе интересы связаны съ этимъ дѣйствіемъ, а самое дѣйствіе предполагаетъ достовѣрность извѣстныхъ фактовъ. Въ этомъ отношеніи, формальная теорія доказательствъ довольно точно описывала ту высокую степень вѣроятности, которая необходима для судейскаго приговора. Конечно, въ этомъ же характерѣ юридической достовѣрности содержится и субъективное свойство ея, которое, однако, не настолько сильно, чтобы въ одномъ мнѣніи не могли сойтись люди различныхъ характеровъ, различной впечатлительности и различной опытности¹⁾. Субъективность различ-

вѣрная гипотеза, могущая вполнѣ объяснить и примирить всё на видъ противорѣчающія обстоятельства, можетъ ускользнуть отъ самаго пронизательнаго взгляда». Ни одно самое ничтожное обстоятельство не должно остаться въ дѣлѣ необъясненнымъ: оно можетъ быть указаніемъ на совѣзмъ непредположенный, а между тѣмъ дѣйствительный ходъ событія. Судебная практика показываетъ, что бывають событія, истинный ходъ которыхъ былъ такъ страненъ, такъ отклонялся отъ всевозможныхъ предположеній, построенныхъ свидѣтелями на основаніи обыкновеннаго теченія человѣческихъ дѣлъ, что люди совершенно невинные несли голову на плаху, благодаря только тому, что на возможность другого предположенія, кромѣ кажущейся виновности этихъ несчастныхъ, не было обращено должнаго вниманія. Будемъ постоянно помнить, что бываетъ на свѣтѣ и г р а о б с т о я т е л ь с т в ь, въ которую не вѣрится, пока не встрѣтимся съ примѣрами ея въ жизни.

¹⁾ См. также Kitka, die Beweislehre, § 5.

ныхъ человѣческихъ свойствъ представляетъ, какъ и все на свѣтѣ, общія черты, обусловленныя тождествомъ условій жизни и развитія.

4) Вліяніе чувства на образованіе убѣжденія. Было-бы большою ошибкою думать, что наше убѣжденіе въ достовѣрности фактовъ, составляющихъ прошлое событіе, складывается исключительно путемъ логическимъ, безъ вліянія чувства. Чувство оказываетъ громадное вліяніе на наше довѣріе или недовѣріе къ доказательствамъ, на количество доказательствъ, требуемыхъ нами въ данную минуту. Конечно, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ наше заключеніе основывается на неизблемыхъ законахъ природы, измѣнчивое настроеніе чувствъ не вліяетъ на наше убѣжденіе. Каково-бы ни было наше личное настроеніе, но оно не можетъ измѣнить нашего убѣжденія, что завтра взойдетъ солнце, что всѣ люди смертны и т. д. Но въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не можетъ быть достовѣрности, а бываетъ только вѣроятность, наше убѣжденіе зависитъ не только отъ противорѣчащихъ внѣшнихъ явленій (феноменовъ), но и отъ измѣнчивыхъ нашихъ настроеній. Въ особенности тамъ вліяніе нашего чувства на убѣжденіе мощно, гдѣ оцѣнка доказательствъ производится при помощи нашего личнаго опыта. Кто не знаетъ, что подъ вліяніемъ хорошаго расположенія духа мы относимся къ людямъ съ большимъ довѣріемъ, чѣмъ въ мрачномъ настроеніи? Какъ подъ вліяніемъ гнѣва, тоски, радости, надежды, страха, измѣняются наши воззрѣнія на людей и жизнь! «Нѣтъ надобности», замѣчаетъ Бенъ (The emotions and the will, p. 545), «приводить примѣры любви, дѣлающей насъ слѣпыми къ недостаткамъ, или вражды, порождающей слѣпоту къ достоинствамъ; примѣры удивительныхъ заблужденій, вызываемыхъ личнымъ интересомъ, тщеславіемъ, гордостью, сильными эстетическими чувствами, вообще страстью. Старательное обслѣдованіе вліянія всѣхъ подобныхъ чувствъ приводитъ къ одному объясненію: Когда какое-либо чувство овладѣваетъ нами, всѣ предметы, находящіеся въ согласіи съ нимъ, имѣются, въ виду, всѣ же противорѣчащіе отгоняются прочь, или просто не принимаются во вниманіе. Происходитъ нѣчто въ родѣ борьбы между возбужденнымъ чувствомъ и естественнымъ теченіемъ умственныхъ ассоціацій: факты, соображенія и явленія, которые были-бы вызываемы этими ассоціаціями, оставляются въ сторонѣ, и рѣшеніе постановляется въ ихъ отсутствіи. Конечно, и въ этомъ случаѣ не признается фактомъ то, противъ чего есть явное возраженіе; но дѣло въ томъ, что самое возраженіе, подъ вліяніемъ чувства, оставляется въ забвеніи». Страсть просто не допускаетъ соображеній, ей противорѣчащихъ, подобно тому какъ виновный старается не допустить свидѣтелей, которые могутъ его изобличить.

Обращаясь къ уголовно-судебной достовѣрности, нужно замѣтить, что она добывается обыкновенно при такихъ условіяхъ и для такихъ цѣлей, при которыхъ дѣйствию страстей открывается широкій просторъ. Цѣль уголовного суда, драматичность производства, усилія судебного краснорѣчія сторонъ—все это сильно вліяетъ на сердца судей, возбуждаетъ страсти.

Степени убѣжденія.

Послѣ всего сказаннаго о процессѣ образованія человѣческаго убѣжденія, ясно, что чрезвычайно трудно съ точностью установить различныя степени убѣжденія. Мы можемъ только сказать, что между простою мыслию и убѣжденіемъ различіе можетъ быть установлено единственно при помощи критерія «готовности дѣйствовать сообразно убѣжденію», готовности, выражающей практически силу увѣренности. Если я настолько увѣренъ въ правильности своего вывода о достовѣрности фактовъ, что рѣшюсь дѣйствовать, значитъ—мое убѣжденіе сильно, значитъ—моя увѣренность велика. Когда люди должны рѣшить важный вопросъ, касающійся чужихъ интересовъ, то имъ обыкновенно говорятъ: «тогда подайте рѣшительный голосъ, когда достигнете такой силы убѣжденія, при которой, въ собственныхъ важныхъ дѣлахъ, вы бы рѣшились дѣйствовать». «Готовность дѣйствовать» является критеріемъ силы убѣжденія въ достовѣрности (Bain, *Emotions and Will*, p. 551) не только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ мы рѣшаемся на что-нибудь въ собственныхъ дѣлахъ, но и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ намъ нужно только составить себѣ убѣжденіе. Даже въ тѣхъ случаяхъ, которые не имѣютъ, повидимому, никакого соприкосновенія съ нашими личными интересами, другого критерія силы убѣжденія нѣтъ. Какъ-бы это ни казалось страннымъ, но даже объ отдѣльныхъ событіяхъ исторіи мы судимъ единственно на основаніи упомянутаго критерія, примѣняемаго при помощи воображенія.

Бэйн такъ объясняетъ примѣненіе этого критерія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нашъ личный интересъ совершенно незатронутъ. «Каждый помнитъ, замѣчаетъ онъ, старинное различіе между потенциальностью и дѣйствительностью (*posse* и *esse*), какъ двумя реальными нашими состояніями. Мы можемъ дѣйствовать и можемъ, не дѣйствуя, представить себя въ состояніи приготовленія къ дѣйствию, хотя бы самый поводъ для дѣйствія не наступилъ, или наступленіе его даже было невѣрно. Когда я говорю: «если мнѣ придется когда-нибудь побывать въ Америкѣ, я непременно посѣщу Ниагарскій водопадъ», я мысленно ставлю себя въ положеніе, которое, быть можетъ, въ дѣйствительности никогда и не наступитъ, а существуетъ только въ моей душѣ. То-же самое состояніе имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда я составляю себѣ сильное убѣжденіе, характеризующееся готовностью дѣйствовать, хотя дѣйствовать мнѣ и не придется. Конечно, не всѣ наши вѣрованія или убѣжденія отличаются такою силой, но дѣло въ томъ, что у насъ много кажущихся убѣжденій, которыя вовсе не имѣютъ силы, какъ это оказывается при провѣркѣ, или которыя составляются не серьезно, такъ какъ намъ не представляется дѣйствительной надобности выработать себѣ настоящее убѣжденіе по данному вопросу. Но коль-скоро мы имѣемъ какое-нибудь убѣжденіе, то чего бы оно ни касалось, оно характеризуется или дѣйствительною готовностью дѣйствовать, или же потенциальною—въ томъ случаѣ, когда мы не

можемъ имѣть даже повода къ дѣйствованію. Говоря вообще, человѣческое убѣжденіе, по своему существу, имѣетъ назначеніемъ—быть двигателемъ для дѣятельности. За исключеніемъ науки, гдѣ познаніе само по себѣ—цѣль, по крайней мѣрѣ, посредствующая цѣль, въ жизни—убѣжденія составляютъ для дѣятельности. Это цѣлесообразное значеніе убѣжденія маскируется тѣмъ, что часто средство получаетъ значеніе самостоятельной цѣли. Но отъ этого значеніе упомянутаго нами критерія нисколько не видоизмѣняется. Масса посредствующихъ цѣлей составляетъ задачу людей и притомъ сохраняется первоначальный критерій для силы убѣжденія». Въ важныхъ своихъ дѣлахъ мы требуемъ доказательствъ; сила ихъ опредѣляется нашею готовностью дѣйствовать: но этотъ же самый критерій примѣняется нами при составленіи убѣждений объ отдаленныхъ событіяхъ исторіи. «Истина для истины» не означаетъ, что люди, ищущіе такой истины, не имѣютъ критерія, о которомъ мы говоримъ. Это не болѣе какъ обыкновенный случай, когда средство превращается въ цѣль. Такъ люди любятъ деньги, потому что онѣ служатъ средствомъ къ жизни; но скупецъ любить деньги уже не какъ средство, а какъ цѣль (Vain, Mental and moral science, p. 375: Belief is a growth or development of the Will, under the pursuit of intermediate ends). Для того чтобы замѣтить различіе между истиннымъ убѣжденіемъ и мнѣніемъ, составленнымъ безъ опредѣленной цѣли, достаточно обратить вниманіе на два состоянія нашего ума: состояніе, когда мы обсуждаемъ уголовный случай въ качествѣ любопытствующаго изъ публики, и состояніе, когда дѣйствуемъ въ качествѣ присяжнаго засѣдателя. Составляя себѣ мнѣніе, а не убѣжденіе, мы не такъ старательно взвѣшиваемъ дѣло, мы не находимся подъ вліяніемъ чувства нравственной отвѣтственности, не видимъ непосредственныхъ послѣдствій нашего мнѣнія для подсудимаго. Но когда мы дѣйствуемъ въ качествѣ присяжнаго засѣдателя, мы составляемъ себѣ убѣжденіе, какъ если-бы мы рѣшали собственное дѣло. Мы сознаемъ, что это убѣжденіе—серьезное дѣйствіе: оно должно повлечь послѣдствія, важныя для подсудимаго, важныя для общества. Праздное наблюденіе не возбуждаетъ такъ нашихъ умственныхъ силъ, не напрягаетъ такъ чувствъ, какъ составленіе убѣжденія, влекущаго практическія послѣдствія. Сознаніе, что наше мнѣніе не можетъ имѣть непосредственныхъ практическихъ послѣдствій, есть одна изъ главныхъ причинъ, почему въ обществѣ, занимающемся политикою отъ нечего дѣлать, обращается такъ много поверхностныхъ и даже совершенно нелѣпыхъ теорій и взглядовъ.

Что касается до степеней убѣжденія, установленныхъ формальною теоріею доказательствъ, то большою извѣстностью пользуется принятое еще глоссаторами дѣленіе доказательства на полное (*plena probatio*) и неполное (*probatio minus plena*). Неполное и дѣлилось на половинное (*prob. semiplena*) и на доказательство больше или меньше половины (*semiplena major vel minor*).

Это механическое воззрѣніе, замѣчаютъ Гейеръ (Holtzendorf's Handbuch des Strafprocesses, p. 207), ведущее свое начало отъ положенія, выработаннаго въ римской юриспруденціи, привело къ тому, что одному свидѣтелю стали придавать значеніе половиннаго доказательства. Каролина то же говорить объ одномъ свидѣтелѣ, какъ объ «Halbbeweisung». Между тѣмъ, какъ противъ такого воззрѣнія уже поднимались возраженія въ XVII вѣкѣ, мы съ нимъ встрѣчаемся еще въ кодексахъ баварскомъ 1813 года и австрійскомъ 1853 года. Австрійскій кодексъ для полнаго доказательства, требуетъ стеченія двухъ «неполныхъ», при чемъ сила неполнаго доказательства, въ сравненіи съ простымъ «подозрѣніемъ», опредѣляется то какъ $1\frac{1}{2} : 1$, то какъ $2 : 1$ и т. д. Во II ч. XV т. проводится также дѣленіе доказательствъ на совершенныя и несовершенныя ст. 304). Одно совершеннаго доказательства достаточно для признанія осужденія несомнительнымъ (ст. 306). Одно несовершенное доказательство вмѣняется только въ подозрѣніе (ст. 308).

Въ современныхъ судопроизводственныхъ кодексахъ, отвергнувшихъ формальную теорію доказательствъ, «несовершенныя» доказательства, конечно, уже не встрѣчаются, однако, попадаются случаи, когда законъ говоритъ не о достовѣрности фактовъ, а о какой-то невысокой степени вѣроятности, которая служитъ основаніемъ для принятія нѣкоторыхъ процессуальныхъ мѣръ. Сюда, напримѣръ, относятся слѣдующіе случаи, по нашему уставу угол. судопр.: а) Законные поводы къ начатію предварительнаго слѣдствія, вычисленные въ Уставѣ уголов. судопр. Всѣ эти поводы представляютъ доказательства, достаточныя для начатія дѣла. Законъ какъ бы признаетъ за ними временную силу для судопроизводственной цѣли.

Къ этимъ законнымъ поводамъ относятся: 1) объявленія и жалобы частныхъ лицъ; 2) сообщенія полиціи, присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ; 3) явка съ повинною; 4) возбужденіе дѣла прокуроромъ, и 5) возбужденіе дѣла по непосредственному усмотрѣнію судебного слѣдователя.—Всѣ эти законные поводы къ начатію предварительнаго слѣдствія, fundamenta inquisitionis, суть собственно обстоятельства, которымъ законъ придаетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, значеніе вѣроятности, во всякомъ случаѣ, такое, что слѣдователь получаетъ право приступить къ дѣйствию. Характернымъ здѣсь является то, что достовѣрность здѣсь какая то невысокая, и признается на-время, для опредѣленной цѣли. Всѣ исчисленныя выше обстоятельства, по выраженію мотивовъ (см. изд. госуд. канцел., стр. 131), возбуждаютъ сильное подозрѣніе.

б) При преданіи суду также оцѣнивается сила доказательствъ, такъ сказать, приблизительно ¹⁾.

¹⁾ Миттермайеръ (Beweislehre, p. 7): «Вопросъ о силѣ доказательствъ возникаетъ въ процессѣ не только въ концѣ производства, гдѣ обсуждаются основательность обвиненія и существованіе виновности, но и въ теченіе всего слѣдствія и въ различныхъ стадіяхъ процесса, по мѣрѣ того, какъ слѣдователю

е) При избраніи мѣры къ пресѣченію обвиняемому способовать уклониться отъ слѣдствія, принимается въ соображеніе, между прочимъ, «сила представляющихся противъ него уликъ» (ст. 421). Мы здѣсь опять встрѣчаемся со случаемъ опредѣленія степени достовѣрности для временной цѣли.

д) Ст. 710: «О причинахъ отвода свидѣтелей судъ не производитъ изслѣдованій, но основательность или неосновательность отвода опредѣляетъ по имѣющимся въ дѣлѣ свѣдѣніямъ, по представленнымъ сторонами доказательствамъ и по отзывамъ отводимыхъ лицъ. Въ сомнительныхъ случаяхъ отводимыя лица допрашиваются безъ присяги». Здѣсь мы наталкиваемся опять на случаи опредѣленія достовѣрности особымъ путемъ, но не такимъ, какимъ вообще добывается достовѣрность фактовъ, составляющихъ предметъ судебного изслѣдованія. Конечно, такой особый порядокъ объясняется необходимостью. Въ мотивахъ сказано: «При устномъ производствѣ судебного слѣдствія, въ засѣданіи суда, основательность, или неосновательность отвода надлежитъ опредѣлить по представленнымъ сторонами доказательствамъ и по отзывамъ отводимыхъ лицъ, безъ производства какого-либо изысканія о причинахъ отвода; иначе каждое судебное засѣданіе прерывалось бы для учиненія подобнаго изысканія, въ которомъ не будетъ особенной надобности, если принять за правило, что въ сомнительныхъ случаяхъ отводимыя лица допрашиваются безъ присяги»¹⁾.—Къ обсуждаемымъ случаямъ не должна быть отнесима оцѣнка обстоятельствъ, производимая судомъ на основаніи 575 ст. Уст. уг. судопр.

Что касается до мнѣній ученыхъ юристовъ по вопросу о степеняхъ убѣжденія, то наука не представляетъ ничего новаго сравнительно съ тѣмъ, что уже высказано нами. О затѣѣ Бентама создать градусникъ достовѣрности едва ли стоитъ и говорить: проектъ градусника достовѣрности показываетъ только, что и такіе сильные умы, какъ Бентамъ, способны иногда выдумывать большія нелѣпости¹⁾. Впрочемъ, въ сочиненіи Бентама о доказа-

нужно рѣшить: существуетъ ли достаточная вѣроятность совершеннаго преступленія или виновности подсудимаго, чтобы судья имѣлъ право предпринять тѣ или другія процессуальныя дѣйствія. Подобные вопросы возникаютъ: а) когда нужно рѣшить вопросъ, начать ли слѣдствіе противъ известнаго лица; б) слѣдуетъ ли арестовать данное лицо; в) существуютъ ли необходимыя условія для того, чтобы поставить человѣка въ положеніе подсудимаго, предать его суду?». Ст. 534 Улсж. уголов. судопр. требуетъ для преданія суду «признанія слѣдствія достаточно полнымъ», что, конечно, касается доказательствъ, такъ какъ членъ докладчикъ, по ст. 531, «прочитываетъ въ подлинникѣ протоколы, имѣющіе существенное въ дѣлѣ значеніе». По ст. 536, палата поступаетъ по правилу, поставленному въ ст. 515, 516, если она «признаетъ, что лицо, навлекающее на себя подозрѣніе, не было привлечено къ дѣлу». Во всѣхъ этихъ случаяхъ палата обсуждаетъ вопросы о силѣ доказательствъ.

¹⁾ Судъ не производитъ дознанія, а довольствуется тѣми доказательствами, которыя представляются на судѣ согласно 710 ст. Уст. угол. судопр.; кассац. рѣш. №4/577 Верта; ^{79/180} Банникова и друг.

¹⁾ Бентамъ (Rationale of Evidence, v. I, p. 74, 96). На одной сторонѣ градусника предполагалось выразить градусы положительнаго убѣжденія;

тельстввахъ, на-ряду съ примѣрами блестящаго анализа, немало встрѣчается софизмовъ и явныхъ преувеличеній!

Извѣстный авторитетъ въ ученіи о доказательствахъ, Стэрки¹⁾, высказывается о степеняхъ судебной достовѣрности такимъ образомъ: «Доказательства, удовлетворяющія присяжныхъ въ такой мѣрѣ, что исключаютъ всякое разумное сомнѣніе, составляютъ по л н о е д о к а з а т е л ь с т в о; абсолютная математическая или метафизическая достовѣрность не требуется, да и обыкновенно была бы недостижима въ судебныхъ изслѣдованіяхъ. Даже наиболѣе непосредственное доказательство (the most direct evidence) не можетъ дать больше, чѣмъ высокую степень вѣроятности, возвышающуюся до нравственной достовѣрности (moral certainty). Съ этой высшей своей точки, необозримымъ числомъ постепенностей, доказательство можетъ, по силѣ своей, ниспадать до такой степени, что будетъ представлять недостовѣрность, а одинъ только перевѣсъ убѣжденія въ пользу спорнаго факта. Въ дѣлахъ уголовныхъ необходимо, чтобы вердиктъ былъ основанъ на полномъ доказательствѣ: недостаточно перевѣса или какой-нибудь степени перевѣса убѣжденія въ пользу факта. Необходимо, чтобы доказательство порождало полное убѣжденіе, исключющее всякое разумное сомнѣніе». Эти замѣчанія авторитетнаго писателя чрезвычайно вѣрны. Они указываютъ на ту сторону дѣла, что для уголовного приговора необходимо «убѣжденіе», что недостаточенъ одинъ только наклонъ чаши вѣсовъ. Выводъ, что въ дѣлѣ больше доказательствъ противъ, чѣмъ въ пользу подсудимаго, указывалъ бы только на перевѣсъ доводовъ, а не на полное убѣжденіе. Полное убѣжденіе имѣется тогда, когда въ душѣ нашей сложился сильный мотивъ, подвигающій насъ принять опредѣленное рѣшеніе, по крайнему разумѣнію. Можно сказать, что во многихъ случаяхъ, сила доказательствъ бываетъ такъ велика, что у судьи исторгается убѣжденіе, что онъ иначе и не можетъ думать въ данномъ случаѣ. Проникнутый высокимъ чувствомъ долга, далекій отъ всякаго пристрастія и личнаго интереса, судья, выслушавъ всѣ доказательства и доводы, приложивъ всю силу своего разумѣнія къ дѣлу, торжественно объявляетъ, что онъ убѣдился въ дѣйствительности извѣстнаго факта. Вотъ это то убѣжденіе, представляющее энергическое проявленіе силы разумѣнія и чистоты побужденій, составляетъ ту настоящую гарантію

на другой—градусы отрицательнаго. Свидѣтелю стоило, такимъ образомъ, только указать градусъ, котораго достигла сила его убѣжденія. Самое, конечно, странное въ идеѣ Бенгтама то, что онъ самъ признаетъ, что «лучшая шкала—безконечная, но, къ несчастью, такая шкала не можетъ быть примѣнена». Нападая на различные термины для выраженія степени убѣжденія, Бенгтамъ самъ создаетъ какую-то чудовищную цифровую теорію доказательствъ. Между тѣмъ, раздѣленіе убѣжденія на степени, встрѣчающееся въ старой англійской школѣ, далеко не такъ нелѣпо, какъ термометръ Бенгтама. У Блэкстона степени убѣжденія такъ выражены: а) Positive proof (положительное доказательство); b) violent presumption (исторгнутое предположеніе); c) probable presumption (вѣроятное предположеніе); d) light or rash presumption (подозрѣніе). Это же дѣленіе степеней убѣжденія находимъ и у судьи Кока.

²⁾ Starkie, A practical treatise of the law of evidence, 4-th edit, p. 817.

правосудія, значеніе которой возвышается оттого, что убѣжденіе это не есть личное мнѣніе, а убѣжденіе значительнаго числа лицъ. Тейлоръ (*A treatise of the law of evidence, v. I, p. 4*) по занимающему насъ вопросу высказываетъ слѣдующее: «Удовлетворительнымъ доказательствомъ (*satisfactory evidence*), которое иногда называется также достаточнымъ доказательствомъ (*sufficient evidence*), называется такое, которое обыкновенно удовлетворяетъ непредубѣжденный умъ, исключая при этомъ всякое разумное сомнѣніе. Обстоятельства, способныя вызвать такую удовлетворительность, никогда не могутъ быть напередъ опредѣлены; ихъ дѣйствительный законный признакъ есть способность удовлетворить разумъ и совѣсть обыкновеннаго человѣка, и такъ убѣдить его, чтобы на основаніи своего убѣжденія, онъ рѣшился дѣйствовать въ важныхъ случаяхъ, затрагивающихъ его собственные интересы». Что касается до нѣмецкихъ писателей, то довольно видный изъ нихъ Зеель (*Seel, Erörterungen über den Beweis in Strafsachen. Würzburg, 1875, p. 2*) ничего новаго по этому вопросу не высказываетъ. Какъ и всѣ нѣмецкіе писатели, въ ученіи о доказательствахъ, онъ не даетъ тѣхъ точныхъ психологическихъ наблюденій, которыми такъ богата англійская литература по *law of evidence*. Признавая убѣжденіе единственнымъ признакомъ силы доказательствъ, Зеель говоритъ, что, для уголовной достовѣрности, требуется, чтобы фактъ настолько былъ удостовѣренъ, чтобы серьезный и добросовѣстный человѣкъ, руководствуясь житейскимъ опытомъ, призналъ его вѣрнымъ. Онъ, далѣе, замѣчаетъ, что образование убѣжденія уподобляется движенію вѣсовъ, при помощи которыхъ измѣряется тяжесть вещей. Разсуждая объ умственной операціи, при составленіи убѣжденія, Зеель говоритъ, что она должна быть совершаема съ такою осторожностью, какою мы примѣняемъ при рѣшеніяхъ въ дѣлахъ, касающихся нашихъ важнѣйшихъ личныхъ интересовъ. Но и это замѣчаніе взято изъ одной англійской рѣчи, произнесенной предсѣдателемъ въ судѣ присяжныхъ¹⁾.

Характеристика степеней достовѣрности, служащей основаніемъ уголовныхъ приговоровъ, была бы не вполне закончена, если бы мы не обратили вниманія на слѣдующія слабыя стороны судебной достовѣрности вообще. 1) Какъ бы высока ни была достовѣрность, составляющая основаніе уголовного приговора, она, какъ человѣческое убѣжденіе, несомнѣнно имѣетъ субъектив-

¹⁾ Вотъ вѣское мнѣніе, высказанное однимъ англійскимъ судьей, объ условіяхъ, при которыхъ доказательства по дѣлу могутъ быть признаны вполне убѣдительными (см. *Glaser, Anklage, Wahrspruch u. s. w. p. 341*). Предсѣдатель, обращаясь къ присяжнымъ, въ своемъ *charge*, замѣтилъ: «Въ случаяхъ, когда никто не былъ свидѣтелемъ дѣянія, въ которомъ обвиняется подсудимый, всѣ обстоятельства дѣла должны быть совмѣстны съ предположеніемъ о виновности подсудимаго. Но этого одного недостаточно. Въ дѣлѣ должно быть, по крайней мѣрѣ, одно такое обстоятельство, которое было бы несомнѣнно ни съ однимъ изъ предположеній, какія только могутъ быть сдѣланы касательно виновности подсудимаго». Въ этомъ мнѣніи поучительно требованіе такого обстоятельства, которое было бы несогласно со всякою возможною гипотезою о невинности подсудимаго.

н ы й х а р а к т е р ь. Совершенно вѣрно, что доказательства иногда бываютъ такъ сильны, такъ могучи, что нужно искусственно возбудить въ себѣ сомнѣнiе, упорно защищаться отъ навязывающагося убѣжденiя, чтобы не признать ихъ достаточными. Есть случаи, когда доказательства настолько сильны, что какъ бы вымогаютъ убѣжденiе; есть случаи, когда каждый, въ положенiи судьи, признаетъ ихъ исполнѣ, достаточными. И тѣмъ не менѣе, какъ уже было замѣчено въ другомъ мѣстѣ, нельзя, безъ забвенiя самой сущности дѣла, не признать, что вездѣ, гдѣ только человѣкъ судить объ истинности факта, индивидуальность этого человѣка сильнѣйшимъ образомъ влiяетъ на образованiе убѣжденiя. Въ математикѣ личность изслѣдователя остается безъ всякихъ послѣдствiй для выкладокъ; машина можетъ здѣсь исполнѣ замѣнить человѣка; но въ изслѣдованiяхъ фактической истины, въ дѣлѣ нравственной достовѣрности, индивидуальность судьи даетъ свой отпечатокъ всему изслѣдованiю. При оцѣнкѣ условiй достовѣрности, при сравненiи ихъ, при общемъ выводѣ о всей массѣ доказательственного матеріала, индивидуальность судьи играетъ важную роль. Довѣрiе къ свидѣтелямъ обуславливается нашимъ личнымъ опытомъ о людяхъ и жизни; наши выводы изъ вещественныхъ доказательствъ ограничены предѣлами нашихъ личныхъ знанiй; наше общее сужденiе о возможности того или другого событiя, или какой-либо подробности его зависитъ отъ богатства нашего фактическаго знанiя, нашего развитiя, широты нашихъ взглядовъ. Совершенно справедливо замѣчаетъ Миттермайеръ, что даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ судьи соглашаются въ мнѣнiи о силѣ даннаго доказательства, они весьма часто достигаютъ единогласiя по совершенно различнымъ соображенiямъ. Одинъ признаетъ свидѣтеля достовѣрнымъ, потому-что считаетъ его человѣкомъ правдивымъ; другой—потому, что показанiе его обстоятельно и подтверждается другими данными въ дѣлѣ; третiй—потому-что свидѣтель своимъ простымъ, прямымъ и яснымъ отвѣтомъ произвелъ на него благоприятное впечатлѣнiе и т. д. Одинъ судья придаетъ значенiе присягѣ, какъ оплоту истины; другой, зная, какъ часто встрѣчаются легкомысленныя клятвы, не считаетъ ее каменною оградой; одинъ вѣритъ въ темныя стороны человѣческой души, видитъ въ людяхъ эгоистовъ, безпощадныхъ, когда дѣло касается ихъ личныхъ интересовъ; другой вѣритъ, что немало на свѣтѣ добрыхъ людей, что много вообще свѣтлаго въ человѣческой природѣ. «Мы не отвергаемъ, говорить Миттермайеръ (*Die Beweislehre*, p. 67), что есть извѣстные пути, слѣдуя которымъ человѣкъ вѣрнѣе достигаетъ истины; мы признаемъ, что бываютъ случаи (судья знаетъ, какъ они рѣдки!), въ которыхъ доказательства такъ сильны, что каждый на мѣстѣ судьи придетъ къ тому же убѣжденiю. Тѣмъ не менѣе индивидуальность судящаго рѣшаетъ вопросъ о свойствѣ его убѣжденiя». Сестра показываетъ противъ брата въ пользу любовника. Какъ важны въ

³⁾ Интересныя мысли встрѣчаются въ сочиненiи Lipps, *Vom Fühlen, Wollen und Denken*, S. 180 ff., Leipzig, 1907. «Если роза красна... то отъ меня категорически требуется, чтобы я ее мыслить именно какъ таковую...».

этомъ случаѣ, при сужденіи о достовѣрности ея показанія, нашъ личный опытъ, наше субъективное пониманіе человѣческаго сердца! При трудныхъ изслѣдованіяхъ движушихъ началъ человѣческихъ дѣйствій, когда мы вступаемъ въ темную область предположеній и гаданій, какое рѣшающее значеніе имѣетъ личность судьи, его житейскій опытъ, его взгляды на человѣческую природу, его собственные психологическія наблюденія, пережитыя впечатлѣнія!¹⁾

Присущая уголовно-судебной достовѣрности доля субъективности не исчезаетъ вполне оттого, что она составляетъ убѣжденіе нѣсколькихъ судей, познакомившихся съ дѣломъ при одинаковыхъ условіяхъ наблюденія. Это согласіе есть совпаденіе въ конечномъ результатѣ и рѣдко только въ мотивахъ; это—с о г л а ш е н і е , а не одновременно снятый фотографическій снимокъ съ предмета. Конечно, чѣмъ больше судей, тѣмъ разностороннѣе будетъ обсужденіе предмета; чѣмъ больше разнообразія въ точкахъ зрѣнія, тѣмъ больше основаній признать испытаніе полнымъ. Но отъ этой большей разнообразности обсужденія дѣла, отъ этого болѣе глубокаго изслѣдованія вѣроятностей, приговоръ не превращается въ совершенно о б ъ е к т и в н у ю и с т и н у , хотя кредитъ доказательствъ оттого и вытравываетъ. Во всякомъ случаѣ, судейское убѣжденіе тѣмъ болѣе можетъ считаться согласнымъ съ истинною, чѣмъ болѣе число судей, пришедшихъ къ одному и тому же заключенію, и чѣмъ болѣе тождества въ основаніяхъ, по которымъ всѣ они признаютъ доказательства удовлетворительными. Такимъ образомъ, въ за-

¹⁾ Что убѣжденія наши находятся подъ влияніемъ нашей индивидуальности, между прочимъ, видно будетъ, если обратить вниманіе на тѣ «ошибочныя тенденціи нашего духа», которыя вычислены у Бэна (*Logic*, II, 376) подъ названіемъ «fallacious tendencies of the mind». Изложимъ здѣсь существенное содержаніе этой главы знаменитаго психолога. Состояніе убѣжденія (*belief*) есть форма, или проявленіе активности. Сила убѣжденія измѣняется готовностью дѣйствовать въ направленіи, указанномъ убѣжденіемъ. Есть три источника человѣческаго убѣжденія: 1) присущая намъ активность — склонность дѣйствовать въ смыслѣ проявленія энергіи (*spontaneous vigor*); 2) влияніе чувства, эмоцій и страстей, и 3) интеллектуальныя ассоціаціи, или привычныя, связанные ряды мыслей. Эти три источника влекутъ за собою ошибки, при формированіи убѣжденія, тѣмъ болѣе, что только третій источникъ, по выраженію Бэна, обезпечиваетъ достовѣрность убѣжденія, т. е. согласіе нашего представленія съ его предметомъ. Обращаясь къ первому источнику ошибокъ психологическихъ, къ активности, мы должны замѣтить, что присущая намъ энергія побуждаетъ насъ къ дѣйствию, къ переходу отъ пассивнаго состоянія къ активному, побуждаетъ насъ къ постоянной активности, доколѣ наша энергія не истощена и пока есть свобода отъ препятствія. Препятствія нами не предполагаются, пока дѣйствительно не встрѣтятся. Путь, открытый въ настоящій моментъ, кажется намъ, будетъ всегда открытъ; мы не предусматриваемъ будущаго препятствія. Слѣпое довѣріе есть первоначальное состояніе нашей души. Только путемъ опыта мы научаемся предполагать извѣстные предѣлы и препятствіе нашей активности. Состояніе довѣрія характеризуетъ наши раннія убѣжденія; намъ представляется, что то, что дѣйствительно теперь, будетъ дѣйствительно всегда и вездѣ. Мы полагаемъ, что какъ чувствуемъ теперь, будемъ всегда чувствовать. Опытъ показываетъ намъ, что это не такъ. Мы начинаемъ свою жизнь убѣжденіемъ, что какъ мы чувствуемъ, такъ чувствуемъ всѣ. Судить о другихъ по себѣ составляетъ нашу склонность, и только опытъ избавляетъ людей, впрочемъ не всѣхъ, отъ этого предположенія. Въ этомъ же критеріи, если не единственная, то одна изъ

ключеніе наших замѣчаній о субъективномъ отѣнкѣ судебной достовѣрности, мы не можемъ не согласиться съ Миттермайеромъ: «При изслѣдованіи истины дѣйствуютъ извѣстные законы и существуютъ опредѣленные пути, которые, оправдываясь разумомъ и опытомъ, оказываются наиболѣе вѣрными. Истина, найденная такимъ способомъ, опирается на извѣстныя основанія, производящія одинаковое впечатлѣніе на каждого судью; но въ то же время, при рѣшеніи вопросовъ о фактической достовѣрности, вліяютъ всѣ индивидуальныя особенности судящаго, и всякое убѣжденіе объ истинѣ все-таки является чѣмъ то субъективнымъ».

2. Доказательства, составляющія основаніе уголовнаго приговора, могутъ вводить въ заблужденіе. Какъ бы мы ни были осторожны при оцѣнкѣ свидѣтельскихъ показаній, мы всегда можемъ быть вовлечены въ ошибку. Всѣ общія положенія для сужденія о силѣ свидѣтельскихъ показаній хороши, какъ обобщенія, но главный вопросъ заключается не въ этомъ ихъ достоинствѣ, а въ томъ, насколько какое-либо общее положеніе можетъ найти свое приложеніе къ отдѣльному случаю. Мы знаемъ, что согласное показаніе свидѣтелей есть большой плюсъ въ пользу ихъ показаній, но есть ли это согласіе результатъ правдивости или подкупа, стачки, или тому подобнаго нечестнаго дѣянія, это рѣшается каждый разъ отдѣльно *in concreto*. Чистѣйшая ложь въ свидѣтельскихъ показаніяхъ встрѣчается рѣже, чѣмъ ложь, подбитая прав-

главныхъ причинъ нетерпимости. Съ трудомъ освобождаемся мы отъ склонности судить людей во всѣхъ обстоятельствахъ по мѣркѣ, взятой изъ собственной личности и нашихъ личныхъ обстоятельствъ. Изъ одного факта мы готовы вывести законъ. Дѣти собственно дѣлаютъ пародію на индукцію; а самые невѣжественные люди проявляютъ наибольшую склонность къ широкимъ и смѣлымъ обобщеніямъ. Наша увѣренность не находитъ въ надлежалей пропорціи съ объективными доказательствами. Ошибки молодости въ мышленіи объясняются только-что описаннымъ источникомъ заблужденій. Но, замѣтимъ, молодость разума не есть принадлежность молодого только возраста. Многіе остаются долго, а нѣкоторые навсегда умственными младенцами. Во всякомъ случаѣ, не всѣ научаются одному и тому же въ жизни, и не всѣхъ жизнь учитъ съ одинаковымъ рвеніемъ и успѣхомъ. Ясно, сколько ошибокъ должно пронестекать изъ перваго источника человеческого убѣжденія.

Что касается до втораго источника ошибокъ, до вліянія чувствъ, душевныхъ волненій и страстей, то извращающее вліяніе этого источника на правильность убѣжденій слишкомъ общезвѣстно, чтобы могло объ этомъ распространяться. Что личный интересъ, страхъ, любовь, антипатія, симпатія, поэтическіе идеалы и религіозныя чувства вліяютъ на нашу умственную дѣятельность, это одно изъ самыхъ распространенныхъ и наименѣ спорныхъ положеній о человеческой природѣ. Божонова *idola* большею частію составлена изъ предразсудковъ и страстей. Вліяніе чувствъ на наше убѣжденіе совершается отчасти черезъ волю, отчасти черезъ интеллектъ. Все, что доставляетъ намъ удовольствіе, побуждаетъ волю къ преслѣдованію какой-либо цѣли; а наша активность, въ какомъ бы направленіи она ни стремилась, влечетъ за собою и убѣжденіе. То, что любимъ, мы считаемъ хорошимъ, по крайней мѣрѣ, недурнымъ. Результатъ симпатій заключается въ томъ, что наша активность стремится въ извѣстномъ направленіи, а это даетъ силу убѣжденію, способную преодолѣть противорѣчащее доказательство. Другой способъ вліянія чувства есть вліяніе черезъ интеллектъ. Сильное чувство возбуж-

дою. Есть ложь, нелегко поддающаяся изобличенію, а иногда и совсѣмъ неуловимая. Люди гораздо чаще говорятъ правду, чѣмъ ложь; но какой случай мы имѣемъ въ данномъ дѣлѣ, это—вопросъ, который можетъ быть рѣшенъ и ошибочно въ отдѣльномъ случаѣ. Вещественныя доказательства, говорятъ, не могутъ лгать; но они могутъ быть приведены въ ошибочную связь съ искомымъ фактомъ; они могутъ быть подкинута съ цѣлью ввести въ заблужденіе; они могутъ быть сфабрикованы съ единственною цѣлью сбить съ толку судей. Само по себѣ, вещественное доказательство, конечно, не лжетъ; но съ его помощью люди могутъ обманывать, и дѣйствительно обманывали и обманываютъ. Англійскій судья Гэль разсказываетъ случай, когда невинный былъ осужденъ за кражу лошади на томъ основаніи, что его встрѣтили верхомъ на этой лошади, въ самый день кражи. Но онъ былъ совершенно невиненъ и просто сдѣлался жертвою обмана настоящаго конокрада, который, спасаясь отъ преслѣдованія, попросилъ встрѣтившагося ему человѣка поддержать на-минутку лошадь, а самъ скрылся. Вообще говоря, вещественное доказательство можетъ быть обращено противъ истины съ большою опасностью для правосудія, чѣмъ подкупленный свидѣтель.

3. Самое старательное и осторожное изслѣдованіе можетъ иногда привести къ ошибкѣ, если въ дѣлѣ было такое необыкновенное стеченіе обстоятельствъ, которое не могло быть предположено даже самымъ осторожнымъ судьей. Индивидуальное событіе, составляющее пред-

даетъ насъ, мы обращаемъ вниманіе только на то, что согласно съ нашимъ чувствомъ. Удовольствія, нами испытываемыя, направляютъ наше вниманіе только на факты, для насъ пріятные; страхъ указываетъ намъ только тѣ обстоятельства, которыя угрожаютъ опасностью. Мы не будемъ представлять здѣсь примѣровъ вліянія того или другого чувства на образованіе убѣжденія; замѣтимъ только, что чувства сильно видоизмѣняютъ ходъ нашихъ логическихъ операций, нашъ взглядъ на силу доказательствъ. Не говоря уже о сильныхъ страстяхъ, извращающихъ наше мнѣніе, обратимъ вниманіе на то, что даже такое чувство, какъ чувство личнаго достоинства, видоизмѣняетъ въ значительной степени наши мнѣнія и убѣжденія. Третій источникъ ошибокъ въ нашихъ убѣжденіяхъ заключается въ привычныхъ связяхъ идей, въ привычныхъ умственныхъ ассоціаціяхъ. Умственные привычки оказываютъ громадное вліяніе на наши мнѣнія и убѣжденія. Если двѣ вещи долго связаны были въ нашемъ представленіи, то пріобрѣтенная быстрота перехода отъ одной вещи къ другой даетъ силу известному убѣжденію. Повтореніе одной и той же идеи, сентенціи, вызываетъ, наконецъ, вѣру въ нихъ. Вліяніе повторенія есть одно изъ важныхъ основаній человѣческаго убѣжденія. Какъ трудно сохранить самостоятельное мнѣніе, когда все кругомъ хоромъ утверждаютъ что-либо. Сила «модныхъ идей», охватившихъ общество, для среднихъ людей непреодолима! Обыкновенный человѣкъ, вліяніемъ всеобщаго «внушенія» какой-либо идеи, какъ бы гипнотизируется! Значительная доля вліянія воспитанія и господствующихъ мнѣній объясняется интеллектуальными ассоціаціями, которыя могутъ быть уничтожены только продолжительными повтореніемъ противоположныхъ идей. Выраженіе «человѣкъ, состарѣвшійся въ своихъ убѣжденіяхъ», указываетъ на трудность перемѣны убѣжденій, долгое время руководившихъ человѣкомъ, и такая трудность можетъ быть объяснена только вліяніемъ продолжительной привычки вѣрить навѣстнымъ положеніямъ. Замѣчено было, что теорія кровообращенія Гарвея не была принята ни однимъ медикомъ старѣе сорока лѣтъ.

метъ судебного разслѣдованія, уже потому представляетъ трудный предметъ для разъясненія, что оно единолично, не повторяется и можетъ быть восстановлено только на основаніи данныхъ, подаренныхъ правосудію случаемъ. Процессъ его изслѣдованія, какъ уже нами было объяснено, заключается въ томъ, что мы строимъ различныя гипотезы и въ заключеніе останавливаемся на той изъ нихъ, которая оказывается наиболѣе совмѣстною съ открытіями по дѣлу данными. Такой-же провѣркѣ мы подвергаемъ и показаніе подсудимаго, и показанія свидѣтелей. Пеллѣ совершенно справедливо замѣтилъ, что «the usual character of human testimony is substantial truth under circumstantial variety» (обычный характеръ человѣческаго свидѣтельства — согласіе въ существѣ, при разногласіи въ подробностяхъ). Полное согласіе свидѣтелей такъ рѣдко встрѣчается въ дѣйствительности, что тожество ихъ во всѣхъ подробностяхъ вызываетъ даже подозрѣніе въ стачкѣ и подкупѣ. Поэтому, на свидѣтельское показаніе часто приходится смотрѣть просто, какъ на гипотезу. Всякая гипотеза, принятая для объясненія событія, должна быть вполнѣ подтверждена. Необходимо, чтобы всѣ обстоятельства, имѣющія по дѣлу, исключали всякую другую гипотезу, кромѣ той, которая оказывается доказанною. Лучшие писатели по учению о доказательствахъ настаиваютъ на крайней необходимости самаго строгого исключенія всякой другой гипотезы, кромѣ той, которая признана вполнѣ объясняющею дѣло. Но бываетъ иногда такое стеченіе обстоятельствъ, которое подтверждаетъ, повидимому, вполнѣ основательно одну гипотезу, между тѣмъ какъ признаки другой остались совсѣмъ незамѣченными. Стэрки рассказываетъ случай осужденія невинной дѣвушки при слѣдующихъ обстоятельствахъ. Подсудимая жила служанкою у одной старой дамы; въ домѣ никого, кромѣ этихъ двухъ женщинъ, не было. Эта служанка подверглась осужденію за убійство своей госпожи, на основаніи уликъ. Убитая хозяйка найдена была въ домѣ, окна и двери были заперты; повидимому, никто не входилъ въ домъ. Служанка исчезла. На основаніи этихъ обстоятельствъ, построена была гипотеза, что госпожа была убита подсудимою; она была осуждена, а затѣмъ и казнена. Впослѣдствіи, однако, открылось, что предположеніе, будто никто въ домъ не входилъ, было невѣрно: одинъ изъ дѣйствительныхъ убійцъ сознался, что онъ прошелъ въ окно верхняго этажа по доскѣ, переброшенной изъ противоположнаго дома, что было вполнѣ возможно, такъ-какъ переулокъ былъ чрезвычайно узокъ. Убійцы, сдѣлавъ свое кровавое дѣло, ушли тѣмъ-же путемъ, какимъ и вошли. Этотъ случай рисуетъ намъ превосходно стеченіе обстоятельствъ, составляющихъ, повидимому, полное доказательство виновности лица, между тѣмъ какъ признаки другой гипотезы, впослѣдствіи оказавшейся правильною, оставлены были безъ всякаго вниманія. Большая проникаемость, большая догадливость, большая разносторонность взгляда на дѣло, быть можетъ, спасли-бы ни въ чемъ неповинную дѣвушку отъ осужденія и казни. Случай этотъ представляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ прекрасное объясненіе мысли о субъективности уголовно-судебной достовѣрно-

сти, мысли, въ дѣйствительности, правильной, хотя она и можетъ показаться отвлеченною, даже искусственною, какъ-бы противорѣчащею житейской правдѣ, свободной отъ кабинетныхъ тонкостей. Судья долженъ постоянно помнить, что око его ревниво, что онъ, подъ влияніемъ овладѣвшей имъ идеи, пользуется всякимъ малѣйшимъ поводомъ для подтвержденія своей предвзятой мысли. Говоря о шаткости уголовно-судебной достовѣрности, мы не упоминали о тѣхъ ошибкахъ, fallacies (у Милля), которымъ подвержена всякая вообще логическая операція. Мы хотѣли только показать тѣ шаткіе устои зданія доказательствъ, которые сами по себѣ могутъ служить источниками большихъ ошибокъ. Существованіе роковыхъ судебныхъ ошибокъ, имѣвшихъ результатомъ страданіе и смерть неповинныхъ людей, достаточно доказываетъ и субъективную черту судебно-уголовной достовѣрности. Нѣсколько тяжкихъ судебныхъ ошибокъ въ концѣ XVIII в. послужили Вольтеру поводомъ къ остроумнымъ и талантливымъ выходкамъ противъ судебной достовѣрности, въ его Dictionnaire philosophique, подъ словомъ «Certitude» (см. Oeuvres complètes de Voltaire, v. VII, p. 74). Рассказавъ нѣсколько судебныхъ ошибокъ въ процессахъ, гдѣ судьи были убѣждены въ правильности своихъ приговоровъ, Вольтеръ восклицаетъ: «Нѣтъ достовѣрности, если дѣло физически или нравственно могло быть иначе!». Онъ, далѣе, ириливо даетъ примѣры ошибочности фактической достовѣрности. «Сколько лѣтъ вашему другу Христофору? — 28 лѣтъ; я видѣлъ его брачный контрактъ, читалъ его метрическое свидѣтельство, зналъ его съ дѣтства, ему 28 лѣтъ, это—доставѣрность, я въ этомъ убѣжденъ.—Не успѣлъ я выслушать отвѣтъ этого человѣка, такъ сильно убѣжденнаго въ правдѣ своего слова, и двадцать другихъ лицъ, подтверждавшихъ то-же самое, какъ я узналъ, что въ метрическомъ свидѣтельствѣ Христофора, по тайнымъ причинамъ и посредствомъ особаго способа, было фальшиво передѣлано число лѣтъ. Тѣ, которые мнѣ давали показанія, ничего не знали о подлогѣ; они были твердо убѣждены въ томъ, что вовсе не было доставѣрно. Сколько людей было на свѣтѣ, которые видѣли с в о и м и глазами колдуновъ, одержимыхъ чертями, и были убѣждены въ доставѣрности всѣхъ этихъ вещей!». Фактическая доставѣрность, по Вольтеру, основывается на вѣроятностяхъ, которыя весьма часто, по изслѣдованіи ихъ, оказываются просто ошибками; только математическая доставѣрность, говоритъ онъ, неизбежна и вѣчна! «Я существую, я мыслю, я ощущаю боль. Вѣрно-ли все это, подобно геометрической истинѣ? Да, и какъ бы я ни былъ ученъ, но это я признаю. Почему? Потому что эти вещи доказаны однимъ и тѣмъ же принципомъ—что вещь не можетъ быть и не быть въ одно и то-же время. Я не могу, въ одно и то-же время, существовать и не существовать, чувствовать и не чувствовать. Сумма угловъ въ треугольникѣ не можетъ равняться и не равняться въ одно и то же время 180°. Физическая доставѣрность моего существованія, моего чувства, и математическая доставѣрность имѣютъ одинаковую силу, хотя онѣ и различнаго рода (??). Но такой силы не имѣетъ доставѣрность, основанная на внѣшнихъ

признакахъ или на единогласныхъ показаніяхъ людей. Какъ?—возразятъ мнѣ: развѣ вы не имѣете полной достовѣрности въ томъ, что Пекинъ существуетъ? Развѣ у васъ нѣтъ матерій изъ Пекина? Развѣ васъ не убѣдили въ существованіи этого города 1000 человекъ различныхъ исповѣданій, различныхъ странъ, такъ сильно спорившіе другъ съ другомъ и все проповѣдывавшіе истину Пекину? — Отвѣчаю: мнѣ представляется въ высшей степени вѣроятнымъ, что въ то время существовалъ городъ Пекинъ; однако, я не буду держать пари на жизнь, что городъ этотъ существуетъ; между тѣмъ какъ я дамъ голову на отсѣченіе, что три угла въ треугольникѣ равны двумъ прямымъ».

Какъ ни отрывочно написано приведенное нами разсужденіе Вольтера, но въ немъ искрится много правды. Въ статьѣ «*Essai sur les probabilités en fait de justice*», написанной въ 1772 г., Вольтеръ говоритъ: «Почти все дѣла, въ нашей жизни, основываются на вѣроятностяхъ. Все, что не можетъ быть доказано очевидностью, или не было признано сторонами, заинтересованными въ отрицаніи, не больше какъ вѣроятность. Я не понимаю, почему авторъ статьи «Вѣроятность», въ «Энциклопедическомъ Словарѣ»; допускаетъ понятіе полудостовѣрности. Полудостовѣрности быть не можетъ, какъ не можетъ быть полуйстины. Истина или ложь,—средины быть не можетъ. Вы убѣждены или неубѣждены. Недостовѣрность—удѣлъ людей, и если вы будете ждать математическихъ доказательствъ, то вамъ очень рѣдко придется рѣшиться на что-нибудь. А между тѣмъ дѣйствовать нужно, и не слѣпо; поэтому, человечеству, всегда слабому, слѣпому, подверженному ошибкамъ, нужно изучать теорію вѣроятностей съ такою-же заботливостью, съ какою мы учимся ариметикѣ и геометріи. Это изученіе вѣроятностей—настоящая наука судей... Она—основаніе ихъ рѣшеній¹⁾. Судья проводить всю жизнь въ томъ, что взвѣшиваетъ вѣроятности, вычисляетъ ихъ, оцѣниваетъ ихъ силу».

Все, нами высказанное о шаткости уголовныхъ доказательствъ, касалось случаевъ добросовѣстнаго исканія истины. Мы при этомъ не имѣли въ виду того ежедневнаго ужаса, который никого ни удивляетъ въ будничномъ судебномъ быту,—а именно: что стороны смотрятъ на уголовное дѣло, какъ на предметъ, имѣющій для нихъ исключительно ремесленное значеніе. Извѣстный уголовный защитникъ Фрицъ Фридманъ (*Was ich erlebt*, В. I, 1908, S. 147) разсказы-

¹⁾ Насколько вообще судьи должны быть осторожны въ провозглашеніи доказательствъ «вполнѣ достовѣрными», видно, между прочимъ, изъ слѣдующаго случая, приводимаго знаменитымъ англійскимъ адвокатомъ Баллантайномъ въ изданныхъ имъ запискахъ (*Ballantine, Some experiences of a barrister's life*, 1882, VII, p. 16). 26 декабря 1863 года въ Лондонѣ произошла драка въ питейномъ заведеніи, на Сафронъ-Гилль, въ Клеркенвеллѣ, между итальянцами, живущими въ этой мѣстности, и англичанами. Результатомъ драки была смерть одного англичанина, Гаррингтона, смертельно раненаго, и поврежденія, полученныя другимъ субъектомъ, по имени Ребеккъ. Въ обоихъ случаяхъ раны нанесены были острымъ орудіемъ и, повидимому, одною и тою же рукою. Итальянецъ, по имени Пеллиціони, былъ найденъ лежащимъ на убитомъ и схваченъ полиціей, которая, конечно, и сдѣлала выводъ, что убійцей былъ Пеллиціони. Последний, однако, объявилъ, что онъ не виновенъ, что напро-

раетъ, что послѣ одного осуждающаго вердикта присяжныхъ прокуроръ, обращаясь къ нему, сказалъ: «Не удручайтесь, докторъ, вы очень хорошо защищали! Сегодня мнѣ, завтра—вамъ!». Интересы правосудія, судьбы людей—все въ сторонѣ; на первомъ планѣ—самолобіе, удача! Не въ оцѣнкѣ доказательствъ дѣло, а въ томъ, чтобы противника разгромить! Что до судей, то ежедневное вершеніе дѣлъ ихъ также притупляетъ. Однажды, въ одномъ глухомъ провинціальномъ судѣ, во время перерыва, я приглашенъ былъ, председательствовавшимъ въ комнату судей, гдѣ они въ это время готовили проектъ вопросовъ для присяжныхъ. Когда членъ суда уже совсѣмъ переписалъ вопросы, председательствующій спохватился, что не поставленъ дополнительный вопросъ. «Не хочется переписывать», уныло замѣтилъ членъ суда. «Ну, пусть такъ останется», отвѣтилъ председательствовавшій. «Но, помилуйте, вѣдь разница громадная въ наказаніи!» невольно воскликнулъ я. Членъ суда заколебался. «Да перепишите, нечего дѣлать!» сказалъ, наконецъ, председательствовавшій. «Хотя», добавилъ онъ, «собственно, не стоитъ переписывать, ужъ очень онъ большой негодяй—этотъ подсудимый!». А вѣдь и председательствовавшій и членъ суда, были высоко-честные, превосходные люди, нелицепріятные судьи! Профессиональная притупленность чувства, чего нѣтъ и не можетъ быть у присяжныхъ!

тивъ онъ вошелъ съ единственною цѣлью—остановить драку, но въ давкѣ былъ брошенъ на Гаррингтона, который еще не былъ мертвъ. Намѣстѣ преступленія никакого орудія не найдено. Пеллиціони былъ преданъ суду, осужденъ присяжными, и баронъ Мартинъ пропизнесъ смертный приговоръ, сказавъ при этомъ, что «онъ ни въ одномъ случаѣ не встрѣчалъ болѣе прямыхъ и сильныхъ доказательствъ виновности».—Приговоръ этотъ вызвалъ сенсацию въ околodкѣ; никто не вѣрилъ въ виновность Пеллиціони; по-дозрѣвалось другое лицо. Результатомъ общественной агитаціи было то, что нѣкто Моньи сознался, что онъ былъ виновникомъ преступленія, и что оно совершено было имъ въ крайней оборотѣ. Моньи былъ дѣйствительно осужденъ, Пеллиціони—освобожденъ.

ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

«Внутреннее убѣжденіе», какъ начало, опредѣляющее отношеніе законодательства къ уголовнымъ доказательствамъ.

1. Логика уголовного процесса. Первая задача уголовного процесса заключается въ установленіи прошедшаго факта, въ существенныхъ его чертахъ, необходимыхъ для правовой квалификаціи, съ цѣлью подвергнуть преступника законному наказанію. Вторая задача процесса, состоящая въ примѣненіи закона къ дѣянію, не оказываетъ творческаго вліянія на формы уголовного судопроизводства: крупнѣйшіе вопросы въ этомъ отдѣлѣ сводятся, почти исключительно, къ характеру дѣйствующаго кодекса уголовныхъ законовъ. Напротивъ, установленіе прошедшаго факта, какъ первостепенная цѣль судопроизводства, имѣетъ формирующее значеніе не только для начала процесса, но и для судоустройства. Бентамъ справедливо сказалъ, что искусство процессуальное есть, въ сущности, не что иное, какъ искусство орудованія доказательствами. «Такъ какъ достовѣрность прошедшаго факта», писали мы въ своемъ сочиненіи «О судѣ присяжныхъ»¹⁾, «устанавливается посредствомъ разслѣдованія доказательствъ, то весь уголовный процессъ, собственно говоря, сводится къ способамъ собиранія и эксплуатаціи доказательствъ, съ цѣлью возстановить предъ судьей прошедшее событіе, въ наивозможно вѣрныхъ и подробныхъ чертахъ. И дѣйствительно, возьмите какой-нибудь кодексъ уголовного судопроизводства и прочтите его внимательно: вы найдете, что, за вычетомъ постановленій, касающихся подсудности и разныхъ отношеній, возникающихъ вслѣдствіе совокупной дѣятельности цѣлага ряда органовъ, весь кодексъ посвященъ правиламъ о собираніи и пользованіи доказательствами, для возстановленія прошлаго факта, составляющаго предметъ судебного изслѣдованія. Бентамъ просто и прекрасно выразилъ эту идею въ слѣдующихъ словахъ (*Traité des preuves*, p. 342): «О чемъ идетъ дѣло въ судѣ уголовномъ? О томъ, чтобы рѣшить — доказанъ ли фактъ, называемый преступленіемъ, или нѣтъ, и долженъ ли, слѣ-

¹⁾ Владиміровъ, Судъ присяжныхъ, стр. 92.

довательно, обвиняемый человекъ подвергнуться наказанію, или нѣтъ? Обязанность судьи заключается, такимъ образомъ, въ собираніи доказательствъ со всѣхъ сторонъ и въ невозможна лучшей формѣ, въ сличеніи ихъ и, затѣмъ, въ рѣшеніи дѣла, сообразно ихъ доказательной силѣ». Правила о томъ, какъ должны быть собираемы доказательства и какъ ими слѣдуетъ пользоваться судья, для того чтобы онъ могъ вѣрнѣйшимъ путемъ достигъ истины въ дѣлѣ изслѣдованія прошедшаго факта, составляютъ содержаніе логики уголовного процесса. Эта логика, въ свою очередь, опредѣляетъ содержаніе уголовно-процессуальнаго кодекса.—Изъ сказаннаго само собою вытекаетъ, что законодательство устанавливаетъ методъ изслѣдованія достовѣрности прошедшаго факта, составляющаго предметъ процессуальныхъ изслѣдованій. Ясно, слѣдовательно, что въ каждомъ процессуальномъ кодексѣ существуетъ известная теорія доказательствъ. Предположеніе, что въ современномъ процессѣ, отвергнувшемъ «формальную теорію доказательствъ», нѣтъ совсѣмъ никакой теоріи послѣднихъ, указывало-бы на непониманіе сущности дѣла. Эта теорія доказательствъ, присущая каждому процессуальному кодексу, можетъ или а) устанавливать только способы собиранія и эксплуатаціи доказательствъ, предоставляя опредѣленіе силы послѣднихъ внутреннему убѣжденію судьи, или б) можетъ опредѣлять и самую силу доказательствъ, сдѣлавъ подобныя опредѣленія обязательными для судьи. Въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ формальную теорію доказательствъ. Она, въ настоящее время, подверглась всеобщему осужденію и устранена изъ европейскихъ законодательствъ. Нынѣ, можно сказать, всѣми признано, что законодательство должно установить способы изслѣдованія доказательствъ и что оно не можетъ, безъ прямого вреда для дѣла, замѣнить внутреннее убѣжденіе судьи обязательными правилами о силѣ доказательствъ.

2. Формальная теорія доказательствъ. Основная идея, на которой опирается формальная теорія доказательствъ, заключается въ томъ, что приговоръ судейскій долженъ основываться на юридической достовѣрности. Юридическая достовѣрность, по мнѣнію прежнихъ защитниковъ формальной теоріи доказательствъ (*Zachariae, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, p. 196*), есть та правовая достовѣрность вины, которая опирается на общепризнанныхъ и обязательныхъ основанійхъ, вслѣдствіе коихъ она приобретаетъ объективную опредѣленность. По причинѣ этой объективности, она перестаетъ быть плодомъ неопредѣленныхъ субъективныхъ чувствъ рѣшающаго дѣла судьи. Защитники обязательныхъ правилъ о силѣ доказательствъ шли дальше; они утверждали, что сдѣлать *intime conviction* (внутреннее убѣжденіе) мѣриломъ достовѣрности значитъ исключить уголовный приговоръ изъ области права, такъ-какъ «сущность судебного рѣшенія, по началамъ права и въ противоположность субъективному и, слѣд.,

произвольному сужденію, заключается въ подведеніи отдѣльнаго факта подъ общее правовое или законодательное положеніе». Наконецъ, защитники формальной теоріи доказательствъ спрашивали: «Неужели можно отбросить, безъ ущерба для дѣла, опытъ длиннаго ряда столѣтій—объ условіяхъ достовѣрности судебныхъ доказательствъ, о гарантіяхъ правильнаго приговора въ дѣлѣ фактической достовѣрности?». — Всѣ эти вопросы, въ настоящее время, можно считать упраздненными, такъ какъ логика уголовного процесса вовсе не требуетъ замѣны судейскаго убѣжденія слѣпымъ исполненіемъ законодательнаго повелѣнія, а лишь такого способа изслѣдованія истины, который далъ-бы возможность судьямъ получить всѣ необходимые матеріалы для составленія правильнаго убѣжденія. Истина въ уголовномъ судѣ можетъ быть обезпечена только правильнымъ способомъ изслѣдованія, вытекающаго изъ с в о й с т в ѣ у г о л о в н о с у д е б н о й д о с т о в ѣ р н о с т и, а не законодательными положеніями о силѣ доказательствъ, не могущими защитить истины въ отдѣльномъ случаѣ, представляющемъ, по своей индивидуальности, ему только одному свойственныя черты. Имѣя методологическое основаніе устанавливать тѣ или иные способы изслѣдованія доказательствъ, опредѣляя допустимость тѣхъ или другихъ доказательствъ, законодательство, однако, ничѣмъ не можетъ замѣнить внутренняго убѣжденія судьи, этого единственнаго годнаго мѣрила силы доказательствъ, допущенныхъ закономъ и разработанныхъ на основаніи способа, освященнаго кодексомъ. Въ настоящее время, сознано, что формальная теорія доказательствъ, какъ положительная, такъ и отрицательная, не только не достигаетъ своей цѣли, но прямо ей противодѣйствуетъ. Посредствомъ отрицательной теоріи хотѣли создать оплотъ для подсудимаго, но успѣли только обезсилить правосудіе. Гейеръ (Holtzendorf's Handbuch des Strafprozesses, p. 195) даетъ слѣдующій правдивый приговоръ о формальной теоріи доказательствъ: «Уже а priori оказывается несостоятельною такъ называемая положительная формальная теорія, предписывающая судьямъ признавать фактъ достовѣрнымъ, при существованіи извѣстныхъ, закономъ опредѣленныхъ предположеній, — причѣмъ судья долженъ признать такую достовѣрность даже и въ томъ случаѣ, когда, не взирая на существованіе законныхъ признаковъ, онъ вовсе не убѣжденъ въ вѣрности факта. Но и такъ называемая отрицательная теорія доказательствъ, т. е. воспрещеніе признавать фактъ достовѣрнымъ, если нѣтъ закономъ опредѣленнаго *minimum*'а доказательства, ведетъ къ несправедливости и нечестности. Положительная теорія освящаетъ систему неправды, можно сказать — лжи, такъ какъ она принуждаетъ судью признавать, вопреки убѣжденію, фактъ достовѣрнымъ, и роковымъ образомъ уничтожаетъ чувство отвѣтственности въ томъ, кого она сдѣлала своимъ рабомъ. Отрицательная теорія облегчаетъ менѣе добросовѣстному судьямъ возможность останавливаться на полпути и успокоиваться на признаніи того, что законъ считаетъ вообще недостаточными признаками истины. Профессиональный судья, и безъ того нерѣдко склонный относиться невнимательно къ особенностямъ отдѣльнаго случая, еще болѣе поощряется формальною тео-

рней въ этой вредной наклонности. Живое, цѣльное воспріятіе единичнаго случая погибаетъ въ подборѣ опредѣленнаго числа внѣшнихъ признаковъ и въ подведеніи ихъ подъ законъ». Въ результатѣ оказывается, что формальная теорія доказательствъ создавала какое-то искусственное убѣжденіе для судьи. Невѣрность этого метода слишкомъ очевидна, чтобы распространяться о ней. Установленіе факта есть дѣло логическихъ операцій, а не законодательныхъ вѣлѣній. Предоставляя опредѣленіе достовѣрности факта убѣжденію судьи, законодатель вовсе этимъ не исключаетъ приговора изъ области права. Область права характеризуется не установленіемъ фактовъ, это—дѣло логики, а подведеіемъ установленныхъ фактовъ подъ признаки состава преступления. Для того, чтобы читатель могъ имѣть матеріалъ, чтобы онъ могъ себѣ составить опредѣленное и самостоятельное мнѣніе о формальной теоріи доказательствъ, представимъ здѣсь нѣсколько образцовъ ея изъ различныхъ законодательствъ. Представимъ, прежде всего, редакцію положительной формальной теоріи доказательствъ нашего прежняго судопроизводства, во 2-й части XV т. Св. зак. Глава о силѣ доказательствъ и уликъ (ст. 304—348) открывается общимъ положеніемъ: «Никто не долженъ быть присужденъ къ наказанію безъ точныхъ доказательствъ и явныхъ уликъ». Доказательства вообще раздѣляются на совершенныя и несовершенныя. Доказательствами совершенными считаются тѣ, «которыя исключаютъ всякую возможность къ показанію невинности подсудимаго». Это опредѣленіе выражено слишкомъ абсолютно и могло вводить въ заблужденіе, такъ какъ «возможность невинности подсудимаго» въ рѣдкихъ только случаяхъ вполнѣ исключается. Одно совершеннаго доказательства достаточно для признанія осужденія несомнительнымъ (ст. 306). Судья, такимъ образомъ, предписывается исключить всякое сомнѣніе, хотя бы оно у него на дѣлѣ и имѣлось. Доказательство почитается несовершеннымъ, когда оно «не исключаетъ возможности къ показанію невинности подсудимаго». «Одно несовершенное доказательство виновности вмѣняется только въ подозрѣніе; нѣсколько несовершенныхъ доказательствъ, совокупно взятыхъ, могутъ составить совершенное доказательство, когда они исключаютъ возможность недоумѣвать о винѣ подсудимаго». При сужденіи о томъ, составляютъ-ли доказательства несовершенныя, совокупно взятые, доказательство совершенное, надлежитъ имѣть въ виду: зависитъ ли достовѣрность многихъ доказательствъ отъ несомнѣнности одного, или нѣтъ; въ первомъ случаѣ, число всѣхъ ихъ не умножаетъ и не уменьшаетъ вѣроятности дѣйствія, поелику съ опроверженіемъ одного уничтожились бы всѣ прочія; во второмъ же случаѣ вѣроятность дѣйствія умножается съ числомъ доказательствъ, поелику недѣйствительность одного не влечетъ за собою недѣйствительности другихъ. Вообще, при изслѣдованіи силы доказательствъ нужно наблюдать, что чѣмъ болѣе тяжко обвиненіе, тѣмъ сильнѣе должны быть и доказательства. Если доказательства недостаточны для совершенной достовѣрности въ винѣ подсудимаго, то не осуждать его къ тому наказанію, которое законъ

опредѣляетъ за доказанное преступленіе по тому общему правилу. что лучше освободить отъ наказанія десять виновныхъ, нежели приговорить невиннаго». Нигдѣ, быть можетъ, формальная теорія доказательствъ не выставила такъ рельефно своихъ недостатковъ, какъ въ ст. 312, устанавливающей, какъ должно быть доказываемо изнасилованіе: «При сужденіи объ изнасилованіи, уголовный судъ долженъ опредѣлять положенное закономъ наказаніе не иначе, какъ: 1) по точномъ удостовѣреніи въ дѣйствительности насилія; 2) когда свидѣтели будутъ, что изнасилованная крикомъ своимъ призывала на помощь постороннихъ; 3) когда у нея, или обвиняемаго, или у обоихъ окажутся кровавыя знаки, синія пятна, ими изорванное платье, свидѣтельствующія о сопротивленіи; 4) когда объявленіе о томъ подано будетъ тотчасъ, или до истеченія дня». Переходя къ опредѣленію силы отдѣльныхъ доказательствъ и уликъ, законъ даетъ слѣдующія опредѣленія. **С о б с т в е н н о е п р и з н а н і е.** Оно «лучшее свидѣтельство всего свѣта» и считается совершеннымъ доказательствомъ при слѣдующихъ условіяхъ: 1) когда оно учинено добровольно; 2) когда оно учинено въ судебномъ мѣстѣ предъ судьей; 3) когда оно совершенно сходно съ происшедшимъ дѣйствіемъ; 4) когда показаны при томъ такія обстоятельства дѣйствія, по которымъ о достовѣрности и истинѣ онаго сомнѣваться невозможно. Если признаніе найдено будетъ во всемъ сообразнымъ предшедшимъ правиламъ, тогда не требуется уже дальнѣйшихъ доказательствъ, и судья не можетъ опасаться учинить по дѣлу приговоръ (318). Къ собственному признанію надлежитъ приводить обвиняемаго увѣщаніями и уликами, но не домогаться онаго, какъ единственнаго способа къ обвиненію; ибо обвиненіе можетъ быть основано и на другихъ ясныхъ доказательствахъ, хотя бы не было собственнаго признанія (319). Если при учиненіи признанія представляются такія обстоятельства, съ которыми происшедшее дѣйствіе несходно, тогда признаніе не составляетъ совершеннаго доказательства, и судъ въ семъ случаѣ изыскиваетъ другія (320). Признаніе, учиненное внѣ суда, почитается недѣйствительнымъ; но если оно удостовѣряется сверхъ того свидѣтелями, заслуживающими вѣроятія, тогда оно составляетъ половинное доказательство (323). **П и с ь м е н н ы е д о к у м е н т ы,** признанные дѣйствительными тѣмъ, противъ кого они были представлены, составляютъ совершенное доказательство какъ относительно событія преступленія, такъ и виновности преступника (324). Письменный актъ, въ которомъ содержится ссылка на другой, доколѣ не будетъ предъявленъ и сей послѣдній, совершеннымъ доказательствомъ признанъ быть не можетъ, исключая если въ первомъ актѣ содержатся всѣ обстоятельства, нужныя къ дѣлу (325). **Л и ч н ы й о с м о т р ъ,** учиненный на мѣстѣ преступленія и удостовѣренный въ дѣйствительномъ онаго событіи, имѣетъ такую-же силу, какъ и свидѣтельство постороннихъ лицъ, когда не будетъ представлено достаточныхъ причинъ къ его опроверженію. **С в и д ѣ т е л ь с т в о с в ѣ д у щ и х ъ л и ц ъ:** «свидѣтельство медицинскихъ чиновниковъ пріемлется совершеннымъ доказательствомъ, когда сіе свидѣтельство, бывъ учинено на законномъ осно-

ваніи, содержитъ ясное и положительное удостовѣреніе объ освидѣтельствованномъ предметѣ и не противорѣчитъ обстоятельствамъ дѣла» (328). Свидѣтельство постороннихъ людей. Свидѣтельство двухъ достовѣрныхъ свидѣтелей, неотведенныхъ подсудимымъ и совершенно согласныхъ въ своихъ показаніяхъ, составляютъ совершенное доказательство, если противъ онаго не будетъ представлено подсудимымъ достаточныхъ опроверженій (329). Показаніе одного свидѣтеля считается недостаточнымъ доказательствомъ, исключая: 1) когда будутъ притомъ и другія неоспоримыя доказательства; 2) когда учинена общая ссылка на одного; 3) когда показаніе учинено отцемъ, или матерью противъ ихъ дѣтей (330). Если общая ссылка состоитъ изъ трехъ лицъ и, по учиненіи допроса, двое изъ нихъ обличаютъ одного въ лживомъ показаніи, то надлежитъ рѣшить дѣло по показанію двухъ, а свидѣтельство одного отставить (331). Если показанія свидѣтелей противорѣчатъ между собою, то принимать къ доказательству свидѣтельство тѣхъ изъ нихъ, кои, по числу и вѣроятности показываемыхъ ими обстоятельствъ, имѣютъ рѣшительный перевѣсъ (332). При равной степени достовѣрности законныхъ свидѣтелей, въ случаѣ противорѣчія ихъ, давать преимущество: 1) мужчинѣ предъ женщиною; 2) знатному предъ незнатнымъ; 3) ученому предъ неученымъ; 4) духовному предъ свѣтскимъ (333). Эта статья представляетъ разительный примѣръ того, до какихъ ложныхъ правилъ доходила формальная теорія доказательствъ. Слабое предположеніе играетъ роль непогрѣшимаго признанія тамъ, гдѣ одно только логическое обсужденіе дѣла можетъ рѣшить вопросъ!—Показанія свидѣтелей вовсе не имѣютъ силы доказательства: 1) когда они учинены безъ присяги; 2) когда они основаны не на личныхъ удостовѣреніяхъ свидѣтелей, но по слуху отъ другихъ (334). Свидѣтельства, данныя на письмѣ, не прежде признаются предъ судомъ дѣйствительными, какъ когда тотъ, кто ихъ представляетъ на судѣ, за правдивыя, объявить и на то присягу учинить (335). Оговоръ подсудимымъ постороннихъ лицъ пріемлется доказательствомъ несовершенномъ (336). Сила оговора уменьшается, если подсудимый, до отысканія оговореннаго, отправленъ будетъ въ ссылку, или умереть, такъ что невозможно будетъ удостовѣриться въ справедливости оговора чрезъ очную ставку (338). Оговоръ почитается недѣйствительнымъ, когда подсудимый, сдѣлавъ оговоръ въ самомъ началѣ слѣдствія, въ продолженіи онаго постоянно его сговариваетъ или отрицаетъ оговоръ, или когда умирающій преступникъ, страшась суда Божія, съ раскаяніемъ признается, что оговоръ учинилъ напрасно, по наущенію его или принужденію другихъ (338). П о в а л ь н ы й о б ы с к ъ о поведеніи подсудимаго не пріемлется совершеннымъ доказательствомъ учиненнаго преступленія, но служитъ только подкрѣпленіемъ другихъ доказательствъ (339). Изъ показаній обыскныхъ людей, большая половина обыскныхъ голосовъ имѣетъ перевѣсъ надъ меньшею, исключая, если на очной ставкѣ меньшая половина уличить въ лживомъ показаніи большую (340). У л и к и или признаки преступленія сами по себѣ не составляютъ совершеннаго дока-

зательства, но сила ихъ увеличивается: 1) когда многіе признаки соединяются вмѣстѣ; 2) когда подсудимый не представляетъ на нихъ никакого уважительнаго опроверженія (341). Сила уликъ, напротивъ, уменьшается, когда опроверженія подсудимаго найдены будутъ болѣе уважительными, нежели улики, обвиняющія его (342). Къ числу уликъ, или признаковъ преступленія, по закону, принадлежатъ слѣдующія обстоятельства: 1) когда обвиняемый въ нанесеніи обиды находился съ обиженнымъ прежде во враждѣ или ссорѣ; 2) когда обвиняемому отъ совершенія преступленія послѣдовать могла прибыль; 3) когда обвиняемый прежде того равняа же чинилъ преступленія; 4) когда обвиняемый былъ съ другими преступниками въ связяхъ сообщества; 5) когда гласъ народа винить подсудимаго въ преступленіи (худая молва, злые слухи); причеиъ наблюдать надлежитъ, чтобы тотъ слухъ былъ правдоподобенъ, невымысленъ изъ злого умысла, вражды, ненависти или мнѣнія; 6) когда обвиняемый предъ тѣмъ чинилъ угрозы совершить то преступное дѣяніе, въ коеиъ обвиняется; 7) когда обвиняемый похвалялся совершеніемъ преступленія; 8) когда обвиняемаго видѣли, во время совершенія преступленія, на томъ мѣстѣ, гдѣ оно учинено; 9) когда обвиняемаго видѣли съ оружіемъ, во время совершенія преступленія, на томъ мѣстѣ, гдѣ оно учинено; 10) когда обвиняемый пойманъ съ поличнымъ; 11) когда у обвиняемаго отысканы какіе-либо инструменты, которые къ учиненію преступленія необходимы, и если при томъ инструменты сіи для него не будутъ обыкновенные, какъ, напр., инструменты къ поддѣлкѣ монетъ, кредитныхъ билетовъ или печатныхъ паспортовъ; 12) когда обвиняемый бѣжалъ или бѣжать вознамѣрился; 13) когда обвиняемый учинилъ внѣ суда признаніе въ преступленіи; 14) когда на обвиняемаго учинено было однимъ свидѣтелемъ показаніе; 15) когда обвиняемый учинилъ двойное показаніе, и свои слова толковалъ превратно (343). Наконецъ, II ч. XV т. давала очистительную присягу, когда невозможно было опредѣлить истину, а подсудимый находился въ подозрѣніи. Подсудимый, учинившій присягу, отъ подозрѣнія освобождался; неучинившій же оной оставлялся въ подозрѣніи (346).

Существованіе понятія несовершеннохъ доказательствъ влекло за собою *absolutio ab instantia*, оставленіе въ подозрѣніи. Ст. 313: «если противъ подсудимаго, при недостаткѣ полныхъ доказательствъ, есть однако-же нѣкоторыя улики, то, судя по важности обвиненія и уликъ, или 1) оставлять его просто въ подозрѣніи, болѣе или менѣе сильномъ, или 2) отдавать его подъ надежное поручительство въ добромъ выредѣ поведеніи, не освобождая его, однако, вовсе отъ подозрѣнія: ибо впослѣдствіи времени могутъ открываться противу него новыя улики, по коимъ поручители должны быть обязаны представлять его къ суду, или же 3) давать ему присягу для очищенія подозрѣнія; если же судъ найдетъ, что, по опасности клятвоступленія, присяги дать нельзя, то предавать дѣло Волѣ Божіей».

Послѣ только-что приведенной формальной теоріи доказательствъ, представимъ переводъ статей Вюртембергскаго уголовного

судопроизводства 22-го іюня 1843 года, въ которыхъ изложена хорошо выработанная формальная теорія доказательствъ (ст. 284—339). **Общая опредѣленія.** Присужденіе къ наказанію тогда только имѣеть мѣсто, когда посредствомъ законныхъ и въ актахъ изложенныхъ доказательствъ, установлена достовѣрность, что судимое преступленіе дѣйствительно совершилось и что обвиняемый въ немъ виновенъ, въ качествѣ главнаго виновника, или же участника (384). При рѣшеніи вопроса, слѣдуетъ ли считать фактъ достовѣрнымъ, не принимается во вниманіе остающаяся простая возможность противоположнаго (285). Достовѣрность, въ уголовныхъ дѣлахъ, можетъ быть добыта какъ непосредственными доказательствами тѣхъ фактовъ, отъ коихъ зависитъ рѣшеніе дѣла, такъ и посредствомъ доказательствъ другихъ фактовъ, изъ которыхъ можно съ вѣрностью заключать къ тѣмъ, обусловливающимъ рѣшеніе, фактамъ (стеченіе уликъ). Для этой цѣли судья пользуется личнымъ осмотромъ и показаніями свѣдущихъ людей, сознаниемъ подсудимаго, свидѣтельскими показаніями и документами (286). Ни одно доказательство, по которому не выслушанъ подсудимый, не можетъ быть принято къ рѣшенію дѣла (287). Обстоятельства, служащія къ защитѣ подсудимаго, могутъ быть доказываемы такимъ же способомъ и такими же средствами, какъ и обстоятельства, приводимыя къ его изобличенію (288). Формальные недостатки не отнимаютъ у оправдательнаго доказательства его силы, если эти недостатки не могутъ уже быть болѣе устранены. Въ этомъ смыслѣ внѣсудебныя признанія, свидѣтельскія показанія, данныя безъ присяги или не предъ надлежащимъ судебнымъ составомъ, могутъ быть приняты въ качествѣ дѣйствительныхъ (289). Приводимыя въ оправданіе обстоятельства принимаются во вниманіе и въ томъ случаѣ, когда они представляются только вѣроятными (290). Личный осмотръ и заключенія свѣдущихъ людей. Фактъ, для разъясненія котораго не требуется знаній свѣдущихъ лицъ, можетъ считаться доказаннымъ, посредствомъ законнаго личнаго осмотра, если сей послѣдній произведенъ имѣющими на то право учрежденіями и лицами. Если судья удостовѣрился въ какомъ-либо фактѣ внѣсудебнымъ способомъ, то его показаніе имѣеть только значеніе свидѣтельскаго показанія (291). Фактъ, для наблюденія и осужденія котораго требуются знанія по наукѣ или искусству, выходящія изъ круга профессиональныхъ свѣдѣній судьи, не можетъ почитаться доказаннымъ безъ заключенія свѣдущихъ лицъ (292). Для полной доказательной силы такого заключенія требуется: 1) чтобы свѣдущія лица имѣли признаки достовѣрныхъ свидѣтелей и дали свои заключенія подъ присягою; 2) чтобы заключеніе подтверждено было основаніями, — только при оцѣнкахъ это условіе зависитъ отъ обстоятельствъ; 3) чтобы заключеніе это не содержало въ себѣ противорѣчій, неопредѣленностей и не предполагало недоказанныхъ фактовъ. Эти условія должны совпадать съ тѣми, кои обозначены въ статьѣ 291, для того, чтобы личный осмотръ, съ участіемъ свѣдущихъ лицъ, имѣлъ значеніе полнаго доказательства (293). Если призванные, вслѣдствіе разногласія во мнѣніяхъ свѣдущихъ лицъ, новыя свѣду-

шія лица не придуть къ соглашенію, то рѣшаетъ мнѣніе, наиболѣе благоприятное для подсудимаго. Такимъ же образомъ разрѣшается вопросъ и въ томъ случаѣ, когда основанія новаго заключенія свѣдущихъ лицъ не въ состояніи были устранить сомнѣнія судьи (294). Если врачи отрицаютъ вмѣняемость подсудимаго или сомнѣваются въ ней, то судья связанъ этимъ заключеніемъ, когда это послѣднее основано на данныхъ изъ области медицины (295). Когда оцѣнка, произведенная свѣдущими лицами, возбуждаетъ въ судѣ сомнѣніе, или когда заключенія свѣдущихъ лицъ между собою несогласны, то онъ призываетъ новыхъ свѣдущихъ лицъ, если во второмъ изъ указанныхъ случаевъ судья не могъ остановиться на средней суммѣ. Если вновь призванные свѣдущія лица согласны только между собою, то судья можетъ принять или эту послѣднюю оцѣнку, или же среднюю сумму всѣхъ произведенныхъ оцѣнокъ. Эту среднюю сумму судья обязанъ принять, если вновь призванные свѣдущія лица не могли придти къ соглашенію (297). Сознаніе подсудимаго для полной доказательной силы должно: 1) быть дано предъ надлежащимъ судомъ; 2) быть отчетливо, опредѣленно и обстоятельно; 3) не только не должно быть въ противорѣчьи съ собою, но и не должно противорѣчить собранымъ и достовѣрнымъ свѣдѣніямъ объ обстоятельствахъ преступленія; 4) наконецъ, не должно быть основанія для того, чтобы можно было приписать учиненное сознаніе опибкѣ или умыслу ввести въ заблужденіе (298). Если сознаніе подсудимаго было послѣдствиемъ принужденія, недозволенныхъ обѣщаній, или другихъ противозаконныхъ средствъ, то оно тогда лишь можетъ получить полную доказательную силу, если повторено подсудимымъ въ то время, когда уже онъ не подвергался незаконнымъ вліяніямъ и когда его повторное сознаніе, сверхъ того, удовлетворяетъ прочимъ условіямъ достовѣрности, указаннымъ въ предшешей статьѣ (299). Сознаніе, имѣющее всѣ признаки полного доказательства, можетъ служить достовѣрнымъ доказательствомъ какъ виновности подсудимаго, такъ и дѣйствительности событія преступленія. Однако, во второмъ случаѣ предполагается: 1) что изъ свойства преступленія или изъ другихъ доказательствъ, помимо сознанія, явствуетъ, почему именно событіе преступленія не могло быть доказано инымъ путемъ; 2) что дѣло касается такихъ обстоятельствъ, для разумѣнія коихъ не требуется свѣдѣній, которыхъ въ сознавшемся нельзя подозрѣвать (300). Если сознаніе дано съ ограниченіемъ, коимъ часть обвиненія отвергается, то оно имѣетъ силу только съ указаннымъ ограниченіемъ, доколѣ невѣрность сего послѣдняго не поставлена внѣ сомнѣнія. Если подсудимый далъ полное сознаніе въ преступленіи, но ссылается при этомъ на обстоятельство, коимъ наказуемость совсѣмъ или отчасти отмѣняется, то такая оговорка имѣетъ силу, если она достаточнымъ образомъ подкрѣплена (301). Взятіе назадъ сознанія не уничтожаетъ его доказательной силы, если приведенныя въ пользу этого отказа обстоятельства не установили, по крайней мѣрѣ, вѣроятности, что сознаніе то было дѣйствительно невѣрно. Такая вѣроятность имѣетъ мѣсто, если представлены удовлетворительныя причины, по коимъ дано было ложное сознаніе, и

когда при этомъ показано, что обстоятельства, представленныя для подтвержденія ложнаго сознанія, вовсе не существуютъ, невѣрны, или если доказано, что сознаніе несогласно съ другими достовѣрными обстоятельствами (302). Свидѣтельскія показанія. Свидѣтельское показаніе тогда только можетъ быть разсматриваемо какъ полное доказательство, когда: 1) оно, подѣ присягою, дано предѣ надлежащимъ судебнымъ учрежденіемъ или же предѣ полиціею, на точномъ основаніи закона; 2) когда оно отчетливо и точно, основано на личномъ воспріятіи и не стоитъ съ самимъ собою въ противорѣчіи; 3) когда, по личнымъ свойствамъ и обстоятельствамъ свидѣтеля, нѣтъ основанія опасаться, что свидѣтель не можетъ или не желаетъ показывать правдиво (303). Негодными свидѣтелями признаются: 1) лица, ко времени совершенія судимаго преступленія или же ко времени свидѣтельствванія, находившіяся въ состояніи, въ которомъ они не могли пользоваться разсудкомъ или необходимымъ для наблюденій органомъ; 2) тѣ, кои за дачу показанія, благопріятнаго или неблагопріятнаго для подсудимаго, что-либо получили или приняли какое-либо обѣщаніе, если при этомъ не поставлено внѣ сомнѣнія, что данное или обѣщанное не есть простое вознагражденіе свидѣтеля за понесенныя издержки. Въ послѣднемъ случаѣ, показаніе свидѣтеля должно быть разсматриваемо какъ подозрительное (304). Подозрительными свидѣтелями признаются: 1) тѣ, коимъ ко времени, когда они были свидѣтелями чего-либо, не минуло еще 16-ти лѣтъ; 2) тѣ, кои страдаютъ слабостью органа, необходимаго для наблюденія, и тѣ, о которыхъ имѣются доказательства, что ихъ память слаба; 3) присужденные къ заключенію въ цухтгаузъ, рабочемъ домѣ или крѣпости, или къ лишенію правъ гражданскихъ или служебныхъ, или же осужденные за лжесвидѣтельство; 4) находящіеся съ подсудимымъ въ указанномъ закономъ родствѣ (305). Усмотрѣнію судейскому предоставляется судить о томъ, насколько заслуживаютъ довѣрія свидѣтельскія показанія лицъ, которыя, за преступленія, въ предшешей ст. 305, п. 3, указанныя, оставлены въ подозрѣніи, или находятся еще только подѣ слѣдствіемъ, или же подверглись осужденію за другіе проступки. Равнымъ образомъ, судѣ предоставляется рѣшить, насколько уничтожается или уменьшается доказательная сила показаній лицъ, состоящихъ съ подсудимымъ въ личныхъ отношеніяхъ или связяхъ—дружбы, вражды, общаго хозяйства, частной и государственной службы (306). Доказательная сила показаній свидѣтелей, давшихъ только торжественное обѣщаніе по ст. 312, должна быть оцѣниваема съ особою рачительностью (307). Если свидѣтель, въ разсказѣ объ обстоятельствахъ, которыя, по самому свойству дѣла, онъ долженъ бы былъ воспріять, самъ себѣ противорѣчить или изобличается во лжи, то рѣшеніе вопроса о томъ, насколько достовѣрность показанія уничтожается или только уменьшается и въ другихъ пунктахъ, предоставляется усмотрѣнію судьи. Неправильныя показанія или противорѣчія свидѣтеля, по обстоятельствамъ, которыя могли ускользнуть отъ его вниманія, равнымъ образомъ колебанія и нерѣшительное поведеніе при дачѣ показанія, если нѣтъ удовлетворительнаго объясненія упомянутыхъ недостатковъ,

превращаютъ свидѣтельство въ подозрительное показаніе (308). Лица, которыя отъ исхода слѣдствія могутъ ожидать значительныхъ выгодъ или вреда, разсматриваются или какъ невыгодные, или какъ подозрительные свидѣтели, смотря по тому, насколько велики, непосредственны и достовѣрны ожидаемая выгоды или вредъ (309). Объявитель допускается достовѣрнымъ свидѣтелемъ, если, по старательномъ разслѣдованіи, не откроется подозрѣнія въ мотивѣ, ослабляющемъ достовѣрность его объявленія. Правительственные служители не разсматриваются, какъ подозрительные свидѣтели потому только, что частіихъ содержанія составляется изъ платъ за донесенія (310). Слѣдуетъ ли разсматривать показаніе потерпѣвшаго лица какъ полное доказательство, рѣшаетъ судья, смотря по личности свидѣтеля и обстоятельствамъ (312). Оговоръ подсудимаго разсматривается, какъ подозрительное свидѣтельство, если обстоятельствами дѣла доказана его полная недостовѣрность (312). Свидѣтельскія показанія могутъ составить полное, непосредственное доказательство, если два достовѣрныхъ свидѣтеля, давшихъ показанія подъ присягою, согласны въ существенныхъ пунктахъ объ изслѣдуемомъ фактѣ. Такимъ же образомъ можетъ быть установлена и достовѣрность событія преступленія, насколько предположена, указанная въ пп. 1 и 2 ст. 300, имѣются на лицо. Свидѣтельства, исходящія изъ учрежденій или отъ отдѣльныхъ, особо для того уполномоченныхъ, чиновниковъ, по дѣламъ служебнымъ, могутъ составить полное доказательство (313). Показанія подозрительныхъ свидѣтелей въ большемъ числѣ, чѣмъ это требуется для достовѣрныхъ, могутъ тогда только составить полное доказательство, когда показанія эти согласны во всѣхъ существенныхъ обстоятельствахъ, и когда такое согласіе находитъ единственное объясненіе въ правдивости самыхъ показаній. Если число такихъ подозрительныхъ свидѣтелей не превышаетъ трехъ, то они должны быть приведены къ присягѣ. Въ случаѣ, когда приговоръ постановляется на такихъ основаніяхъ или же на основаніи одного достовѣрнаго свидѣтеля и нѣсколькихъ подозрительныхъ, назначается, вмѣсто заслуженной смертной казни, непосредственно за нею слѣдующее наказаніе (314). Показаніе одного достовѣрнаго свидѣтеля, а также показанія нѣсколькихъ подозрительныхъ свидѣтелей, въ статьѣ 314 указанныхъ, составляютъ только предположеніе, большая или меньшая доказательная сила котораго обсуждается по обстоятельствамъ (315). Если показанія различныхъ свидѣтелей противорѣчатъ между собою, то вопросъ разрѣшается согласно личной достовѣрности свидѣтелей, по ихъ согласію съ собою и съ другими обстоятельствами. Если ни на одной сторонѣ нѣтъ перевѣса, то приговоръ долженъ основываться на показаніи, наиболѣе благопріятномъ для подсудимаго. Во всякомъ случаѣ, если подсудимый изобличенъ на основаніи свидѣтельскихъ показаній, которымъ отдано предпочтеніе предъ другими, имъ противорѣчащими, то при постановленіи приговора о наказаніи примѣняется постановленіе ст. 314 п. 3, что имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда достовѣрнымъ свидѣтелямъ противорѣчатъ подозрительные (317). Если свидѣтели противорѣчатъ другъ другу въ такихъ пунктахъ, которые они, по обстоятельствамъ

случая, должны были воспринять одинаковымъ образомъ, то достовѣрность такихъ свидѣтелей, даже въ томъ, что они показываютъ согласно и что не зависитъ отъ пунктовъ разногласія, уменьшается или уничтожается (318). Свидѣтель, представляющій только отрицательное показаніе, тогда только разсматривается, въ отношеніи утверждающаго, противорѣчающимъ свидѣтелямъ, когда отрицательное показаніе настолько обусловлено мѣстомъ, временемъ и обстоятельствомъ, что можно сдѣлать заключеніе, что свидѣтель воспринялъ бы спорный фактъ, если бы послѣдній дѣйствительно случился (319).

Письменные документы. Письменный документъ, коимъ совершено самое преступленіе, напримѣръ, пасквиль, подложный актъ и т. п., составляетъ, самъ по себѣ, доказательство преступленія, насколько составъ послѣдняго явствуетъ изъ содержанія документа (320). Документъ тогда только можетъ быть разсматриваемъ какъ доказательство противъ подсудимаго, когда предварительно доказано, что документъ отъ него исходитъ (321). Подлинность документа можетъ считаться доказанною, если подсудимый, въ судѣ, призналъ себя авторомъ документа. Если подсудимый призналъ подпись, но при этомъ отрицаетъ, что содержаніе документа имъ составлено, или было ему извѣстно, то достовѣрность такого возраженія опредѣляется судомъ (322). Подлинность документа можетъ быть вполне удостовѣрена и другими доказательствами, показывающими, что подсудимый изготовилъ документъ, или подписалъ его, или же склонилъ къ изготовленію его третье лицо. Однако, сличеніе рукописи давшими присягу экспертами, или присяжное показаніе лицъ, знакомыхъ съ почеркомъ подсудимаго, что они узнаютъ его руку въ разсматриваемомъ документѣ, устанавливаетъ только болѣе или менѣе сильное предположеніе (322). Документъ, подлинность котораго поставлена внѣ сомнѣнія, составляетъ полное доказательство противъ составителя, что отъ него исходитъ содержаніе документа. Насколько такой документъ можетъ быть доказательствомъ обвиненія—рѣшается по ст. 320, по правиламъ о сознаніи подсудимаго и объ уликахъ. Доказательная сила документа, составленнаго третьимъ лицомъ, обсуждается по правиламъ о свидѣтеляхъ и уликахъ (324). Письменный документъ, хотя бы онъ исходилъ отъ подсудимаго, можетъ, по содержанію своему, служить и къ оправданію, если время его изготовленія извѣстно и если нѣтъ основанія подозрѣвать обманъ (325). Доказательная сила публичныхъ документовъ обсуждается по правиламъ, изложеннымъ въ п. 3, ст. 313 (326). Доказательство посредствомъ уликъ. Изъ фактамъ, порождающимъ подозрѣніе, относятся слѣдующіе: 1) обстоятельства, дающія основаніе предполагать принятое рѣшеніе совершить преступленіе (предшествующія улики), напр. важный интересъ въ совершеніи преступленія, имѣвшаго мѣсто; предшествовавшія заявленія о намѣреніи совершить преступленіе; приготовительныя къ преступленію дѣйствія; 2) обстоятельства, изъ которыхъ можно заключить, что преступленіе было совершено подсудимымъ (современныя улики), напр. присутствіе на мѣстѣ совершенія преступленія, съ орудіями; слѣды преступленія на платьѣ и орудіяхъ и т. п.; 3) обстоятельства.

которыя должны быть разсматриваемы, какъ послѣдствія преступленія (п о с л ѣ д у ю щ і я у л и к и), напр. оставленіе лицомъ обычнаго мѣста жительства вскорѣ послѣ того, какъ преступленіе совершилось или сдѣлалось извѣстнымъ, при чемъ никакого другого объясненія найти нельзя, кромѣ признанія лицомъ своей виновности; попытки уничтожить слѣды преступленія; крайняя заботливость объ отклоненіи подозрѣнія отъ себя и набрасываніе послѣдняго на другого; владѣніе вещами, находившимися, до времени совершенія преступленія, у потерпѣвшаго лица, при чемъ владѣтель не можетъ указать законнаго способа пріобрѣтенія ихъ (327). Факты, обыкновенно вызывающіе только предположеніе, напр. дурная слава, понесенное за подобное же преступленіе наказаніе, сношенія съ преступниками, не даютъ еще основанія для законнаго подозрѣнія, но служатъ къ подкрѣпленію существующаго уже законнаго подозрѣнія, или направляють слѣдствіе судьи на извѣстныя предположенія. Подобное значеніе имѣетъ и поведеніе лица, которое можетъ быть приписано, какъ испугу и страху предъ незаслуженнымъ наказаніемъ, такъ и признанію виновности, напр. заподозрѣнный мѣняется въ лицѣ, дрожитъ, заикается и т. д. (328). Для опредѣленія вѣса уликъ и степени вытекающей изъ нихъ вѣроятности, судья долженъ обращать свое вниманіе, съ одной стороны, на доказанность фактовъ, изъ которыхъ выводится заключеніе, а, съ другой—на связь ихъ съ преступленіемъ (329). Улика проявляетъ тогда только полную свою силу, когда она подтверждена полнымъ, посредственнымъ или непосредственнымъ доказательствомъ. Не вполне доказанная улика тѣмъ слабѣе, чѣмъ больше недостаетъ ей въ полнотѣ доказанности (330). Улика тѣмъ сильнѣе, чѣмъ обычнѣе связь факта, составляющаго улику, съ преступленіемъ, и чѣмъ менѣе связь эта можетъ быть объяснена чѣмъ-либо инымъ, кромѣ преступленія (331). Подозрѣніе подкрѣпляется стеченіемъ различныхъ уликъ, которыя связаны между собою, другъ друга подкрѣпляютъ и всѣ вмѣстѣ ведутъ къ одному и тому же предположенію (332). При опредѣленіи силы уликъ виновности подсудимаго, судья долженъ принимать также во вниманіе улики, указывающія на его невиновность. Къ послѣдняго рода уликамъ относятся: отсутствіе у подсудимаго интереса въ совершеніи преступленія; прямое противорѣчіе между преступленіемъ и интересомъ; трудности и препятствія къ совершенію преступленія, преодоленіе коихъ подсудимымъ представляется невѣроятнымъ; поведеніе, по совершеніи преступленія, несовмѣстное съ виновностью. Общія благопріятныя предположенія, основанныя на добромъ поведеніи, хорошемъ характерѣ и извѣстномъ образѣ жизни человѣка, по которымъ отъ него нельзя ожидать преступленія, оказываютъ то дѣйствіе, что тамъ, гдѣ они имѣются, требуются болѣе сильныя доказательства виновности, чѣмъ тамъ, гдѣ ихъ нѣтъ, или гдѣ оказываются противоположныя предположенія (333). Улика вызываетъ сильное подозрѣніе и называется близкою, когда указываетъ на опредѣленную связь лица съ преступленіемъ, изъ которой можетъ быть сдѣлано заключеніе о преобладающей вѣроятности совершенія преступленія тѣмъ лицомъ. Это имѣетъ мѣсто въ случаѣ, когда объясненіе подлежащей улики, при

данныхъ обстоятельствахъ, оказывается невѣроятнымъ и если при этомъ судья не исходитъ отъ предположенія виновности (334). Напротивъ, улика порождаетъ только отдаленное подозрѣнiе, если она или не стоитъ съ подсудимымъ въ особой связи, или если, при данныхъ обстоятельствахъ, она легко можетъ быть объяснена и другою причиною, кромѣ совершенія преступленія (335). Различныя улики могутъ составить полное доказательство какъ событiя преступленія, такъ и виновности подсудимаго, а также и обстоятельство, опредѣляющихъ вмѣненiе, если онѣ, связываясь между собой и поддерживая одна другую, стекаются такимъ образомъ, что ихъ согласiе не можетъ быть разумно объяснено ничѣмъ, кромѣ дѣйствительности фактовъ, составляющихъ предметъ изслѣдованiя. Для того, чтобы на основанiи такого стеченiя уликъ могла быть доказана виновность лица, необходимо, чтобы, по крайней мѣрѣ, одна улика была подтверждена полнымъ доказательствомъ, и чтобы она была близкою (336). Во всякомъ случаѣ, если виновность лица доказывается стеченiемъ уликъ, то при опредѣленiи наказанiя имѣетъ силу п. 3, ст. 314. Смѣшанное доказательство (*zusammengesetzter Beweis*). Доказательства различнаго рода, въ отдѣльности недостаточныя для установленiя полной достовѣрности, даютъ послѣднюю своимъ стеченiемъ, если сомнѣнiя, оставаемыя отдѣльнымъ доказательствомъ, разрѣшается присоединенiемъ другого доказательства. Однако, одними и тѣми же свидѣтелями, которыми удостовѣрено дѣйствiе подсудимаго, не могутъ быть доказываемы вѣсудебное признанiе или улика (338). Въ случаѣ осужденiя подсудимаго на основанiи предшедшей статьи, при назначенiи ему наказанiя имѣетъ примѣненiе п. 3, ст. 314.

Представленная здѣсь формальная теорiя доказательствъ можетъ считаться очень полнымъ и связнымъ изложенiемъ правилъ о силѣ доказательствъ. Въ общемъ, за исключенiемъ нѣкоторыхъ случаевъ, она замѣняетъ убѣжденiе судьи—примѣненiемъ признаковъ достовѣрности, предписанныхъ закономъ.—Полному паденiю формальной теорiи доказательствъ предшествовала въ нѣкоторыхъ европейскихъ кодексахъ попытка сочетать свободное убѣжденiе судьи съ отрицательною теорiею доказательствъ, и на эту отрицательную теорiю смотрѣли какъ на оплотъ подсудимаго отъ возможныхъ судебныхъ ошибокъ. Чтобы дать читателю возможность судить о достоинствахъ отрицательныхъ теорiй доказательствъ, мы представимъ переводъ правилъ о доказательствахъ изъ «*Allgemeine Strafprozessordnung, von 20 Juli 1853, für das Kaiserthum Oesterreich*». Правила эти тѣмъ болѣе интересны, что они дѣйствовали въ процессѣ, основанномъ на началахъ устности и состязательности; они помѣщены въ австрiйскомъ кодексѣ, въ отдѣлѣ «о юридическихъ доказательствахъ», и открываются общимъ положенiемъ, что судья долженъ въ точности взвѣсить имѣющiяся по дѣлу доказательства; только то, при обсужденiи, почитается вѣрнымъ, что юридически доказано» (258). При обсужденiи судья принимаетъ во вниманiе не только доказательства, представленныя въ устномъ заключительномъ производствѣ (на судебномъ слѣдствiи), но и тѣ, которыя

открыты на предварительномъ слѣдствіи, насколько ими пользовались въ заключительномъ производствѣ и насколько этимъ послѣднимъ ихъ доказательная сила не была уничтожена или ослаблена (259). Юридическая сила доказательствъ обсуждается по нижеслѣдующимъ правиламъ (ст. 261—282); однако, ни одно доказательство не должно быть разсматриваемо только само по себѣ, въ отдѣльности, а непременно въ связи съ цѣлымъ слѣдствіемъ и судебнымъ производствомъ. Поэтому, доказательство теряетъ свою силу, если безпристрастіе свидѣтелей оказывается сомнительнымъ вслѣдствіе личныхъ отношеній, если обстоятельство опровергается противоположными данными или своею невѣроятностью по обычному и естественному ходу событій, взятыхъ въ ихъ совокупной связи. Ослабленное такимъ способомъ доказательство не можетъ уже быть разсматриваемо, какъ юридическое. Такимъ образомъ, не взирая на указанные, въ настоящихъ правилахъ, признаки достовѣрности отдѣльныхъ видовъ доказательствъ, судья не обязанъ признавать подсудимаго виновнымъ, если, по внимательномъ обсужденіи всѣхъ обстоятельствъ, онъ не придетъ къ убѣжденію въ виновности его, а напротивъ, по даннымъ, которыя должны быть въ точности приведены въ приговорѣ (ст. 292, lit. g), будетъ питать сомнѣніе. Основаніемъ такого сомнѣнія не должны быть однако-же предположенія, или данныя, которыя закономъ прямо отвергаются (ст. 3 и 233 Угол. кодекса) или же не имѣли мѣста на судѣ (260). Юридическое доказательство можетъ быть дано: 1) судебскимъ осмотромъ; 2) заключеніемъ свѣдущихъ лицъ; 3) признаніемъ подсудимаго; 4) показаніемъ свидѣтелей, въ томъ числѣ потерпѣвшаго отъ преступленія, и сознавшихся соучастниковъ; 5) письменными документами; 6) стеченіемъ нѣсколькихъ уликъ (смѣшанное доказательство, *zusammengesetzter Beweis*) (361).

Судейскій осмотръ тогда только считается доказательствомъ, когда онъ учиненъ въ законной формѣ (362). Заключение нѣсколькихъ свѣдущихъ лицъ, или, смотря по обстоятельствамъ, даже одного, можетъ считаться юридическимъ доказательствомъ того, что этимъ заключеніемъ установлено въ законной формѣ (263). Сознаніе подсудимаго тогда только можетъ быть противъ него приведено, какъ юридическое доказательство, когда: 1) оно опредѣленно, отчетливо, выразительно, а не выводится изъ двусмысленныхъ жестовъ и знаковъ; 2) когда оно дано въ полной памяти и здоровомъ умѣ; 3) когда оно основано на самостоятельномъ и обстоятельномъ разказѣ, а не на утвердительныхъ только отвѣтахъ на предложенные вопросы; 4) когда оно согласно, въ существенныхъ пунктахъ, съ имѣющимися данными о преступномъ дѣяніи; 5) когда оно дано или на судебномъ слѣдствіи, или на предварительномъ, или предъ полицейскимъ учрежденіемъ, въ случаяхъ, когда послѣднее, по закону, имѣетъ право на производство извѣстныхъ слѣдственныхъ дѣйствій (264). Обставленное такимъ образомъ сознаніе подсудимаго не теряетъ своей силы и въ томъ случаѣ, когда нѣтъ уже возможности изслѣдовать признанное дѣяніе во всѣхъ его подробностяхъ; достаточно, если оно подтверждено хотя нѣкоторыми

обстоятельствами и если въ дѣлѣ нѣтъ ничего такого, что дѣлало бы сознание невѣроятнымъ. Но если, кромѣ признанія не имѣется никакихъ дальнѣйшихъ слѣдовъ, которые могли бы подтвердить дѣяніе, то сознание не можетъ считаться юридическимъ доказательствомъ (265). Сознание не признается юридическимъ доказательствомъ, если оно, вопреки закону, вынуждено обѣщаніями, угрозами, насиліемъ, или какими-либо другими недозволенными средствами. Но если такое сознание повторено впоследствии, когда подсудимый былъ уже внѣ противозаконныхъ вліяній, если это повторное сознание содержитъ въ себѣ факты, которые согласны съ обстоятельствами дѣла и не могли бы быть извѣстны подсудимому, не будь онъ виновникомъ, то оно можетъ имѣть силу юридическаго доказательства (266). Если подсудимый беретъ назадъ сознание, имѣющее всѣ законные признаки, то отъ этого оно не теряетъ своей силы, за исключеніемъ случая, когда онъ представитъ убѣдительную причину, почему имъ дано было ложное сознание, или изложить такія обстоятельства, которыя, по собраннымъ даннымъ, дѣйствительно опровергаютъ правдивость первоначальнаго признанія (267). Если подсудимый признаетъ совершеніе дѣянія, но при этомъ утверждаетъ, что дѣйствовалъ не въ зломъ умыслѣ, или что имѣлъ въ виду меньшее, чѣмъ воспомянуто, зло, то его утвержденіе тогда только можетъ считаться вѣрнымъ, когда дѣяніе совершилось внезапно, когда зло не заключается уже въ самомъ дѣяніи, или когда, по естественному ходу вещей, оно не должно было необходимо отъ него получиться, или обыкновенно отъ него не получается. Но если подсудимый подготовилъ удобный случай и средства для совершенія дѣянія или старался устранить препятствіе къ тому, то его можно считать изобличеннымъ и въ зломъ умыслѣ, развѣ бы открылись обстоятельства, доказывающія другое побужденіе (268).

Свидѣтельскія показанія. Для того, чтобы фактъ могъ считаться доказаннымъ свидѣтельскими показаніями, обыкновенно требуется, чтобы онъ былъ удостовѣренъ согласнымъ показаніемъ, по крайней мѣрѣ, двухъ свидѣтелей, и чтобы показаніе это удовлетворяло слѣдующимъ условіямъ: 1) оно не должно быть вложено въ уста свидѣтелю ни стачкою, ни подстрекательствомъ, ни обморочиваніемъ, ни надувательствомъ, ни подкупомъ, ни наградою, ни угрозою, ни насиліемъ; 2) оно должно содержать отчетливое, выразительное и опредѣленное изложеніе утверждаемаго факта; 3) оно должно основываться на собственномъ воспріятіи свидѣтеля, полученномъ въ состояніи сознательномъ, а не на слухахъ, предположеніяхъ, вѣроятностяхъ или умозаключеніяхъ; 4) оно должно быть дано подъ присягою; 5) оно не должно возбуждать сомнѣнія въ своей достовѣрности ни личными свойствами и обстоятельствами свидѣтеля, ни собственнымъ содержаніемъ; 6) оно должно быть съ другими имѣющимися данными настолько согласно, чтобы, по крайней мѣрѣ, не было противорѣчія; 7) оно должно быть дано, или, по крайней мѣрѣ, подтверждено на судебномъ слѣдствіи, или прочтено, въ случаяхъ, когда на судѣ, по закону, можно ограничиться прочтеніемъ показаній, данныхъ на предварительномъ слѣдствіи (269). Въ слѣдующихъ случаяхъ

юридическое доказательство можетъ быть установлено и однимъ свидѣтелемъ, если онъ обладаетъ указанными въ ст. 269 условіями: 1) показаніе потерпѣвшаго лица, при неимѣніи другихъ доказательствъ, можетъ служить юридическимъ доказательствомъ свойства дѣянія и отдѣльныхъ отягчающихъ обстоятельствъ виновности подсудимаго, сознавшагося или изобличеннаго въ дѣянніи другими данными. Однако, вопросъ: «совершено-ли, и какое именно, наказуемое дѣяніе подсудимымъ?» не можетъ быть рѣшенъ однимъ показаніемъ потерпѣвшаго, за исключеніемъ случая, приводимаго въ п. 2 настоящей статьи. 2) Размѣръ вознагражденія за поврежденіе имущества можетъ считаться юридически доказаннымъ на основаніи показанія потерпѣвшаго лица или хранителя имущества. 3) Показаніе одного свидѣтеля можетъ служить подтвержденіемъ, необходимымъ для того, чтобы сознаніе подсудимаго получило юридическую силу. 4) Если преступленіе было нѣсколько разъ повторено, или длилось продолжительное время, или продолжалось отдѣльными актами, то такіе повторительные или отдѣльные акты могутъ быть особо доказываемы показаніемъ одного свидѣтеля, если все вообще дѣяніе подтверждается большимъ числомъ свидѣтелей, чѣмъ два, если показанія свидѣтелей согласны, и утверждаемые ими факты находятся во взаимной связи (270). Оговоры соучастниковъ могутъ служить юридическимъ доказательствомъ противъ не сознающагося преступника, если его согласно оговариваютъ два соучастника въ томъ-же преступленіи, и если такіе оговоры сдѣланы подсудимому въ лицо, на судебномъ слѣдствіи. Вмѣстѣ съ тѣмъ, оговоры эти должны: а) отвѣчать условіямъ, указаннымъ въ пп. 269 ст.; б) если оговорщики вполнѣ согласно отвѣчали на вопросы объ обстоятельствахъ, связанныхъ съ общимъ преступленіемъ, вопросы, постановки которыхъ они не могли предвидѣть до допроса; в) если оговоры настолько подтверждены другими обстоятельствами, что нѣтъ основанія предполагать стачку или вообще сомнѣваться въ справедливости утвержденія (271). Писъменные документы. Если документъ или рукопись содержатъ въ себѣ самое преступленіе, напр., пасквиль, или воззваніе къ совершенію незаконнаго дѣйствія, то они могутъ служить юридическимъ доказательствомъ самаго дѣянія, когда удостовѣрено, что они исходятъ отъ обвиняемаго и нѣтъ другихъ какихъ-либо сомнѣній по этому дѣлу (272). Насколько другіе документы и рукописи, исходящіе отъ подсудимаго, могутъ считаться сознаниемъ, или свидѣтельскими показаніями, если они составлены третьими лицами — разрѣшается по правиламъ о смѣшанномъ доказательствѣ (273). Если подлинность документа и рукописи отвергается, то она должна быть доказана. Насколько сличеніе почерковъ даетъ юридическое доказательство, рѣшаетъ судья; по усмотрѣнію, согласно обстоятельствамъ. Если подсудимый признаетъ подпись за свою, но отвергаетъ, что содержаніе документа исходитъ отъ него или ему извѣстно, то судья рѣшаетъ о степени правдивости такого утвержденія (274). Свидѣтельства, почерпаемая изъ регистровъ о рожденіяхъ, бракахъ и смертяхъ, и другіе публичные документы рассматриваются, какъ юридическія

доказательства содержащихся въ нихъ утверженій, если дающій справки чиновникъ не можетъ отъ того ожидать выгоды или убытковъ, и если нѣтъ другихъ какихъ-либо основательныхъ сомнѣній на счетъ достовѣрности тѣхъ справокъ (275). Съ только-что указанными ограниченіями, протоколы слѣдователя и суда считаются юридическимъ доказательствомъ описанныхъ въ нихъ дѣйствій (277). За исключеніемъ случаевъ, указанныхъ въ двухъ предшедшихъ статьяхъ, показанія отдѣльныхъ чиновниковъ о дѣйствіяхъ или обстоятельствахъ, имѣвшихъ мѣсто на слѣдствіяхъ предварительномъ и судебномъ, имѣютъ только значеніе *одного* свидѣтельскаго показанія (277). **С м ѣ ш а н н о е д о к а з а т е л ь с т в о.** Обстоятельство можетъ считаться юридическимъ доказательствомъ, если на него согласно указываетъ стеченіе двухъ несовершенныхъ доказательствъ (278). Отвергающій дѣяніе подсудимый можетъ тогда только считаться юридически изобличеннымъ посредствомъ стеченія уликъ (*Verdachtsründe*), когда имѣются въ наличности слѣдующія три условія: 1) дѣяніе со всѣми обстоятельствами, опредѣляющими его наказуемость, должно быть юридически доказано; 2) противъ подсудимаго должно имѣться стеченіе трехъ уликъ, указанныхъ въ ст. 138—140¹; 3) изъ сочетанія собранныхъ уликъ, фактовъ и данныхъ должна вытекать такая близкая связь между дѣяніемъ и подсудимымъ, чтобы, по обыкновенному ходу вещей, не оставалось причины сомнѣваться въ томъ, что дѣяніе совершено имъ (279). Обыкновенно для такого доказательства достаточно стеченія трехъ уликъ. Каждая улика должна содержать отдѣльный фактъ. Вообще, каждое обстоятельство можетъ быть идти въ счетъ только одинъ разъ; оно не можетъ составлять столько уликъ, сколько вызываетъ заключеній (280). Однако, юридическое доказательство можетъ быть дано: 1) двумя несовершенными доказательствами, если они между собою согласны; а также 2) одною или двумя уликами, если а) противоположное тому, что подсудимый представилъ противъ улики, доказано, когда, слѣд., его оправданіе оказалось ложнымъ; б) если независимо отъ обвинительныхъ уликъ, изъ дѣла видно, что подсудимый — личность, которая, по своей жизни или репутаціи, отношеніямъ, душевнымъ качествамъ или по нѣкоторымъ свойствамъ, склонна къ такого рода дѣянію, въ какомъ обвиняется. Какъ обстоятельства, на которыхъ основываются только-что изложенныя предположенія, могутъ быть разсматриваемы слѣдующія: прежняя подсудность, окончившаяся освобожденіемъ отъ суда, или осужденіе за такое-же или подобное преступленіе; близкія отношенія и подозрительная связи съ людьми, подсудимому извѣстными за преступниковъ, или пользующимися дурною славою; неуказаніе подсудимымъ, при обвиненіяхъ по преступленіямъ изъ корысти, честныхъ способовъ къ пропитанію. Если указанные, въ настоящей статьѣ, подъ пп. 1 и 2, условія имѣются въ наличности, то присоединенія одной улики достаточно для юридическаго дока-

¹) Въ этихъ статьяхъ австр. кодекса вычислены улики, дающія право начать слѣдствіе. Нѣсколько обстоятельствъ, по этимъ статьямъ, часто составляютъ одну улику (*einen Verdachtsgrund*).

зательства факта (281). Улики, на основаніи которыхъ подсудимый можетъ быть изобличенъ, должны быть доказаны, каждая въ отдѣльности; онѣ не должны быть ослабляемы или подвергаемы сомнѣнію ни оправданіями обвиняемаго, ни противорѣчащими данными или обстоятельствомъ, говорящими въ пользу невиновности обвиняемаго. Если нѣсколько отдѣльныхъ обстоятельствъ, степеніе которыхъ составляетъ только одну улику, подтверждаются нѣсколькими (хотя и не каждое обстоятельство—особымъ) свидѣтелями, то, въ случаѣ послѣдніе обладаютъ указанными въ ст. 269—271 условіями—вытекающая изъ упомянутыхъ обстоятельствъ улика можетъ считаться юридически доказанною. Если противъ подсудимаго имѣется большее, чѣмъ требуется закономъ, число уликъ, то ими можетъ быть доказано и самое событіе преступленія. Для этого нужно, чтобы улики, взаимно одна другую поддерживающія, въ цѣломъ подкрѣплялись болѣе чѣмъ двумя свидѣтелями, обладающими условіями, указанными въ 269—271 ст. Отдѣльные улики могутъ при этомъ быть удостовѣрены и отдѣльно стоящими свидѣтелями.

Мы представили образцы законной теоріи силы доказательствъ, для того, чтобы читатель могъ судить, насколько она, сама по себѣ, безъ правильныхъ способовъ изслѣдованія фактовъ, можетъ ограждать достовѣрность въ судебныхъ дѣлахъ. Прежде всего, при оцѣнкѣ формальной теоріи доказательствъ, не слѣдуетъ еще приписывать ей тѣхъ недостатковъ прежняго слѣдственнаго судопроизводства, которые падаютъ на-счетъ неправильныхъ методовъ изысканія истины. Такъ, въ письменномъ процессѣ, доказательства не представлялись рѣшающему судѣ, въ ихъ первоначальной формѣ, и послѣдній былъ такимъ образомъ лишенъ возможности непосредственно оцѣнивать доказательства. Онъ не видѣлъ и не слышалъ дающихъ показанія лицъ. Эти послѣдніе не подвергались допросу сторонъ, да и сторонъ не было, которыя могли-бы разрабатывать доказательства. Принципъ непосредственности, въ силу котораго судья на судебномъ слѣдствіи приходитъ въ прямое соприкосновеніе съ доказательствами, не былъ проведенъ въ письменномъ процессѣ. Способы пользованія доказательствами были, такимъ образомъ, невѣрны. При оцѣнкѣ возможной пользы отъ формальной теоріи доказательствъ слѣдуетъ представить себѣ судъ, производящій судебное слѣдствие и оцѣнивающій доказательства по правиламъ законной теоріи. Такъ-какъ формальная теорія доказательства, даже въ своей положительной формѣ, не въ состояніи совершенно устранить усмотрѣніе судьи, то конечно, вредъ ея сказался бы, главнымъ образомъ, тамъ, гдѣ она бы прямо воспрещала судѣ принимать во вниманіе конкретное впечатлѣніе отъ представленныхъ на судѣ данныхъ. Понятно, что, при началѣ устности, правила о силѣ доказательствъ никогда бы не были такъ вредны, какъ въ процессѣ письменномъ. Но они бы не приносили никакой пользы, а только вредили бы своими воспрещеніями, быть можетъ, вообще и основательными, но въ отдѣльномъ случаѣ непріложимыми. Притомъ, они могли-бы мѣшать и даже сбивать при составленіи свободнаго убѣжденія. Въ защиту закона о силѣ доказательствъ приво-

дится обыкновенно два довода: 1) нельзя пренебрегать тысячелѣтнимъ опытомъ челоуѣчества и ставить судейское убѣжденіе выше этой сѣдой мудрости; 2) англійская теорія доказательствъ представляетъ будто-бы блестящій примѣръ правилъ, подъ вліяніемъ которыхъ дѣйствуетъ лучшее въ Европѣ судопроизводство. Рассмотримъ эти два возраженія:

1) Насколько формальная теорія доказательствъ дѣйствительно представляетъ результатъ вѣкового опыта? Прежде чѣмъ отвѣтимъ на поставленный вопросъ, замѣтимъ, что формальная теорія доказательствъ есть только одна изъ стадій въ историческомъ развитіи отношенія челоуѣческаго разума къ способамъ доказыванія—прошлаго преступнаго событія. Ферри¹⁾, въ доказательственной эволюціи, различаетъ четыре періода: 1) первобытній—когда доказываніе было предоставлено грубому эмпиризму личныхъ воспріятій; 2) религиозный,—когда посредствомъ ордалій или поединка дѣло рѣшалось богомъ; 3) юридическій,—формальная теорія, опредѣлявшая напередъ силу доказательствъ; 4) періодъ сантиментальный внутренняго убѣжденія,—наша современная эпоха, когда рѣшеніе вопроса о силѣ доказательствъ предоставляется общему впечатлѣнію присяжныхъ, полученному отъ разбора доказательствъ на судѣ. По мнѣнію Ферри, за нашей эпохой послѣдуетъ періодъ научнаго доказательства, подъ которымъ онъ разумѣетъ всѣ научныя приемы установленія фактовъ. Подраздѣленія Ферри вѣрны; мы дѣйствительно переходимъ къ новымъ приемамъ доказыванія фактовъ, но едва ли мы достигнемъ устраненія житейскаго опыта, который намъ помогаетъ при оцѣнкѣ свидѣтелей и вообще доказательствъ, не основанныхъ на наукѣ.

Что правила формальной теоріи доказательствъ представляютъ результатъ вѣкового опыта челоуѣчества, въ этомъ, конечно, не можетъ быть сомнѣнія. Если мы даже признаемъ, что вся формальная теорія доказательствъ состоитъ изъ однихъ только логическихъ началъ, то и въ такомъ случаѣ мы не можемъ не согласиться, что она—плодъ длиннаго вѣкового опыта. Самое понятіе закона причинности, по мнѣнію многихъ, есть не болѣе, какъ результатъ опыта. Формальная теорія, какъ рядъ логическихъ положеній, не можетъ не быть плодомъ безконечнаго опыта. Но дѣло заключается въ томъ: насколько этотъ вѣковой опытъ даетъ правила, которыя могутъ защитить насъ отъ ошибокъ? Вопросъ этотъ разрѣшается при ближайшемъ разсмотрѣніи сущности правилъ формальной теоріи доказательствъ. Всѣ они представляютъ только приблизительныя обобщенія, допускающія множество исключеній. Поэтому, возведеніе ихъ въ обязательныя, для судьи, правила, такая-же пе-

¹⁾ Sociologie criminelle, послѣднее изд., p. 762. См. тоже Tarde, Philosophie penale, ch. VII.

лѣпость, какъ если-бы законодатель призналъ для поведенія людей обязательными пословицы, также составляющія наслѣдіе вѣковъ. Всѣ приблизительныя обобщенія болѣе или менѣе вѣрны, ихъ можно привлекать съ правомъ совѣщательнаго голоса, но сдѣлать ихъ обязательными, наперекоръ прямому убѣжденію того, кто составилъ себѣ по дѣлу живое убѣжденіе, значить законнымъ приказаніемъ замѣнить работу ума и совѣсти. Аналогія положеній формальной теоріи доказательствъ и пословицъ вовсе не есть произвольная наша мысль. Мы можемъ сейчасъ-же представить цѣлый рядъ нѣмецкихъ юридическихъ пословицъ, достоинство которыхъ никакъ не ниже приведенныхъ нами правилъ формальной теоріи доказательствъ. Вотъ нѣкоторыя прекрасныя нѣмецкія юридическія пословицы о силѣ доказательствъ ¹⁾. Ungewisse Geschichte glaubt man nicht (недоказанному дѣлу вѣры не даютъ). Behaupten ist nicht beweisen (утверждать не значить доказывать). Wer da sagt und setzt, der muss beweisen (кто утверждаетъ, тотъ долженъ и доказывать). Dem Kläger gebürt der Beweis (истецъ долженъ доказать свой искъ). Beweis geschieht des Richters willen (доказательство представляется для судьи). Nach Zeugen und Urkunden wird jeder Streit gerichtet (на свидѣтеляхъ и документахъ основывается рѣшеніе каждаго спора). Gutes Zeugniß vertreibt alles Böse (хорошее свидѣтельство прогоняетъ все зло). Was nicht scheint, gilt nicht (что не видно, что не представлено, то не имѣетъ силы). Die Lüge beschämt sich selbst (ложь сама себя позоритъ). Ist nicht ganz erdicht, was der Pöbel spricht (людскіе толки—не совсѣмъ выдумка). Gemein Gerücht ist selten ganz erlogen (народная молва рѣдко цѣлкомъ выдумана). Ein Zeuge ist genug mit einem bösen Gerüchte (одного свидѣтеля, при народной молвѣ, достаточно). Argwohn ist kein Beweis (подозрѣніе—не доказательство). Argwohn betrügt den Mann (подозрѣніе обманываетъ). Sichere Vermuthung läst den Richter allzeit Urtheil finden (основательное предположеніе всегда ведетъ судью къ рѣшенію). Augenschein ist aller Welt Zeugniß. Augenschein ist der beste aller Zeugen (очевидность—лучшее всего свѣта доказательство). Zwei Männer sind eines Mannes Zeugen. Ein Mann kein Mann. Ein Zeuge ist kein Zeuge (одинъ свидѣтель—не свидѣтель). Ein Zeuge wie Keiner, zwei wie zehn (одинъ свидѣтель—не свидѣтель, два—какъ десять). Eines Mannes Zeugniß taugt nicht und wäre es ein Bischof (показанія одного, хотя-бы епископа, не достаточно). Eine Stimme ist so viel wie keine und wäre es ein geschwornener Richter (свидѣтельства одного, хотя-бы присяжнаго судьи, недостаточно). Durch zwei Zeugen Mund wird allerwärts die Wahrheit kund (двумя свидѣтельскими показаніями дается правда). In dreier Leute Mund liegt die Wahrheit (въ устахъ трехъ свидѣтелей—истина). Selbst kann der Kläger kein Zeuge sein (истецъ не можетъ быть свидѣте-

¹⁾ См. Ed. Graf und M. Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter. Nördlingen. 1864, p. 452.

лемъ). Ein armer Mann kann kein Zeuge sein (бѣдный человѣкъ не можетъ быть свидѣтелемъ). Keine Frau kann mehr bezeugen als Nothzucht und Ehe (женщина можетъ только свидѣтельствовать объ изнасилованіи и бракѣ). Zeugen vom Hörensagen gilt im Richte nicht (свидѣтельство по слуху не имѣетъ силы въ судѣ). Hörensagen ist halb gelogen (свидѣтельство по слуху — на половину вранья). Ein Augenzeuge gilt mehr als zehn Ohrenzeugen (одинъ видокъ важнѣе десяти послуховъ). Einmal sehen ist besser denn zehnmal hören (разъ видѣть лучше, чѣмъ десять разъ слышать). Die Augen glauben sich selbst, die Ohren andern Leuten (глаза вѣрятъ себѣ, уши—другимъ людямъ). Briefe sind besser als Zeugen (документы лучше свидѣтелей). Mit genügendem Beweis kann man des Kaisers Zeugniß überwinden (достаточнымъ доказательствомъ можно пересилить свидѣтельство императора) и т. д. — Мы, конечно, привели только нѣкоторыя изъ нѣмецкихъ юридическихъ пословицъ, касающихся доказательствъ, но и тѣхъ совершенно достаточно, чтобы показать, что пословицы эти нисколько не уступаютъ правиламъ формальной теоріи доказательствъ ни въ вѣрности, ни въ точности выраженій¹⁾. Никто не усомнится, что подобныя пословицы — плодъ вѣковыхъ наблюденій; но можно-ли ихъ облечь въ форму закона, поможетъ-ли это суду? Превращая приблизительное обобщеніе въ законъ, мы придаемъ ему такую силу, какой оно въ дѣйствительности не имѣетъ, такъ-какъ оно всегда допускаетъ массу исключеній. Такъ, самое вѣрное, повидимому, положеніе формальной теоріи, что согласіе свидѣтелей доказываетъ правдивость ихъ показаній, не можетъ быть возведено въ обязательное положеніе, ибо такое согласіе можетъ быть послѣдствіемъ стачки, подкупа и другихъ подобныхъ причинъ. Отчетливое, опредѣленное, данное въ надлежащемъ судебномъ мѣстѣ, сознаніе подсудимаго, совершенно согласное съ обстоятельствами дѣла, можетъ быть и ложно. Подтвержденныя необходимымъ числомъ свидѣтелей улики, взаимно одна

¹⁾ На основаніи помѣщенныхъ въ упомянутомъ сборникѣ пословицъ можно составить довольно полную теорію доказательствъ. Мѣткость многихъ пословицъ поразительна. Чувственная очевидность, какъ ясно изъ множества пословицъ, считается лучшимъ доказательствомъ; это выражено, напр., въ слѣдующемъ двустишіи: «Die Wahrheit darf Beweises nicht, die man hört, greift und sieht», т. е. что можно слышать, осязать и видѣть, не нуждается въ доказательствахъ. Лучшіе свидѣтели поведения человѣка оковыные люди: «Wer will wissen, wer er sei, Frag' der Nachbarn zwei bis drei, Sollten's ihm die drei vertrauen, Wird es der vierte sagen», т. е. не одинъ, такъ другой сосѣдъ скажетъ правду.—Можно пожалѣть, что русскія юридическія пословицы еще не получили такой прекрасной обработки, какъ нѣмецкія. Большинство встрѣчающихся у Дали пословицъ рисуется безотрадное положеніе юстиціи. «Тѣмъ только и дышемъ, что звать не знаемъ, вѣдать не вѣдаемъ». «На себя не наговаривай, а съ друга сговаривай». «Попался да отмолчался». «Въ судъ ногой—въ карманъ рукой». «Ахъ судья, судья, четыре полы, восемь кармановъ». «Эта вина стоитъ полведра вина». «Наши правы, а сто рублей дали». «Знаетъ и сила правду, да не любитъ сказывать». «Судья что плотникъ, что захочетъ, то и вырубить». «Судъ прямой — да судья кривой». «Пути ясны, да очи слѣпы». «Судья праведный — сграда каменна».

другую поддерживающія, могутъ быть плодомъ ловко подготовленной интриги. Нѣтъ надобности здѣсь вычислять возможные исключенія изъ приблизительныхъ обобщеній о силѣ доказательствъ. Мы охотно признаемъ, что правила о силѣ доказательствъ должны служить вспомогательнымъ матеріаломъ для судьи; признаемъ, что подобныя правила могутъ предостерегать; но не можемъ не повторить здѣсь, что единственное мѣрило достовѣрности въ дѣлахъ уголовныхъ — свободное убѣжденіе судьи, лично выслушавшаго всѣ доказательства. Говоря, о недостаткахъ формальной теории доказательствъ, нельзя не вспомнить, что даже въ тѣхъ законодательствахъ, гдѣ она выработана была самымъ удачнымъ и искуснымъ образомъ, ея положенія тѣмъ не менѣе отличались отрывочностью и неполнотою. Это совершенно понятно. Воплотивъ удовлетворительное вычисленіе правилъ, которыми долженъ руководиться судья, при изслѣдованіи фактической достовѣрности, должно было-бы представлять, во-первыхъ, изложеніе основныхъ началъ логики и, вторыхъ, старательное, исчерпывающее вычисленіе условій достовѣрности различныхъ видовъ доказательствъ. Постепенно правила о доказательствахъ превратились бы въ учебникъ, изданный законодателемъ для исполненія по всѣмъ параграфамъ. Не говоря уже о томъ, что идеальная полнота никогда не была-бы достигнута, она нисколько не помогла-бы дѣлу: никакая обстоятельность формальной теории доказательствъ не обезпечитъ истины! Что умѣстно и полезно въ учебникѣ, то бесполезно, а иногда даже вредно въ кодексѣ. Вѣрность положенія: «*omnis definitio periculosa est*» нигдѣ не высказывается такъ ярко, какъ въ правилахъ о доказательствахъ. Это понимаютъ отлично въ англійской и американской судебной практикѣ. Положенія, совершенно умѣстныя въ учебномъ трактатѣ, почитаются опасными въ наставленіи судьи (*charge*) для присяжныхъ. Въ одномъ дѣлѣ, въ Америкѣ, присяжнымъ дано было слѣдующее наставленіе: «*Р а з у м ы м ь с о м н ѣ н і е м ь* называется такое состояніе, когда, по обсужденіи и сравненіи всѣхъ доказательствъ, присяжные не получаютъ *п р о ч ь а г о* (*abiding*) *у б ѣ ж д е н і я*, достигающаго нравственной достовѣрности въ томъ, что обвиненіе справедливо. Сомнѣніе не должно быть инстинктивное, смутное. Безусловная достовѣрность въ судѣ рѣдко достигается и никогда не требуется. Если доказательства, представленные на судѣ, таковы, что благоразумный человѣкъ дѣйствовалъ-бы на ихъ основаніи, въ особенныхъ своихъ дѣлахъ величайшей важности, значитъ—въ дѣлѣ не остается разумнаго сомнѣнія, по смыслу закона»¹⁾. Высшій судъ нашелъ, что послѣдняя фраза въ наставленіи ошибочна, такъ-какъ «разумное сомнѣніе можетъ все-таки оставаться, хотя-бы доказательства были настолько сильны, что благоразумный

¹⁾ Настоящее правило выработано въ Англии, гдѣ уравнившіи и (благоразумный) человѣкъ есть правило, а не исключеніе, какъ во многихъ мѣстахъ на континентѣ; но число 12 (присяжныхъ) до известной степени все же гарантируетъ благоразуміе... по крайней мѣрѣ, въ спокойныя времена, когда общество не охвачено аффектомъ.

человѣкъ рѣшается на ихъ основаніи дѣйствовать въ своихъ собственныхныхъ дѣлахъ высочайшей важности». Въ наставленіи судьи не было ничего неправильнаго; признакъ, имъ данный, совершенно вѣренъ; но сентенція его могла быть неправильно понята присяжными. Насколько опасны опредѣленія о силѣ доказательствъ, видно, между прочимъ, изъ того, что въ англійской и американской практикѣ не установилось до сихъ поръ опредѣленія такихъ, напр., общихъ понятій, какъ «разумное сомнѣніе» (reasonable doubt). Въ одномъ дѣлѣ, судья такъ опредѣлилъ разумное сомнѣніе: «Разумное сомнѣніе въ виновности подсудимаго есть такое состояніе, когда, по обсужденіи и сравненіи всѣхъ доказательствъ, присяжные не чувствуютъ, чтобы они имѣли прочное убѣжденіе, восходящее до нравственной достовѣрности, въ томъ, что обвиненіе вѣрно (they cannot say, they feel an abiding conviction to a moral certainty of the truth of the charge). По дѣлу Вебстера судьей дано было такое опредѣленіе «разумнаго сомнѣнія»: «То, что есть только возможность, предположеніе или догадка, не есть разумное сомнѣніе. Сомнѣніе, которое должно удерживать присяжныхъ отъ осужденія, есть то, которое вытекаетъ, на извѣстныхъ основаніяхъ, изъ доказательствъ, разсмотрѣнныхъ передъ присяжными». (Proffat, Trial by jury, § 332). Въ одномъ дѣлѣ, высшій судъ нашелъ, что гораздо цѣлесообразнѣе въ наставленіи присяжныхъ употреблять терминъ «разумное сомнѣніе» чѣмъ выраженіе «нравственная достовѣрность». вмѣстѣ съ тѣмъ судъ призналъ, что давать опредѣленія термина: «разумное сомнѣніе» не слѣдуетъ. Судъ при этомъ замѣтилъ: «Всѣ подобныя опредѣленія, въ лучшемъ случаѣ (to say the best for them), небезопасны, слѣшкомъ смѣлы, гораздо больше запутываютъ и сбиваютъ присяжныхъ, чѣмъ помогаютъ имъ, и могутъ привести къ осужденію тамъ, гдѣ должно быть оправданіе, и обратно». Какъ-же должна быть опасна цѣлая теорія доказательствъ, составляющая законъ, обязательный для судьи! Лекція по логикѣ, превращенная въ прямое или косвенное повелѣніе убѣждаться или не убѣждаться на основаніи отрывочныхъ и смѣлыхъ правилъ! Какъ, напр., смѣло употребляетъ австр. кодексъ 1853 г. слово «вѣрность», нисколько не заботясь объ опредѣленіи такого шаткаго термина! Въ ст. 135—136 два раза употреблено слово «Wahrscheinlichkeit», какъ будто это слово имѣетъ одинаковое и опредѣленное значеніе въ глазахъ каждаго судьи! Какъ будто уголовно-судебная достовѣрность обыкновенно не есть только высокая степень вѣроятности!

Говоря о томъ, что правила о силѣ доказательствъ представляютъ опытъ вѣковъ, имѣютъ, конечно, въ виду тѣ общія положенія, которыя составляютъ содержаніе формальной теоріи. Они настолько общи, что встрѣчаются уже въ очень древнихъ законодательствахъ; въ этомъ отношеніи на нихъ, кажется, правильнѣе смотрѣть, какъ на общечеловѣческія логическія начала, чѣмъ на спеціальныиъ судейскій опытъ. Уже въ сборникѣ Ману, относящемся къ пятому вѣку до Р. Х., мы встрѣчаемъ довольно подробныя правила о доказательствахъ, въ особенности о свидѣтеляхъ. Не только встрѣчается опре-

дѣленіе достаточнаго числа свидѣтелей, но и весьма подробный списокъ причинъ, по которымъ тѣ или другія лица не допускаются къ свидѣтельству. «Если человекъ былъ вызванъ въ судъ истцомъ по дѣлу о собственности, но на предложенный вопросъ не отвѣчаетъ, то браминъ, представляющій короля, долженъ рѣшить дѣло, по выслушаніи, по-крайней мѣрѣ, трехъ свидѣтелей» (The Institutes of Menu by Jones, 1853, Chap., VIII, § 60. См. также Thonissen, Etudes sur l'histoire du droit criminel, v. I). Когда дѣло идетъ объ убійствѣ, о событіяхъ, совершенныхъ въ лѣсу, или въ глухомъ мѣстѣ, тотъ, кто видѣлъ фактъ, можетъ быть свидѣтелемъ, кто-бы онъ ни былъ. То-же правило распространяется на всѣ тѣ случаи, гдѣ необходимость заставляетъ допустить свидѣтеля, кто-бы онъ ни былъ, такъ какъ нѣтъ другихъ средствъ для изслѣдованія истины. Въ этомъ случаѣ судья, конечно, имѣетъ право оцѣнивать моральную достовѣрность свидѣтеля. Но эти исключенія должны оставаться въ предѣлахъ, обозначенныхъ въ законѣ. Ману говоритъ: «Нужно выбирать свидѣтелей изъ людей, достойныхъ довѣрія, знающихъ свои обязанности, не корыстолюбивыхъ, а другихъ не допускать. Главы семейства, люди, имѣющіе дѣтей мужескаго пола, жители той-же мѣстности, принадлежатъ ли они къ классу воиновъ, купцовъ или рабовъ, могутъ быть допускаемы къ свидѣтельству, а не первые попавшіеся, за исключеніемъ случаевъ необходимости». Списокъ лицъ, неспособныхъ къ свидѣтельству, довольно великъ. Не допускаются къ свидѣтельству: находящіеся подъ вліяніемъ денежнаго интереса; друзья, слуги, враги, люди завѣдомой недобросовѣстности, больные; люди способные на преступленіе. Нельзя позвать въ судъ свидѣтелемъ ни короля, ни рабочаго низшаго класса, ни ученика, ни аскета, отрѣшеннаго отъ всѣхъ мірскихъ отношеній, ни человекъ въ скорби, ни пьянаго, ни сумасшедшаго, ни человекъ въ гнѣвѣ, ни вора, ни голоднаго, ни жаждущаго, ни влюбленнаго, ни старика, ни ребенка, ни занимающагося запрещеннымъ дѣломъ, ни человекъ, имѣющаго жестокое ремесло, ни человекъ, вполне зависимаго. Ману отвергаетъ короля, ибо онъ, не говоря уже о возвышенномъ значеніи судьи, не долженъ быть въ толпѣ подданныхъ; отвергаетъ ученика, ибо онъ еще легкомысленъ по характеру; старика, ибо его органы чувствъ черезчуръ ослаблены; аскета, ибо отрѣшенность отъ міра лишила его пониманія интересовъ гражданской жизни; влюбленнаго, ибо его душа не находится въ спокойномъ состояніи; человекъ голоднаго и жаждущаго, ибо нужда дѣлаетъ его доступнымъ подкупу. Свидѣтельство одного признается, по Ману, недостаточнымъ доказательствомъ. Опредѣливъ способы призыва и причины отводовъ свидѣтелей, Ману преподаетъ судьямъ совѣты для веденія дѣла. Такъ какъ процессъ былъ устный и составительный, то судья предлагается открывать, при помощи внѣшнихъ признаковъ мысли, то, что происходитъ въ душѣ свидѣтеля, при помощи звука его голоса, манеры держаться, взглядовъ и т. д.; ибо по манерамъ, словамъ, движеніямъ глазъ и лица можно отгадать внутреннюю работу духа. Это постановленіе замѣчательно. Мотивы его тѣ же,

которые служатъ однимъ изъ главныхъ основаній для начала устной въ современномъ уголовномъ процессѣ. Индѣйскій комментарий на это постановленіе Ману говоритъ слѣдующее: «Тѣ, которые переступаютъ съ одного мѣста на другое, облизываютъ языкомъ углы рта, лицо которыхъ покрывается потомъ и мѣняется въ цвѣтъ, которые отвѣчаютъ медленно, голосомъ дрожащимъ и обрывающимся, шевелятъ губами и не отвѣчаютъ ни голосомъ, ни взглядомъ и которые произвольно проявляютъ подобныя измѣненія въ дѣятельности духа, тѣла и голоса, тѣ подозрѣваются въ лживости жалобы или свидѣтельства». Далѣе, судья не долженъ обращать вниманія на свидѣтельство того, кто показываетъ подъ вліяніемъ какого-нибудь мотива. Онъ не долженъ давать никакой вѣры свидѣтельству, побужденіе котораго—дружба, страхъ, вражда, гнѣвъ и т. п. Судья долженъ принять показаніе большинства, если свидѣтели раздѣлились; если они подѣлились поровну, онъ долженъ принять показаніе тѣхъ, которые отличаются достоинствомъ; если они все достойны—отдавать предпочтеніе рожденнымъ отъ первыхъ трехъ классовъ. Еще замѣчательнѣе постановленія о доказательствахъ, содержащіяся въ индѣйской книгѣ законовъ *Naradiya Dharmasastra*, относящейся ко времени отъ IV до V в. по Р. Х., слѣдовательно, представляющей результатъ тысячелѣтняго развитія началъ Ману Joly, *Naradiya Dharmasastra London*. 1876, переводъ Нарады). Нарада заявляетъ, что письменныя доказательства и свидѣтели—два средства, къ которымъ слѣдуетъ прибѣгать для опредѣленія спорныхъ фактовъ» (§ 4). «Законъ основывается на истинѣ; спорное дѣло зависитъ отъ показаній свидѣтелей: поведеніе сторонъ дѣлается яснымъ на судѣ; рѣшеніе короля зависитъ отъ его усмотрѣнія» (12). Порядокъ суда описанъ такимъ образомъ: «Сначала спорщики являютъ предъ судомъ; излагается ихъ споръ; затѣмъ начинается допросъ; наконецъ дается рѣшеніе» (32). Судъ долженъ вестись съ соблюденіемъ священныя и свѣтскихъ правилъ; когда между ними сказывается разногласіе, отдается предпочтеніе правиламъ священнымъ. «Законъ повелѣваетъ руководствоваться логикою, когда священныя правила не могутъ быть применены; ибо, въ судебномъ дѣлѣ, доказательства имѣютъ болѣе рѣшительное значеніе, чѣмъ законъ, и имѣютъ преимущество» (35). Мысль этого правила та, что доказательства въ дѣлѣ выше правилъ о силѣ доказательствъ. «Никто не можетъ измѣнять обвиненія, которое онъ представилъ въ судъ; кто перемѣняетъ основанія своего первоначальнаго обвиненія, проигрываетъ дѣло» (51). Нарада объявляетъ, что, по окончаніи дѣла, доказательства уже не имѣютъ значенія. «Даже ложныя показанія обсуждаются, если они сдѣланы во-время, но что осталось несказаннымъ, не имѣетъ силы, хотя-бы оно было справедливо» (57). Королю предписывается различать истину и ложь. «Есть люди, ложно показывающіе изъ корысти; есть и другіе порочные люди, которые изготовляютъ фальшивыя докуменцы» (62). «Поэтому документы и свидѣтели должны быть старательно обслѣдованы королемъ, первые по ихъ состоянію, вторые по содержанію ихъ показаній» (63). «Есть искусные люди, поддѣлывающіе почеркъ

другихъ; поэтому тожество почерка не есть достовѣрное доказательство» (64). «Лжецы могутъ имѣть видъ правдивыхъ людей и правдивые люди могутъ показаться лжецами. Люди вообще представляются въ самомъ различномъ видѣ; поэтому, нужна осторожность¹⁾. Необходимо точно изслѣдовать факты, хотя-бы они и случились на глазахъ у изслѣдователя». Нарада даетъ довольно подробныя правила объ условіяхъ достовѣрности доказательствъ; приводимъ изъ этихъ правилъ только нѣкоторыя: «Если существуетъ сомнѣніе насчетъ подлинности документа, она должна быть доказана почеркомъ самой стороны, доказательствами контракта, изложеннаго въ томъ документѣ, характерными знаками и логическими заключеніями». Въ другой статьѣ Нарады сказано, что документъ стоитъ выше свидѣтелей. О свидѣтеляхъ находимъ въ этомъ интересномъ сборникѣ слѣдующія положенія: «Въ сомнительныхъ случаяхъ, въ спорѣ двухъ сторонъ, факты должны быть опредѣлены показаніемъ свидѣтелей о томъ, что они видѣли, слышали или узнали. Тотъ долженъ считаться свидѣтелемъ, кто воспринялъ что-нибудь своими ушами или глазами; ушами, если совершившій дѣяніе говорилъ, глазами, если онъ совершилъ какое-либо дѣяніе». Слѣдуетъ вычисленіе лицъ, неспособныхъ быть свидѣтелями: «тотъ, кто является безъ зова давать показанія, считается, по законамъ, шипономъ; онъ недостоинъ быть свидѣтелемъ». Нарада содержитъ въ себѣ постановленія и объ уликахъ. «Мудрецъ указалъ шесть случаевъ, въ которыхъ свидѣтели не имѣютъ мѣста; очевидныя знаки замѣняютъ въ этихъ случаяхъ показанія свидѣтелей (29, V). Поиманный съ огнемъ въ рукахъ, очевидно, есть поджигатель; поиманный съ орудіемъ въ рукахъ—убійца; если мужчина и чужая жена играли волосами другъ друга, то этотъ мужчина—предлюбодѣй. Кто расхаживаетъ съ дубиною, тотъ разрушитель мостовъ; кто носитъ съ собою топоръ, тотъ порубщикъ. Кто покрытъ знаками, напр., кровяными, тотъ преступникъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ свидѣтели излишни. Только въ послѣднемъ случаѣ, касающемся насилія, необходимо точное изслѣдованіе. Иной можетъ покрыть себя знаками для того, чтобы повредить врагу. Слѣдовательно, люди острой наблюдательности должны разслѣдовать такіе случаи». Нарада лишаетъ, подобно Ману, большую категорію лицъ права свидѣтельствовать. Лживыми свидѣтелями, между прочимъ, признаются слѣдующіе: «Кто, угнетенный сознаніемъ своей виновности, смотритъ какъ бы больнымъ, постоянно переходитъ съ мѣста на мѣсто и бѣгаетъ за каждымъ; кто кашляетъ безъ всякой причины, вздыхаетъ, двигаетъ ногами¹⁾, какъ будто ими шипеть, машетъ руками; кто мѣняется въ лицѣ; чье лицо потѣветъ, а губы сохнутъ; кто смо-

¹⁾ При этомъ дается слѣдующее поэтическое сравненіе: «The sky seems to be a roof, and fire-fly appears to be a fire; yet there is no roof to the atmosphere, nor fire in fire-fly». «Небо кажется сводомъ, а свѣтящаяся муха—огнемъ; но въ атмосферѣ нѣтъ свода и нѣтъ огня въ свѣтящейся мухѣ».

²⁾ «Я всегда, говорилъ одинъ адвокатъ Стивену (Indian Evidence Act, p. 43), имѣю обыкновеніе смотрѣть на ноги свидѣтеля, при перекрестномъ допросѣ. Я замѣтилъ, что какъ только свидѣтели начинаютъ врать, они всегда переминаются съ ноги на ногу».

тришь вверхъ и по сторонамъ; кто много болтаетъ безъ удержку, какъ человѣкъ въ спѣхѣ, отвѣчаетъ безъ спросу. Однако, всѣ эти лица, а также рабы и тому подобные люди, тѣмъ не менѣе должны быть допускаемы къ свидѣтельству, при чемъ ихъ показанія должны быть надлежащимъ образомъ оцѣниваемы. Если свидѣтели разногласятъ, то показаніе большинства рѣшаетъ дѣло; если свидѣтели подѣлились поровну, то отвѣтчикъ освобождается». Здѣсь мы уже видимъ проявленіе принципа: *in dubio mitius*. Объ уликахъ мы находимъ слѣдующія правила; «Если корова или какая-либо другая собственность пропала, то пусть опытные люди изыскиваютъ слѣды вора. Если слѣды ведутъ къ деревнѣ, или къ пастбищу, или къ пустырю, то этотъ участокъ долженъ возмѣстить украденное, если слѣды не идутъ далѣе отъ участка. Если слѣдъ занесенъ, или прерванъ углубленіемъ, или слѣдами другихъ людей, то отвѣчаютъ деревня или пастбище, находящіяся въ ближайшемъ разстояніи. Если найдены слѣды двухъ человѣкъ по одной и той же дорогѣ, то изъ двухъ, въ большинствѣ случаевъ, оказывается преступникомъ тотъ, кто уже прежде обвинялся въ другихъ преступленіяхъ, или кто бываетъ въ дурномъ обществѣ».—Мы привели всѣ эти выписки изъ Ману¹⁾ и Наряды для того, чтобы показать, что общія положенія о силѣ доказательствъ—весьма древняго происхожденія, что въ этомъ дѣлѣ европейская формальная теорія доказательствъ почти ничего новаго не сказала. Европейскій прогрессъ въ развитіи ученія о доказательствахъ замѣчается не въ общихъ положеніяхъ о силѣ ихъ, ибо эти положенія представляютъ просто начала логики, а въ научномъ доказываніи фактовъ, все болѣе и болѣе развивающемся на судебно-медицинскомъ основаніи и естественно-научномъ. Судебная медицина, включая сюда и химію, выработала много чрезвычайно дѣйствительныхъ и точныхъ способовъ изслѣдованія. Чтобы увидѣть разницу между древне-индѣйскимъ способомъ изслѣдованія истины и современнымъ европейскимъ, нужно вспомнить, что въ Индіи примѣнялись еще ордалии, въ Европѣ судебно-медицинское установленіе фактовъ все болѣе и болѣе преуспѣваетъ. Справедливость, однако, требуетъ замѣтить, что и въ Нарядѣ встрѣчаются уже попытки установить судебно-медицинскіе признаки нѣкоторыхъ фактовъ. Такъ, говоря о томъ, что только сильный мужчина имѣетъ право на выборъ дѣвушки въ жены, Нарада описываетъ признаки крѣпкаго тѣлосложенія, и, между прочимъ, говоритъ: «Если экскременты мужчины не тонуть, а держатся на поверхности воды, если его сѣмя и моча пѣнятся, онъ имѣетъ характеристическіе признаки мужской силы; въ противномъ случаѣ, онъ—импотентъ» (XII, 11).

Результатъ нашего разсужденія по поводу поставленнаго во-

1. Въ законѣ Гамураби также встрѣчаются правила о доказательствахъ (ордалии, свидѣтели, присяга), ясно показывающія, что, наряду съ ордаліями, уже дѣйствовали правила о доказательствахъ, основанныхъ на опытѣ. (См. *Namurabi's Gesetz*, von I. Kohler und F. Peiser, 1904).

проса: «на сколько формальная теорія доказательствъ представляетъ результатъ вѣкового опыта?»—сводится къ слѣдующимъ мыслямъ. Нѣтъ никакого сомнѣнiя, что общiя положенiя о силѣ доказательствъ составляютъ плодъ вѣковыхъ наблюденiй человѣчества. Но формальная теорія съ одной стороны, никогда ихъ не выражала съ истоощающею полнотою; съ другой стороны, общiя положенiя о силѣ доказательствъ, на сколько они прямо чего-нибудь не воспрещаютъ, представляютъ логическiя положенiя общечеловѣческаго опыта. Прочтя любую изъ приведенныхъ нами формальныхъ теорiй доказательствъ, можно убѣдиться, что ихъ положенiя, по существу своему—данныя ежедневнаго опыта. О нихъ по всей справедливости, можно сказать словами Фауста: «Was man nicht weiss, das eben braucht man; und was man weiss, kann man nicht brauchen». (Что намъ неизвѣстно, въ томъ именно мы и нуждаемся; а что намъ извѣстно, въ томъ мы и не нуждаемся). Что-же касается содержанiя логики уголовного процесса, какъ метода изслѣдованiя истины, то она—предметъ юридической науки. Собраны ли и разработаны ли доказательства, съ соблюденiемъ правилъ, установленныхъ закономъ для обезпеченiя истины, это—вопросъ, разрѣшенiе котораго предполагаетъ специальныя знанiя.

Обратимся теперь ко второму изъ постановленныхъ нами вопросовъ. 2) Представляетъ-ли англiйская теорія судебныхъ доказательствъ правила о силѣ послѣднихъ? Англiйскую теорiю доказательствъ мало знаютъ и много хвалятъ. Во всякомъ случаѣ ее гораздо больше рекомендуютъ, чѣмъ изучаютъ. Изъ этого незнакомства и происходитъ, что въ ней видятъ какое-то замѣчательное собранiе правилъ, обезпечивающихъ истину; о ней говорятъ съ какою-то завистью, какъ о чемъ-то, очень желательномъ для всякаго законодательства. Нѣтъ никакого сомнѣнiя, что сочиненiя о доказательствахъ въ англiйской литературѣ отличаются богатствомъ идей, тонкостью наблюденiй и трезвостью взглядовъ. Но, для правильной оцѣнки англiйской теорiи доказательствъ, нужно обратить вниманiе на то, что эта теорія, говоря вообще, не содержитъ въ себѣ правилъ о силѣ доказательствъ. Англiйская теорія доказательствъ есть методъ изслѣдованiя истины, а не совокупность правилъ, опредѣляющихъ напередъ признаки достовѣрности. Въ этомъ отношенiи она можетъ быть названа просто логикой уголовного процесса, теорiей, опредѣляющею методъ разработки доказательствъ. Общiй обзоръ англiйской теорiи доказательствъ (evidence) подтвердитъ справедливость этого положенiя.

Правила о доказательствахъ, law of evidence, по опредѣленiю Стивена (A digest of the law of evidence, 1877, p. IX), есть часть процесса, рѣшающая слѣдующiе вопросы:

- 1) Какiе факты должны быть доказываемы?
- 2) Какого рода доказательства могутъ быть представляемы для подтвержденiя фактовъ, подлежащихъ доказанiю?
- 3) Кѣмъ и въ какомъ видѣ должны быть представляемы до-

казательства, коими подтверждаются искомые факты (facta probanda)?

Что касается первого вопроса, то рѣшеніе его опредѣляетъ границы судебного изслѣдованія, thesis probanda. Такое опредѣленіе thesis probanda не есть какая-то особенность англійской теоріи доказательствъ. Въ каждомъ законодательствѣ эти предѣлы устанавливаются съ точностью уже тѣмъ, что судъ разслѣдуетъ отдѣльное преступленіе, имѣющее свой составъ. Въ англійской теоріи доказательствъ, ученіе о thesis probanda извѣстно подъ названіемъ ученія объ относимости фактовъ (relevancy) къ дѣлу. Факты, подлежащіе доказыванію, раздѣляются на двѣ категоріи: 1) факты, составляющіе предметъ самаго иска — facts in issue, и 2) факты, отъ существованія которыхъ могутъ быть дѣлаемы заключенія къ спорнымъ фактамъ (facts relevant to the issue). Англійская теорія доказательствъ исключаетъ четыре категоріи фактовъ изъ разряда двухъ упомянутыхъ классовъ thesis probanda. Къ relevant facts относятся:

а) Факты подобные, но специфически несвязанные между собою (Res inter alios actae) ¹⁾.

б) Фактъ, что лицо, невызванное въ свидѣтели, подтверждаетъ какое-либо обстоятельство (свидѣтельство по слуху, hearsay) ²⁾.

в) Фактъ, что какое-либо лицо держится мнѣнія, что данное обстоятельство существуетъ, или не существуетъ (мнѣніе, opinion) ³⁾.

г) Фактъ, что репутація лица такова, что дѣлаетъ предполагаемое его поведение вѣроятнымъ или невѣроятнымъ (character).

Всѣ эти четыре правила допускаютъ весьма важныя исключенія, которыя и поименовываются въ law evidence. Каждый согласится, что первая категорія правилъ англійской теоріи доказательствъ, по континентальному воззрѣнію, собственно относится къ процессу, такъ-какъ она опредѣляетъ границы судебного изслѣдованія—предметомъ самаго спора и степенью связи какихъ-либо фактовъ съ составными элементами этого спора. Конечно, точное опредѣленіе thesis probanda придаетъ англійскому процессу отчетливость, опредѣленность и простоту. Но такое обозначеніе предѣловъ процессуальнаго изслѣдованія относится къ логикѣ уголовного процесса. Въ развѣтвленіяхъ своихъ, ученіе объ относимости фактовъ даетъ, конечно, драгоценныя указанія, опредѣляетъ ближайшимъ образомъ соотвѣтствующіе источники достовѣрности, но сила доказательствъ этимъ вовсе не предустанавливается. Она только косвенно намѣчается допустимостью даннаго источника достовѣрности, связью его съ предметомъ изслѣдованія.

Второй вопросъ въ ученіи о law of evidence рѣшается правилами о томъ, какими доказательствами должна быть доказываема

¹⁾ Дѣло, производившееся между другими (inter alios), не имѣетъ отношенія къ разсматриваемому, хотя бы оно и было подобно.

²⁾ Свидѣтель, показывающій, на судѣ, по слуху отъ другихъ, передаетъ чужое показаніе. На судѣ является, такимъ образомъ, показаніе лица, не вызваннаго въ качествѣ свидѣтеля.

³⁾ Свидѣтели на судѣ даютъ только факты.

thesis probanda. Нѣкоторые факты вовсе не нуждаются въ доказательствахъ, ибо они общеизвѣстны, поэтому судъ ограничивается справкою, «takes judicial notice of them», судъ ихъ знаетъ. Всякій фактъ, нуждающійся въ удостовѣреніи, можетъ быть доказанъ устнымъ или письменнымъ доказательствомъ. Въ этомъ отдѣлѣ излагается ученіе о различныхъ видахъ доказательствъ, которые одни и тѣ-же повсюду, у всѣхъ народовъ.

Третій вопросъ въ law of evidence разрѣшается правилами о томъ, кто представляетъ доказательства и какой способъ доказыванія долженъ быть примѣненъ? Сюда относится ученіе о бремени доказыванія, о допросѣ, ученіе о допустимости свидѣтелей, о способѣ изслѣдованія ихъ достовѣрности. Конечно, вопросъ о допустимыхъ свидѣтеляхъ есть вопросъ изъ ученія о доказательствахъ, но весь вообще настоящій отдѣлъ относится къ логикѣ уголовного процесса, такъ-какъ въ немъ опредѣляются способы пользованія доказательствами.—Вотъ и все существеннѣйшее содержаніе англійской теоріи доказательствъ¹⁾. Правиль о силѣ доказательствъ она въ себѣ не содержитъ, хотя многія условія достовѣрности тѣхъ или другихъ доказательствъ сами собою вытекаютъ изъ логики уголовного процесса. Но это не составляетъ особенности англійскаго законодательства, а касается свойствъ разработки процесса, на практикѣ, судьями и учеными юристами. Опредѣленіе силы допущенныхъ судомъ доказательствъ всецѣло отдано присяжнымъ, ихъ свободному убѣжденію. «Что касается до количества (quantity of evidence) доказательствъ, необходимыхъ для подтвержденія или отрицанія факта, замѣчаетъ Бэстъ (Principles of the Law of evidence, p. 744), то этотъ вопросъ разрѣшается принципомъ, что законъ не устанавливаетъ напередъ опредѣленнаго количества доказательствъ». И одинъ свидѣтель можетъ вполне удовлетворить присяжныхъ. Ponderantur testes, non numerantur. Это отсутствіе правилъ о силѣ доказательствъ было давно особенностью англійскаго права, въ то время, когда въ Европѣ господствовала формальная теорія доказательствъ, создавшая особый родъ механическихъ рѣшеній по числу доказательствъ и независимо отъ ихъ дѣйствительнаго вѣса. Изъ правила о томъ, что, по англійскому праву, не требуется узаконеннаго числа свидѣтелей, дѣлаются нѣкоторыя исключенія, именно: по дѣламъ о высокой измѣнѣ (high treason) никто не можетъ быть обвиняемъ, судимъ или осужденъ, какъ только на основаніи двухъ компетентныхъ свидѣтелей, давшихъ свои показанія подъ присягою; далѣе, по дѣламъ о клятвopеступленіи, если имѣется одинъ только свидѣтель, и показаніе его не подтверждено обстоятельствами, то подсудимый имѣетъ право быть оправданнымъ²⁾. Но хотя

¹⁾ Всѣ вообще правила Law of evidence могутъ быть названы правилами о допустимости (admissibility) доказательствъ. Но въ каждомъ уголовно-процессуальномъ кодексѣ имѣются наставленія о допустимости уголовныхъ доказательствъ. О допустимости доказательствъ судятъ судьи, о силѣ допущенныхъ доказательствъ—присяжные засѣдатели.

²⁾ Stephen, A digest of the law of evidence, 7 th ed., 1906, Art 122: «In trials for high treason, or misprision of treason, no one can be indicted, tried, or

англійское право и требуетъ, въ этихъ случаяхъ, у з а к о н е н н а г о доказательства, но этимъ оно не создаетъ формальной теоріи доказательствъ, въ положительномъ смыслѣ этого слова. Присяжные, въ упомянутыхъ случаяхъ, не имѣютъ права осудить человѣка безъ законнаго количества доказательствъ; но они не обязаны осудить его, хотя-бы и имѣлось большое число свидѣтелей, ибо свободная оцѣнка показаній этихъ послѣднихъ составляетъ ихъ неотъемлемое право. Такимъ образомъ, упомянутыя исключительныя правила о числѣ свидѣтелей составляютъ правило, которое на континентѣ было-бы наименовано отрицательною теоріей доказательствъ. Изъ сказаннаго объ англійскомъ law of evidence ясно, что правила его составляютъ начала, опредѣляющія представленіе и эксплоатацию уголовныхъ доказательствъ. Понятно, что не правиламъ о силѣ доказательствъ обязана Англія хорошимъ судопроизводствомъ, а многимъ условіямъ, въ томъ числѣ—отчетливому примѣненію принциповъ судопроизводства, построеннаго на устности и состязательности. Самый способъ изслѣдованія доказательствъ на судѣ таковъ, что содѣйствуетъ простотѣ и отчетливости производства. По этому порядку все судебное слѣдствіе распадается на два слѣдствія: обвинительное и защитительное.

Обвинитель открываетъ свое обвиненіе рѣчью, въ которой онъ обозрѣваетъ свои доказательства. Обвинитель допрашиваетъ своихъ свидѣтелей, подвергающихъ затѣмъ перекрестному допросу и передопросу.

Защитникъ открываетъ свою защиту рѣчью, въ которой обозрѣваетъ свои доказательства. Защитникъ допрашиваетъ своихъ свидѣтелей, которые потомъ могутъ быть перекрестно допрошены и передопрошены.

Обвинитель дѣлаетъ реплику.

Доказательства, такимъ образомъ, располагаются въ двѣ группы: обвинительную и защитительную; такая правильная группировка придаетъ всему обсужденію дѣла простоту и ясность¹⁾.

attained (unless he pleads guilty), except upon the oath of two lawful witnesses, either both of them to the same overt act, or one of them to one and another of them to another overt act of the same treason. If two or more distinct treasons of divers heads or kinds are alleged in one indictment, one witness produced to prove one of the said treasons and another witness produced to prove another of the said treason are not deemed to be two witnesses to the same treason within the meaning of this article... If upon a trial for perjury the only evidence against the defendant is the oath of one witness, contradicting the oath on which perjury is assigned and if no circumstances are proved which corroborate such witness, the defendant is entitled to be acquitted.

1) Въ своемъ сочиненіи «Судъ присяжныхъ» мы доказывали очень подробно, что англійскій порядокъ веденія судебного слѣдствія отличается цѣлесообразностью. Рѣчи сторонъ, предпосылаемыя слѣдствіемъ обвинительному и защитительному, представляютъ какъ-бы конспекты того, что должно воспослѣдовать на самомъ слѣдствіи. Понятно, что сторона въ этой рѣчи будетъ стараться о томъ, чтобы, въ краткомъ очеркѣ, приготовить присяжныхъ къ разсмотрѣнію доказательствъ. Сторонѣ желательно будетъ возбудить вниманіе присяжныхъ, намѣтить тѣ пункты, которые она постарается сейчасъ доказать. Такимъ образомъ, поддерживается постоянная связь между эксплоатацией доказательствъ и преніями

Рѣчи сторонъ, крѣпко привинченныя къ представленію доказательствъ, этимъ отрезаются и удерживаются въ предѣлахъ фактическаго изслѣдованія¹⁾. Хорошо выработанное и строго соблюдаемое учение о границахъ *thesis probanda* упрощаетъ процессъ, избавляетъ его отъ уклоненій, не только запутывающихъ дѣло, но и нерѣдко вводящихъ присяжныхъ въ заблужденіе. Далѣе, при старательной разработкѣ юристами логики уголовного процесса, получается много положеній, косвенно опредѣляющихъ силу доказательствъ. Но это—правила методологическія, а не приблизительныя обобщенія, возведенныя актомъ законодателя въ обязательныя правила. Такъ, правило о томъ, что въ каждомъ дѣлѣ должно быть представлено лучшее доказательство, какое только возможно по природѣ дѣла, есть положеніе, почеркнутое изъ метода изслѣдованія. Второстепеннымъ доказательствомъ (*secondary evidence*) въ противоположность источнику (*primacy*), называется такое, которое допущено, вслѣдствіе доказаннаго неимѣнія первоначальнаго. Лучшимъ доказательствомъ содержанія документа есть самый документъ. Но если его нѣтъ, если онъ не можетъ быть добытъ, то его содержаніе позволено удостовѣрить другими доказательствами, какими—не опредѣляется, такъ какъ степеней второстепеннаго доказательства не существуютъ.

Понятно, однако, что, смотря по свойству этого второстепеннаго доказательства, будетъ разсматриваться и степень доказанности содержанія документа. Такимъ образомъ, это не правило о силѣ доказательствъ, а начало, вытекающее изъ принципа: лучше изслѣдовать источники, чѣмъ притокки.—Далѣе, свидѣтельство, напр., по слуху, не допускается, какъ доказательство производное (со вторыхъ рукъ, *secondhand evidence*), по чисто методологическимъ соображеніямъ. Свидѣтельство, передаваемое по слуху, есть собственно безприсяжное свидѣтельство; сверхъ того, заинтересованная сторона не можетъ перекрестно допросить свидѣтеля, отъ котораго слухъ передается на судѣ.—Такъ, оказывается, по разсмотрѣніи дѣла, что англійская теорія доказательствъ не есть собраніе законовъ о силѣ доказательствъ, а совокупность принциповъ допустимости доказательствъ и способовъ изслѣдованія фактовъ. Принципы эти относятся къ логикѣ уголовного процесса и потому должны имѣть силу вездѣ, гдѣ начала устнаго и состязательнаго судопроизводства нашли свое право гражданства.

сторонъ. Заключительныя пренія сторонъ въ русскомъ уголовномъ судѣ, оторванныя отъ разбора доказательствъ, легко уклоняются въ сторону отъ фактовъ судебного слѣдствія.

¹⁾ Миттерманъ, *Goldammer's Archiv*, Bd. VI, S. 157, между прочимъ, замѣчаетъ о преніяхъ сторонъ въ англійскомъ процессѣ: «На характеръ судебного слѣдствія въ Англіи и пренія сторонъ, рѣшающимъ образомъ влияют строго соблюдаемый принципъ, что стороны должны приводить только то, что можетъ считаться доказательствомъ. Увѣренія обвинителя, что онъ «глубоко убѣжденъ» въ виновности подсудимаго и, *vice versa*, трогательныя утвержденія защиты о степени ея глубокой убѣжденности въ невинности подсудимаго не могутъ имѣть мѣста въ англійской судебной рѣчи. Если и бывають такіе случаи, то, судья, въ своемъ заключительномъ словѣ, непременно выскажетъ строгое порицаніе неумѣстной декламации ораторовъ.

3) Принципъ «внутренняго убѣжденія». Изъ всего изложеннаго на предшествовавшихъ страницахъ ясно, что принципъ «внутренняго убѣжденія» есть единственно правильное начало для опредѣленія отношенія законодательства къ доказательствамъ. Законодательство не въ состояннн и не должно напередъ опредѣлять силу доказательствъ; оно должно предоставить это свободному убѣжденію судей, будутъ-ли это ученые судьи, или присяжные засѣдатели. «Внутреннее убѣжденіе, какъ критерій, опредѣляющій отношеніе закона къ доказательствамъ, было уже довольно выразительно опредѣлено въ римскомъ правѣ. Извѣстно, что во времена римской республики¹⁾, при господствѣ *Quaestiones perpetuae*, отчасти напминающихъ судъ присяжныхъ, не было никакихъ правилъ о силѣ доказательствъ. Свобода судейскаго убѣжденія ничѣмъ не была связана, и она проявлялась съ большою несдержанностью, если взять во вниманіе, что, во время *Quaestiones perpetuae*, обращалось преимущественное вниманіе на личность и характеръ подсудимаго. Правда, въ императорскій періодъ, начало вырабатываться нѣчто въ родѣ законной теоріи доказательствъ, но отрицательной и довольно скудной по содержанию. Основнымъ же принципомъ для сужденія о силѣ доказательствъ считалось внутреннее убѣжденіе судьи. Въ рескриптѣ Гадріана этотъ принципъ высказанъ вполне опредѣленно: «*Quae argumenta ad quem modum probanda cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris*». Въ англійскомъ процессѣ, принципъ внутренняго убѣжденія, какъ мѣрило силы доказательствъ, существовать издревле, и въ то время, какъ въ Европѣ господствовали тайный и письменный процессъ, Англія имѣла уже прочно сложившееся учрежденіе жюри. Во время великой французской революціи, начала уголовного процесса были измѣнены, и принципъ внутренняго убѣжденія (*intime conviction*) былъ провозглашенъ, послѣ того какъ формальная теорія доказательствъ признана не только нелѣпою, но и прямо вредною, обезсиливающею правосудіе и опасною для невиннаго. Извѣстна инструкція, которую прочитываетъ присяжнымъ ихъ старшина, на основаніи 342 *Code d'instruction criminelle*, и которая, кромѣ того, виситъ на видномъ мѣстѣ въ совѣщательной комнатѣ: «*La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles des quelles ils doivent faire patriculièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux même dans le silence et le recueillement, et chercher dans la sincerité de leur conscience, quelle impression ont sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: V o u s*

¹⁾ См. Цумпгъ, *Der Criminalprozess der römischen Republik*, p. 247, также Geib, *Geschichte des römischen Criminalprozess bis zum Tode Justinians*, p. 610 и слѣд.

tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; elle ne leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès verbal, de tant de témoins ou de tant d'indices; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: Avez vous une intime conviction?» «Законъ не требуетъ отъ присяжныхъ отчета въ данныхъ, послужившихъ основаніемъ для ихъ убѣжденія; онъ имъ не предписываетъ правилъ въ руководство при опредѣленіи полноты и достаточности доказательствъ; законъ предписываетъ имъ, чтобы они, духовно сосредоточившись, изслѣдовали, въ глубинѣ своей совѣсти, вопросъ: какое впечатлѣніе произвели на ихъ разумъ доказательства, представленныя противъ обвиняемаго, и данныя его защиты? Законъ не говоритъ имъ: «Вы будете считать истиннымъ фактъ, удостовѣренный такимъ и такимъ-то числомъ свидѣтелей»; онъ имъ также не говоритъ: «Вы не будете считать достаточно подтвержденнымъ фактъ, который не представляетъ такого-то протокола, такихъ-то документовъ, такого-то числа свидѣтелей и уликъ; онъ имъ ставитъ одинъ только вопросъ, исчерпывающій всю мѣру ихъ обязанностей: имъ вѣтели вы внутреннее убѣжденіе?—Этимъ объявляется упраздненной всякая положительная и отрицательная формальная теорія доказательствъ. Трудно картиннѣе и вмѣстѣ съ тѣмъ точнѣе выразить, что мѣрило достовѣрности фактовъ на судѣ есть свободное убѣжденіе судьи. *Forum conscientiae est forum verae justitiae!*

Нельзя, однако, не признать, что именно выписанная нами французская статья и послужила основаніемъ для смутной идеи, крѣпко связавшейся съ учрежденіемъ присяжныхъ,—будто присяжные обладаютъ какимъ-то инстинктомъ правды. Эта-же смутная идея составляетъ, быть можетъ, подпочву, и того взгляда, что присяжные имѣютъ право дѣйствовать совершенно произвольно и даже милловать, когда имъ это угодно. Мы, конечно, не станемъ здѣсь вдаваться въ избытныя разсужденія о томъ, что присяжные, рѣшая дѣло по внутреннему убѣжденію, должны имѣть въ виду положительныя основанія, доказательства для вердикта¹⁾. Историческій опытъ показываетъ, что гдѣ учрежденіе присяжныхъ выросло и окрѣпло, тамъ не говорятъ объ инстинктѣ, а о доказательствахъ, какъ необходимыхъ основаніяхъ судебного приговора. Даже римскій обвинительный процессъ, гдѣ неограниченность произвола судей (*judices*) достигла крайнихъ предѣловъ, привелъ, въ концѣ концовъ, къ мысли о необходимости выработать нѣкоторыя правила о силѣ доказательствъ въ руководство судьямъ. Уже во время республики, въ апогеѣ развитія *Quaestiones perpetuae*, пробивалась иногда мысль, что суду необходимо руководствоваться нѣкоторыми правилами о силѣ доказательствъ. «Что одинъ свидѣтель, говоритъ Цумпфъ (*ib.*, p. 371),—недостаточное доказательство,

¹⁾ Сказаннымъ не исключается, однако, психологическое значеніе общаго впечатлѣнія при образованіи убѣжденія присяжныхъ.

это замѣчали уже старые юристы, но римлянамъ и въ голову не приходило сдѣлать изъ этого положенія законное постановленіе. Когда знаменитый римскій юристъ Сцевола явился единственнымъ свидѣтелемъ противъ подсудимаго въ одномъ уголовномъ дѣлѣ, то онъ закончилъ свое показаніе напоминаніемъ присяжнымъ, что нельзя осуждать человѣка на основаніи единого свидѣтельскаго показанія». Вообще, приговоръ римскихъ присяжныхъ былъ во всѣхъ отношеніяхъ ничѣмъ неограниченъ и совершенно справедливо замѣчаетъ Цицеронъ, что власть боговъ передана присяжнымъ, или, по крайней мѣрѣ, послѣдніе ее дѣляютъ съ богами».

4) Теорія доказательствъ въ Уставѣ Уголовнаго Судопроизводства Императора Александра II.

Къ числу главныхъ началъ нашего нынѣшняго уголовного судопроизводства, принятаго въ Уставѣ угол. судопроизводства 20 ноября 1864 года, отнесено слѣдующее: «Теорія доказательствъ, основанная единственно на ихъ формальности, отмѣняется. Правила о силѣ доказательствъ должны служить только руководствомъ при опредѣленіи вины или невинности подсудимыхъ по внутреннему убѣжденію судей, основанному на совокупности обстоятельствъ, обнаруженныхъ при производствѣ слѣдствія и суда». Вслѣдствіе этого начала, принятаго въ основныхъ положеніяхъ судебного преобразования, въ Уставѣ уголовного судопроизводства проведено правило, по которому судьи и присяжные засѣдатели опредѣляютъ вину или невинность подсудимаго по внутреннему убѣжденію, основанному на обсужденіи въ совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла). Принятіе этого начала за основу отношеній законодательства къ уголовнымъ доказательствамъ и опредѣляетъ сущность теоріи доказательствъ, содержащейся въ Уставѣ угол. судопр. и выражающейся въ слѣдующихъ положеніяхъ:

1) Опредѣленія закона о силѣ доказательствъ отмѣнены.

Опытъ нашего прежняго слѣдственнаго и письменнаго процесса убѣдилъ законодателя, что формальная теорія доказательствъ не обезпечиваетъ изслѣдованія истины на судѣ. Вотъ какъ описываютъ мотивы къ Уставу угол. судопр. (т. II изд. госуд. канцел., стр. IV) формальную теорію доказательствъ: «Въ уголовномъ судопроизводствѣ по своду 1857 г. принята теорія доказательствъ, основанная единственно на ихъ формальности. Она требуетъ, для осужденія виновныхъ, совершеннаго доказательства, которое исключало бы всякую возможность къ показанію невинности подсудимаго. Такое условіе, несогласное со свойствомъ уголовно-юридической достовѣрности, которая не можетъ имѣть характера математической несомнѣнности, почти неисполнимо и крайне стѣснительно для совѣсти судьи.

1) Общегерманское уголовное судопроизводство 1877 г., ст. 260 гласитъ: «Ueber das Ergebniss der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht, nach seiner frein, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung», т. е. результатъ изслѣдованія доказательствъ судъ опредѣляетъ по своему свободному убѣжденію, вынесенному изъ всего судебного разбирательства.

Теорія эта, при опредѣленіи силы доказательствъ, не принимается во все въ расчетъ личнаго убѣжденія судьи, и, на семь основаніи оцѣнивая доказательства не столько по ихъ убѣдительности, сколько по ихъ внѣшнимъ качествамъ, почитаетъ совершенными лишь нѣкоторые роды доказательствъ, какъ-то: личный осмотръ и удостовѣреніе свѣдущихъ людей, признаніе подсудимаго, письменные документы и показанія свидѣтелей... Послѣдствія теоріи законныхъ доказательствъ крайне неудовлетворительны. Весьма часто, не смотря на всю достовѣрность вины подсудимаго и на полное убѣжденіе, судъ, не имѣя въ виду такого доказательства, которое законъ признаетъ совершеннымъ, долженъ ограничиться оставленіемъ явнаго преступника только въ подозрѣніи, болѣе или менѣе сильнымъ. Неоднократные примѣры сего рода колебали и уничтожали въ народѣ довѣріе и уваженіе къ уголовному суду. Частныя лица, потерпѣвшія отъ преступленій не весьма важныхъ, или сами расправляются съ виновными, или оставляютъ ихъ безъ преслѣдованія, зная изъ опыта, что хлопоты и безпокойства, сопряженные съ уголовными исками, приводятъ болѣею частью только къ оставленію обвиняемыхъ въ подозрѣніи. Иногда простолюдины даже просто боятся начинать уголовный искъ, въ томъ соображеніи, что освобожденный отъ суда преступникъ можетъ, изъ мести, поджечь ихъ домъ или цѣлую деревню, какъ тому бывали примѣры. Случается, что сами полицейскіе чиновники совѣтуютъ обиженнымъ не начинать дѣла, объясняя, что, при нашемъ порядкѣ судопроизводства, безъ свидѣтелей ничего нельзя сдѣлать противъ запирающагося преступника, хотя бы даже при немъ найдено было поличное, которое ему нетрудно отвести какою-либо придуманною ложью о покупке, находкѣ и т. д.

Оставляемые въ подозрѣніи по преступленіямъ составляютъ язву общества, наполняя его множествомъ самыхъ порочныхъ людей. Правительство вынуждено принимать противъ нихъ энергическія мѣры: въ 1851 и 1853 гг. состоялись узаконенія о томъ, что мѣщане и крестьяне всѣхъ вѣдомствъ, оставленные судебными приговорами въ подозрѣніи по преступленіямъ, влекущимъ за собою лишеніе правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, когда они при томъ на повальномъ обыскѣ въ поведеніи неодобрены, переселяются въ Сибирь, если общества по большинству $\frac{2}{3}$ голосовъ не согласятся принять ихъ къ себѣ. Мѣры этого рода лучше всего свидѣтельствуютъ, въ какомъ неудовлетворительномъ состояніи находится уголовное судопроизводство: по своду 1857 г., теорія законныхъ доказательствъ приводитъ часто къ оставленію безнаказанными такихъ подсудимыхъ, которые, при лучшемъ порядкѣ судопроизводства, не избѣгнули бы осужденія,—а эта безнаказанность заставила правительство, въ заботѣ его объ охраненіи общественнаго порядка, установить наказанія для тѣхъ, которые судебною властью признаны неизобличенными въ преступленіяхъ, и такимъ образомъ отправлять судъ, во имя государства, не правительственными органами, а судомъ частныхъ обществъ... Независимо отъ сего, нельзя не замѣтить, что теорія доказательствъ, основанная лишь на ихъ формальности, имѣетъ не только тотъ недо-

статокъ, что отъ правосудія ускользаютъ опытные и искусные злодѣи: она, вмѣстѣ съ тѣмъ, не предотвращаетъ и несправедливыхъ осужденій». По всѣмъ изложеннымъ основаніямъ, принято было начало внутренняго убѣжденія для оцѣнки силы доказательствъ: оно выражено въ слѣдующихъ ст. Устава угол. судопр.: 119, 766, 804. Въ Уставѣ уголов. суд. не встрѣчается статей, опредѣляющихъ силу доказательствъ; но доказательство отвергаетъ нѣкоторыхъ свидѣтелей, показанія которыхъ, или могутъ ввести въ заблужденіе, или же могутъ идти вразрѣзъ съ интересами какой-либо институціи, въ государствѣ необходимой (ст. 704).

Разъ въ законодательствѣ принято начало «внутренняго убѣжденія», какъ мѣрило достовѣрности, весь процессъ принимаетъ характеръ, опредѣляемый этимъ началомъ. «Внутреннее убѣжденіе» вызываетъ необходимость судебнаго слѣдствія, производимаго предъ рѣшающими дѣло судьями. Это разсмотрѣніе предъ тѣми, кто рѣшаетъ дѣло, всего собраннаго доказательственнаго матеріала. При господствѣ формальной теоріи доказательствъ, судебного слѣдствія нѣтъ; судьи, рѣшающіе дѣло, живыхъ доказательствъ не видятъ; они имѣютъ только акты слѣдствія; ихъ источники—второстепенные. Судебное слѣдствіе не есть только повѣрка предварительнаго, а, напротивъ, совершенно самостоятельное изслѣдованіе истины не только по доказательствамъ, собраннымъ слѣдователемъ, но и представленнымъ сторонами на судъ. Предварительное слѣдствіе не есть даже необходимый моментъ процесса, вытекающій изъ логики послѣдняго; это требованіе практики. Центръ уголовного процесса—разсмотрѣніе доказательствъ предъ судьями, рѣшающими дѣло; предварительное слѣдствіе—просто удобство. Это высказано и въ мотивахъ къ ст. 545, по которой по нѣкоторымъ дѣламъ можетъ быть приступлено къ судебному производству и безъ предварительнаго слѣдствія. Вотъ что сказано въ этомъ мотивѣ: «Коллеціальный составъ суда можетъ способствовать лишь зрѣлому обсужденію обстоятельствъ, а отнюдь не изысканію ихъ, или такъ называемому розыску, успѣхъ котораго часто зависитъ отъ проворливости слѣдователя и отъ единства, быстроты и даже внезапности въ его дѣйствійхъ, т. е. отъ такихъ условій, которыя болѣе соотвѣтствуютъ дѣятельности одного распорядительнаго слѣдователя, чѣмъ дѣятельности цѣлаго суда, стѣсненнаго въ своихъ распоряженіяхъ разнообразіемъ взглядовъ членовъ суда на одинъ и тотъ же предметъ и самымъ механизмомъ коллегіальнаго производства. Кроме того, производство предварительнаго слѣдствія на судѣ потребовало бы по одному и тому же дѣлу многихъ засѣданій и при томъ не сряду, а по мѣрѣ открывающихся обстоятельствъ».

Но отсутствіе правилъ о силѣ доказательствъ не означаетъ, что въ нынѣшнемъ общеевропейскомъ уголовномъ процессѣ совсѣмъ нѣтъ правилъ, исключаящихъ то или другое доказательство, какъ негодный источникъ достовѣрности. По тѣмъ или инымъ основаніямъ, иногда не стоящимъ даже въ связи съ условіями правильнаго изслѣдованія матеріальной истины, законодательствомъ воспрещаются нѣ-

которыя доказательства. Здѣсь рѣчь идетъ не объ отрицательныхъ правилахъ о силѣ доказательствъ, а объ исключеніи нѣкоторыхъ доказательствъ¹⁾. Вопросъ этотъ представляетъ не мало трудностей для правильного разрѣшенія. Интересы государства, государственной службы, церкви и разныхъ учреждений вызываютъ устраненіе изъ дѣла вѣрнаго доказательства, которое могло бы пролить свѣтъ на обследованіе виновности или невиновности человѣка. Возьмемъ для примѣра ст. 704 Устава Уг. Судопр. Она гласитъ: «Не допускаются къ свидѣтельству: 1) безумные и сумасшедшіе; 2) священники—въ отношеніи къ признанію, сдѣланному имъ на исповѣди; 3) присяжные повѣренные и другія лица, исполнявшія обязанности защитниковъ подсудимыхъ—въ отношеніи къ признанію, сдѣланному имъ довѣрителями во время производства о нихъ дѣлъ». Не касаясь перваго пункта этой статьи, исключающей свидѣтелей, не имѣющихъ необходимаго для наблюденій психическаго здоровья, мы видимъ, что устраняется выдаваніе тайнъ, довѣренныхъ священнику или защитнику. Разрѣшите показанія священниковъ и защитниковъ о томъ, что имъ сообщено при исполненіи ими обязанностей, выдаваніе довѣренныхъ имъ тайнъ, и вы уничтожите возможность искренней исповѣди и правдиваго разсказа защитнику со стороны подзащитнаго. Изъ сказаннаго видно, что здѣсь получаемъ собственно двѣ причины для исключенія доказательствъ:

а) для огражденія истины исключаются нѣкоторыя доказательства, могущія ввести въ заблужденіе судъ, и

б) исключаются доказательства, допущеніе которыхъ способно погубить дѣлое учрежденіе или важный обрядъ.

Внѣ этихъ причинъ мы не видимъ основаній для исключенія доказательствъ. Въ жизни государственной и общественной легко, въ угоду тому или другому интересу, накопляются исключенія и монополіи. Но въ вопросѣ о воспрещеніи доказательствъ, ради щаженія тѣхъ или другихъ интересовъ, нужно быть скупымъ на исключенія. Поэтому мы не совсѣмъ правильнымъ считаемъ давать такое общее рѣшеніе вопросу, какое даетъ Цахаріе: «Исслѣдованіе матеріальной истины настолько должно имѣть мѣсто, насколько это совмѣстимо съ другими правовыми и моральными требованіями». Принимая во вниманіе, что матеріальная истина въ уголовномъ судѣ разслѣдуется для рѣшенія вопроса, наказывать, или нѣтъ человѣка, мы полагаемъ, что воспрещенія доказательствъ могутъ имѣть мѣсто лишь для огражденія невиновности человѣка. Лишать человѣка доказательства, спасающаго его отъ незаслуженной муки, нельзя по самому существу уголовного правосудія:—карать преступниковъ, а не людей неповинныхъ. Для спасенія невиновнаго государство должно дѣлать все, что лишь возможно, ибо всякое дѣяніе здѣсь будетъ нравственно.

2) Судебное слѣдствіе, т. е. разработка собранныхъ по дѣлу доказательствъ предъ рѣшающими судьями, основывается на трехъ началахъ, кото-

¹⁾ Prof. Beling, Die Beweisverbote, 1903, S. 1—3.

рия составляют коренные принципы теории доказательствъ, принявшей «внутреннее убѣжденіе» мѣриломъ достовѣрности.

Эти начала суть:

а) Принципъ непосредственности.

Принципъ непосредственности состоитъ въ томъ, что судья, рѣшающій дѣло, долженъ черпать доказательства изъ ихъ первоначальныхъ источниковъ, т. е. выслушивать показаніе отъ самаго свидѣтеля, обозрѣвать самыя вещественныя доказательства. Каждый посредникъ между первоначальнымъ источникомъ доказательства и судьей увеличиваетъ поводы для ошибокъ. Если свидѣтель А. показываетъ лично на судѣ, то мы можемъ быть введены имъ въ заблужденіе, которое обозначимъ цифрою 1; но если показаніе А. передается намъ не лично имъ, а В., слышавшимъ отъ него, то шансы на ошибку увеличиваются, мы уже имѣемъ $1 + 1 = 2$. Принципъ непосредственности выражается, во-первыхъ, въ началѣ устности (625 Уст. угол. судопр.), которая есть только одна сторона непосредственности, и, во-вторыхъ, въ томъ, что вещественныя доказательства обозрѣваются судьями лично (696, 689 Уст. угол. судопр.). Начало устности касается только свидѣтелей и экспертовъ, а не сторонъ. Устность сторонъ не вытекаетъ изъ доказательственного права, а есть необходимое условіе ихъ дѣятельности на судѣ.

б) Принципъ состязательности.

Онъ состоитъ въ томъ, что въ разработкѣ доказательствъ предъ рѣшающими судьями участвуютъ двѣ стороны: обвинитель и защитникъ. Состязательное разсмотрѣніе доказательствъ обезпечиваетъ всестороннее ихъ обсужденіе. Состязательность выражена въ 630 ст. Уст. угол. судопр.

в) Принципъ непрерывности.

Принципъ непрерывности (633 Уст. угол. судопр.) состоитъ въ томъ, что вниманіе судей, рѣшающихъ дѣло, не должно быть отвлекаемо для другого дѣла, дабы цѣльность впечатлѣнія, полученнаго отъ разсматриваемаго дѣла, ничѣмъ не была нарушена. Въ мотивѣ къ ст. 633 такъ очерчено начало непрерывности: «Понятіе о непрерывности суда, въ томъ смыслѣ, какой ему придаютъ нѣкоторыя иностранныя законодательства, не заключаетъ того существеннаго условія, что судъ не можетъ быть прерванъ по встрѣтившимся къ продолженію его препятствіямъ, или для собранія какихъ-либо дополнительныхъ свидѣній. Единственное условіе, которое заключается въ этомъ понятіи, состоитъ въ томъ, что не должно смѣшивать разсмотрѣніе одного дѣла съ разсмотрѣніемъ другого. Прервавъ судебное засѣданіе по одному какому-либо дѣлу и обратившись къ разсмотрѣнію другого дѣла, судъ можетъ приступить къ рѣшенію: перваго изъ нихъ не иначе, какъ по возобновленіи судебного слѣдствія съ самаго начала, не смотря на то, что часть его была уже произведена при первоначальномъ разсмотрѣніи дѣла. Условіе это есть необходимое слѣдствіе рѣшенія дѣлъ по внутреннему убѣжденію, основанному на обсужденіи въ совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла. Если судьи и присяжные должны произносить рѣше-

ніе по тому впечатлѣнію, которое произвела на нихъ вся совокупность обстоятельствъ, разобранныхъ предъ ними на судебномъ слѣдствіи, то, очевидно, что для сохраненія силы и цѣлостности этого впечатлѣнія, судебное слѣдствие должно быть производимо или непрерывно, въ буквальный смыслъ этого слова, или только съ небольшими промежутками, во время которыхъ судьи и присяжные не должны обращаться къ разсмотрѣнію другихъ дѣлъ, дабы не отвлекать своего вниманія отъ начатаго уже ими судебного слѣдствія: разсмотрѣніе въ перебивку нѣсколькихъ дѣлъ не только ослабило и раздробило бы впечатлѣніе по каждому изъ нихъ, но, сверхъ того, могло бы имѣть послѣдствіемъ смѣшеніе обстоятельствъ одного дѣла съ обстоятельствами другого».

Въ виду того, что правила о силѣ доказательствъ, по современному научному возрѣнію, не могутъ составлять предмета законодательныхъ предопредѣленій, возникаетъ вопросъ: умѣстна-ли инструкция о силѣ доказательствъ, выработанная законодателемъ для судей? Вопросъ этотъ поднимается былъ въ литературѣ и практикѣ по тѣмъ соображеніямъ, что французская система инстинктивнаго всеобщаго присяжныхъ многими считалась опасною, и потому—что желали, помощью инструкции, достигнуть хотя бы отчасти тѣхъ выгодъ, какія доставляются law of evidence въ англійскомъ судопроизводствѣ. Вопросъ объ инструкціи въ особенности умѣстенъ тамъ, гдѣ законъ возлагаетъ на председателя обязанность дать присяжнымъ наставленіе о юридическихъ основаніяхъ къ сужденію о силѣ доказательствъ. Наконецъ, онъ еще и потому можетъ быть возбуждаемъ, что въ дѣлахъ, рѣшаемыхъ безъ участія присяжныхъ засѣдателей, судьи обязаны мотивировать свои приговоры, что, конечно, требуетъ изложенія и тѣхъ соображеній, по которымъ тѣ или другіе факты признаны достоверными. О выработкѣ инструкции была рѣчь въ Австріи, въ 1851 и 1852 годовъ, о ней также поднимались много разъ толки въ Германіи; но дѣло кончилось ничѣмъ. Причины неудачи весьма понятны. «Инструкція» составляла бы нѣчто среднее между закономъ и официально-изданнымъ учебникомъ. Такое неопредѣленное юридическое значеніе инструкции послужило бы причиною большихъ затрудненій и недоразумѣній. Одни судьи смотрѣли бы на нее, какъ на нѣчто необязательное; другіе признавали бы ее просто закономъ. Она стѣсняла бы судью, освѣщала бы ошибки и ослабила бы самостоятельность судей въ выработкѣ практическаго ученія о силѣ доказательствъ. Польза, которую могла бы принести хорошо составленная и полная инструкция, скорѣе будетъ достигнута свободною научною обработкою предмета. Нужно только, чтобы въ наукѣ старательно разрабатывалось ученіе о доказательствахъ и чтобы судьи не были чужды ни участія въ подобной работѣ, ни знакомства съ результатами ея. Въ комиссіи, составившей нашъ Уставъ угол. судопр., также обсуждался вопросъ объ инструкціи и разрѣшеніе было отрицательно. «Сколь-бы ни было опрѣдѣлительно выражено—читаемъ въ мотивахъ къ Уст. угол. судопр. (стр. 281),—что наставленіе это не должно стѣснять внутреннюю

убѣжденія судей и присяжныхъ засѣдателей, по такое стѣсненіе было бы неизбѣжно, коль скоро правила о доказательствахъ были бы формулированы законодательною властью. Правила эти были бы установлены, если не силою законодательныхъ вѣлѣній, то силою авторитета законодательной власти. Такое наставленіе имѣло бы то вредное послѣдствіе, что открывало бы судьямъ и присяжнымъ засѣдателямъ легкій способъ постановленія рѣшеній подведеніемъ обстоятельствъ дѣла подъ извѣстныя и единожды навсегда установленныя формы, безъ самостоятельнаго разбора значенія каждаго обстоятельства и безъ тщательнаго соображенія силы всѣхъ обстоятельствъ въ совокупности. Между тѣмъ, правила о доказательствахъ, сколь бы они ни представлялись вѣрными, не могутъ быть почитаемы непреложными въ примѣненіи ко всѣмъ случаямъ многообразной дѣйствительности, потому что никакимъ правиломъ, въ какой бы полной и обдуманной формѣ оно ни было постановлено, нельзя замѣнить живаго воззрѣнія на то, что справедливо или истинно въ каждомъ данномъ случаѣ».

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію вопроса о томъ наставленіи, которое дается предсѣдателемъ присяжнымъ о силѣ доказательствъ.

Инструкція присяжныхъ въ англійскомъ процессѣ. Обыкновенно указываютъ на рѣчь англійскаго судьи (*charge*), какъ на образецъ инструкціи о силѣ доказательствъ. Дѣйствительно, значеніе англійской *charge*, вообще очень велико, если взять во вниманіе, что въ англійскомъ процессѣ постановки вопросовъ для присяжныхъ не существуетъ. слѣдовательно—рѣчь судьи должна точно установить пункты, подлежащія рѣшенію присяжныхъ. Что же касается собственно инструкціи о силѣ доказательствъ, то она, конечно, дается, но значеніе ея на континентѣ въ значительной степени преувеличено. Въ своей рѣчи о доказательствахъ, судья обязанъ изложить присяжнымъ существующій законъ, насколько онъ касается доказательствъ, все-равно—дѣлаетъ ли этотъ законъ излишнимъ доказываніе какого-либо факта, или придаетъ особый вѣсъ какому-нибудь виду доказательствъ, или требуетъ особаго способа доказыванія какихъ-нибудь обстоятельствъ. Словомъ, судейское наставленіе о доказательствахъ имѣетъ чисто правовое значеніе, оно настолько обязано касаться доказательствъ, насколько изъ закона вытекаютъ тѣ или другія условія достовѣрности источниковъ судейскаго убѣжденія. Такъ, судья долженъ точно опредѣлить значеніе каждой презумпціи, могущей имѣть примѣненіе къ обстоятельствамъ дѣла, долженъ установить различіе между презумпціями, допускающими опроверженіе и недопускающими его. Онъ долженъ выяснитъ присяжнымъ, что между презумпціями, допускающими опроверженіе, есть такія, которыя должны быть приняты присяжными, если нѣтъ опровергающаго доказательства, и которыя могутъ быть приняты присяжными, если это не противно ихъ убѣженію. Такъ, если по общему, или статутному праву, документъ, подлинность котораго дока-

зана, считается полнымъ доказательствомъ содержащихся въ немъ фактовъ, то судья долженъ объяснить присяжнымъ, что они не могутъ не признать существованія обстоятельствъ, изложенныхъ въ документѣ, и что единственный вопросъ, подлежащій ихъ рѣшенію, состоитъ въ томъ, установлена ли подлинность того документа? Такъ, если одно свидѣтельское показаніе, считается, по закону, недостаточнымъ доказательствомъ, какъ, напр., по дѣламъ о высокой измѣнѣ и клятвопреступленіи, — судья долженъ объяснить присяжнымъ содержаніе этого правила. Такъ же точно, если противъ лица, обвиняемаго въ преступленіи, имѣется только оговоръ соучастника, ничѣмъ и ни въ одномъ существующемъ пунктѣ не подтвержденный, судья обязанъ предостеречь присяжныхъ, что небезопасно осуждать человѣка на основаніи одного только такого доказательства, хотя они и имѣютъ на то законное право¹⁾.—Помимо подобныхъ наставленій, извлекаемыхъ собственно изъ законовъ о доказательствахъ, судьи высказываютъ и мнѣнія о силѣ доказательствъ, почерпаемые изъ собственнаго опыта, или изъ рѣчей какихъ-либо авторитетовъ судебной практики; но подобныя соображенія нисколько необязательны для присяжныхъ. Судьи при этомъ иногда высказываютъ личное свое мнѣніе о силѣ доказательствъ по данному дѣлу, но это не есть ихъ право, или обязанность. Въ большинствѣ случаевъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ писателей, такіе совѣты, основанные на богатомъ судебскомъ опытѣ, могутъ быть только полезны, тѣмъ болѣе, что присяжнымъ всецѣло принадлежитъ право оцѣнивать силу доказательства. Напротивъ, въ американской практикѣ, какъ увѣряетъ Проффатъ (*A treatise on trial by jury, § 322*), высказываніе судьей мнѣнія о силѣ доказательствъ по дѣлу считается злоупотребленіемъ, запрещеннымъ авторитетами, или даже прямыми статутами. «Опытъ показалъ намъ, говоритъ этотъ юристъ, что если право судьи высказывать свое личное мнѣніе о силѣ доказательствъ по дѣлу можетъ быть полезно въ одномъ случаѣ, то въ десяти случаяхъ оно можетъ вредить сторонамъ. Поэтому, въ Америкѣ, мы строго держимъ судью въ извѣстныхъ предѣлахъ и полагаемъ, что онъ присваиваетъ себѣ права присяжныхъ, если рѣшается высказывать личный взглядъ на силу представленныхъ въ судѣ доказательствъ. Въ большинствѣ штатовъ это прямо воспрещено статутами; въ другихъ мѣстахъ, судебная практика признаетъ высказанное судьей мнѣніе о силѣ доказательствъ поводомъ для кассациіи приговора».

Изъ сказаннаго о наставленіи англійскаго судьи ясно, что единственная обязанность послѣдняго—изложить дѣйствующій законъ о доказательствахъ. Разсужденія о силѣ доказательствъ, по строгому праву, имѣютъ мѣсто настолько, насколько эта сила опредѣляется въ законѣ или косвенно вытекаетъ изъ тѣхъ или другихъ постановленій о способѣ добыванія и эксплуатаціи доказательствъ.—Общегерманскій Уставъ угол. судопр., въ ст. 300, о заключительномъ

¹⁾ См. Taylor, *A treatise on the Law of evidence*, p. 37. Stephen, *A digest of the law of evidence*, Art 121. Приведенное предостереженіе противъ осужденія на основаніи ничѣмъ не подтвержденнаго оговора есть предостереженіе, освещенное law of evidence.

словѣ предсѣдателя, постановляетъ слѣдующее: «Предсѣдатель, не входя въ оцѣнку доказательствъ, даетъ присяжнымъ наставленіе о правовыхъ точкахъ зрѣнія, которыя они должны принять во вниманіе при разрѣшеніи возложенной на нихъ задачи». Такимъ образомъ, нѣмецкимъ присяжнымъ дается только юридическое наставленіе, и мы имѣемъ полное право сказать, что инструкціи о доказательствахъ нѣмецкіе присяжные не получаютъ. Мы не можемъ признать такое положеніе дѣла правильнымъ. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что сила доказательствъ должна быть обсуждаема присяжными по внутреннему убѣжденію. Но оставить присяжнаго безъ всякаго совѣта по вопросу объ условіяхъ достовѣрности доказательствъ значитъ оставить ихъ безъ всякаго предостереженія и не придавать уже никакого значенія ни опыту судей, ни работѣ науки. Обще-германскій кодексъ устранилъ изъ рѣчи предсѣдателя наставленіе о доказательствахъ на томъ основаніи, что такое наставленіе тогда только имѣло бы цѣну, если бы предсѣдатель имѣлъ право высказать свое личное мнѣніе о силѣ представленныхъ доказательствъ; но такое «вліяніе на мнѣніе присяжныхъ, замѣчаетъ Гейеръ (*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozesses*, 1880, p. 757), противорѣчить нашему нѣмецкому правосознанію». Можно только позавидовать нѣмецкому правосознанію, которое такъ отчетливо, что имѣетъ даже опредѣленный догматъ о предѣлахъ предсѣдательскаго наставленія. Мы полагаемъ, что предсѣдатель можетъ дать присяжнымъ цѣнное наставленіе объ условіяхъ достовѣрности доказательствъ, не высказывая своего личнаго мнѣнія о силѣ представленныхъ по дѣлу доказательствъ. По нашему законодательству, предсѣдатель, въ заключительной своей рѣчи, объясняетъ, на основаніи ст. 801 Уст. угол. судопр., присяжнымъ «общія юридическія основанія къ сужденію о силѣ доказательствъ, приведенныхъ въ пользу и противъ подсудимаго». Ст. 803 дополняетъ характеристику этой части предсѣдательскаго наставленія такимъ образомъ: «Общія основанія къ сужденію о силѣ доказательствъ объясняются предсѣдателемъ суда не въ видѣ непреложныхъ положеній, но лишь въ смыслѣ предостереженія отъ всякаго увлеченія къ обвиненію или оправданію подсудимаго». Для уясненія себѣ характера этого предсѣдательскаго наставленія нужно себѣ поставить вопросъ: что разумѣетъ нашъ Уставъ угол. судопр. подъ словами «общія юридическія основанія къ сужденію о силѣ доказательствъ»? Изъ проекта инструкціи о силѣ доказательствъ, которую предполагалось внести въ уставъ, мы получаемъ ключъ для рѣшенія этого вопроса, такъ какъ предполагавшаяся инструкція замѣнена въ Уставѣ угол. судопр. наставленіемъ предсѣдателя. Вотъ эта инструкція:

1) Судьи и присяжные засѣдатели опредѣляютъ вину или невиновность подсудимаго по внутреннему убѣжденію, основанному на обсужденіи въ совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла. Причемъ, однако, соблюдаютъ слѣдующія правила:

2) Подсудимый признается невиновнымъ, доколѣь противное не будетъ доказано. Всякое сомнѣніе о винѣ или о степени виновности подсудимаго объясняется въ его пользу.

3) Никто не можетъ быть признанъ виновнымъ, если нѣтъ положительнаго удостовѣренія въ томъ, что сіе преступленіе дѣйствительно совершено.

4) Освидѣтельствованія и осмотры, не требующіе особыхъ техническихъ знаній, почитаются достовѣрными, когда они произведены установленными властями и съ соблюденіемъ предписанныхъ на то правилъ.

5) Предметъ, для точнаго изслѣдованія котораго необходимы особыя свѣдѣнія или опытность въ какой-либо наукѣ, искусствѣ, или ремеслѣ, не почитается доказаннымъ до истребованія о немъ мнѣнія свѣдущихъ людей въ установленномъ порядкѣ.

6) Собственное признаніе подсудимаго не принимается въ уваженіе: а) когда оно несогласно съ обстоятельствами дѣла; б) когда оно вынуждено насиліемъ, угрозами, обѣщаніями, ухищреніями и тому подобными мѣрами.

7) Признаніе подсудимаго можетъ имѣть силу доказательства только по тѣмъ обстоятельствамъ, къ коимъ оно положительно относится.

8) Признаніе подсудимаго не можетъ быть принято за основаніе обвинительнаго приговора, если, кромѣ этого признанія, нѣтъ иного удостовѣренія въ томъ, что преступленіе дѣйствительно совершилось.

9) Показанія свидѣтелей не принимаются въ уваженіе: а) когда показаніе основано лишь на догадкѣ, предположеніи, или на слухѣ отъ другихъ; б) когда свидѣтель имѣетъ такіе тѣлесные или умственные недостатки, при которыхъ онъ не могъ имѣть яснаго представленія о предметѣ свидѣтельства; в) когда оно вынуждено насиліемъ, угрозами, обѣщаніями, ухищреніями и тому подобными мѣрами; г) когда оно несогласно съ обстоятельствами дѣла.

10) Письменный документъ можетъ имѣть силу доказательства лишь тогда, когда нѣтъ сомнѣнія, что онъ вышелъ изъ рукъ писавшаго, въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ онъ представленъ къ дѣлу.

11) Сознаніе подписи подъ документомъ не составляетъ доказательства въ сознаніи всего документа и не устраняетъ отзыва объ употребленіи подписи во зло.

12) Актъ или протоколъ, составленный въ присутственномъ мѣстѣ, или у должностнаго лица установленнымъ порядкомъ, почитается достовѣрнымъ въ отношеніи ко всѣмъ дѣйствіямъ и обстоятельствамъ, о коихъ присутственное мѣсто, или должностное лицо свидѣтельствуется, по личному удостовѣренію, доколѣь противное не будетъ доказано.

13) Свидѣтельство о преступленіи, сдѣланное въ частной перепискѣ, или бумагѣ, поданной въ присутственное мѣсто, или должностному лицу, не прежде признается дѣйствительнымъ, какъ по подтвержденіи свидѣтелемъ своего показанія на допросѣ въ судѣ.

14) Уликою почитается всякое обстоятельство, изъ котораго можно вывести заключеніе или о событіи преступленія, или о винѣ подозрѣваемаго лица.

15) Тѣ только улики могутъ быть приняты во вниманіе при рѣшеніи дѣла, которыя имѣютъ несомнѣнную связь съ предметомъ сужденія.

16) Ни собственное признаніе подсудимаго, ни показаніе свидѣтелей не принимаются въ уваженіе, если оно сдѣлано не на судѣ, а при предварительномъ слѣдствіи, безъ присутствія при томъ постороннихъ лицъ.

Вглядываясь въ эту инструкцію, мы видимъ, что она излагаетъ правовыя условія достовѣрности доказательствъ, т. е. тѣ юридическіе признаки, по которымъ мы можемъ признать данное обстоятельство удовлетворительнымъ въ судебномъ отношеніи. Общимъ юридическимъ основаніемъ къ сужденію о силѣ доказательства слѣдуетъ считать его соотвѣтствіе правовымъ и логическимъ требованіямъ. Правовыми условіями слѣдуетъ почитать тѣ условія собиранія и эксплуатаціи доказательствъ, которыя установлены въ данномъ кодексѣ; логическими—тѣ критеріи, которые выработаны человѣческимъ опытомъ объ источникахъ фактической достовѣрности. Такимъ образомъ, на нашъ взглядъ, 801 ст. Уст. угол. судопр. не имѣла въ виду разрѣшать предсѣдателю, въ заключительной рѣчи, говорить присяжнымъ о степени силы имѣющихся по дѣлу доказательствъ, а только объ условіяхъ достовѣрности доказательствъ вообще. Наставленіе предсѣдателя должно имѣть въ виду не данное доказательство, а извѣстный видъ доказательствъ. Въ этомъ отношеніи, его наставленіе исполнѣ возможно и безъ обнаруженія личнаго мнѣнія, которое было бы неизбѣжно, если-бы онъ имѣлъ право входить въ обсужденіе степени подтвержденности доказательствъ, представленныхъ по дѣлу.

Нашъ кассационный судъ не такъ смотритъ на дѣло. Изъ имѣющихся кассационныхъ рѣшеній¹⁾ видно, что, по взгляду Сената, предсѣдателю, по 801 ст. принадлежитъ право входить въ обсужденіе степени подтвержденности представленныхъ по дѣлу доказательствъ. Въ касс. рѣш. 1867, № 492, Сенатъ высказалъ слѣдующее положеніе: «На основаніи 801 ст. Уст. угол. судопр., предсѣдатель имѣетъ неотъемлемое право объяснять присяжнымъ засѣдателямъ юридическія основанія къ сужденію о силѣ показаній экспертовъ, какъ доказательствъ, служащихъ въ пользу или противъ подсудимаго. Для оцѣнки этихъ мнѣній по существу ему не можетъ быть возбранено указывать и на такія обстоятельства, которыя подкрѣпляютъ и опровергаютъ заключенія эксперта». Нельзя не замѣтить, что это рѣшеніе Сената отступаетъ отъ прямого смысла 801 ст. Уст. угол. судопр., ко-

¹⁾ Кассац. рѣш. 1867, № 492; 1872, № 350.

торая имѣть въ виду общія юридическія основанія къ сужденію о силѣ доказательствъ, а не разборъ степени ихъ подтвержденности въ данномъ случаѣ. Необходимымъ слѣдствіемъ такого взгляда на заключительную рѣчь предсѣдателя является какъ бы косвенное дозволеніе предсѣдателю высказать свой взглядъ на силу имѣющихся по дѣлу доказательствъ. Такой результатъ, во всякомъ случаѣ, противорѣчитъ Уставу угол. судопр., если-бы мы даже по существу ничего противъ него не имѣли¹⁾.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Уголовнымъ доказательствомъ называется всякій фактъ, имѣющій назначеніемъ вызвать въ судѣ убѣжденіе въ существованіи или несуществованіи какаго-либо обстоятельства, составляющаго предметъ судебного изслѣдованія.

ОСНОВАНІЯ.

Мы дали такое опредѣленіе доказательства, которое наиболѣе подходит къ опредѣленію, принятому Бентамомъ (*Rationale of evidence*, v. I, p. 24). Знаменитый юристъ такъ опредѣляетъ доказательство: «доказательство есть общее названіе, даваемое каждому факту, когда онъ представляется на разсмотрѣніе судьи, съ цѣлью вызвать въ послѣднемъ убѣжденіе въ существованіи факта, долженствующаго послужить основаніемъ для судебного приговора» (*evidence is a general name, given to any fact in contemplation of its producing in the judge's mind a persuasion concerning the existence of some other fact; of some fact, which supposing the existence of it established, a decision to a certain effect would be called for at his hands*). Ливингстонъ (*The works*, v. II, p. 460) въ своемъ «*кодексъ доказательствъ*» даетъ такое опредѣленіе доказательству: «Доказательствомъ называется то, что приводитъ разумъ судьи (или тому содѣйствуетъ) къ правильному убѣжденію въ истинности или ложности какаго-либо факта, утверждаемаго или отрицаемаго» (*Art. 13. Evidence is that, which brings or contributes to bring the mind of the judge to a just conviction of the truth or the falsehood, of any fact asserted or denied*). Опредѣленіе это не можетъ быть признано удовлетворительнымъ, такъ какъ и то обстоятельство, которое не привело-бы къ правильному убѣжденію, все-таки, по существу своему, не можетъ не быть признано су-

¹⁾ Въ превосходномъ своемъ заключеніи по дѣлу Саратовско-Симбирскаго Банка, Оберъ-Прокуроръ А. О. Кони поддерживаетъ приведенный взглядъ прав. Сената: «правильно понимающій свои обязанности предсѣдатель не только можетъ, но въ извѣстныхъ случаяхъ, обусловленныхъ составомъ присяжныхъ, неравенствомъ силъ сторонъ или способомъ установки на судѣ того или другого доказательства, обязанъ высказать присяжнымъ свое мнѣніе объ относительной силѣ каждаго изъ главнѣйшихъ доказательствъ».

дѣльнымъ доказательствомъ. Гринлифъ (A treatise on the law of evidence, v. I, p. 4) такъ опредѣляетъ доказательство: «Слово доказательство обнимаетъ всѣ средства, при помощи которыхъ какой-нибудь спорный фактъ, составляющій предметъ изслѣдованія, устанавливается или опровергается». Въ данномъ нами опредѣленіи (§ 3) мы не поставили доказательства въ зависимость отъ достовѣрности его, какъ это дѣлаетъ Ливингстонъ, а приняли только во вниманіе назначеніе, даваемое факту, допущенному на судѣ, для удостовѣренія какого-либо обстоятельства.—Уголовное доказательство получаетъ значеніе судебного, когда оно имѣетъ юридическіе признаки, требуемые закономъ. Такіе признаки вовсе не составляютъ принадлежности одной только формальной теоріи доказательствъ; они, какъ уже было указано, присущи и кодексу, основанному на принципѣ внутренняго убѣжденія.

Такіе признаки даются установленными способами сбора и эксплуатаціи доказательствъ. Судебное доказательство не слѣдуетъ смѣшивать съ предустановленнымъ, т. е. съ такимъ, которое устанавливается законодательствомъ напередъ, какъ единственное допустимое доказательство пзвѣстнаго факта. Область предустановленныхъ доказательствъ—гражданское право, въ которомъ predeterminedныя закономъ формы юридическихъ отношеній, пользующіяся судебною защитою, вмѣстѣ съ тѣмъ обыкновенно составляютъ и доказательства имѣвшихъ мѣсто правовыхъ фактовъ. Въ уголовномъ процессѣ, стремящемся къ матеріальной истинѣ, предустановленныхъ доказательствъ быть не можетъ. Если какое-либо обстоятельство, имѣющее отношеніе къ уголовному процессу, и подтверждается предустановленнымъ доказательствомъ, то послѣднее имѣетъ силу, доколѣбъ противное не доказано. Единственный слѣдъ предустановленнаго доказательства, какой можно найти въ нашемъ Уст. угол. судопр., это—статья 413, но и та не устанавливаетъ безусловно обязательной силы неопровержимости документа. Статья эта гласитъ: «когда возрастъ обвиняемаго можетъ имѣть вліяніе на вѣнненіе ему содѣяннаго въ вину, или на опредѣленіе ему наказанія, то показаніе его о лѣтахъ повѣряется справкою изъ метрическихъ книгъ, а за неимѣніемъ ихъ—изъ ревизскихъ сказокъ, или другихъ документовъ; за невозможностью же сихъ справокъ возрастъ обвиняемаго опредѣляется посредствомъ освидѣтельствованія его чрезъ врача». Эта статья распространена Сенатомъ и на опредѣленіе возраста потерпѣвшаго лица, когда отъ возраста этого послѣдняго зависитъ свойство виновности подсудимаго. Однако, Сенатъ смотритъ на указанные въ 413 ст. документы, какъ на имѣющіе обязательную силу, ибо по дѣлу Данненберга (касс. рѣш. 1870, № 65) имъ высказано: «такъ какъ достовѣрность возраста основывается на документахъ, именно означенныхъ въ законѣ, то она не подлежитъ ни разрѣшенію, ни утвержденію присяжныхъ, и вопросъ этотъ имъ предлагаемъ быть не можетъ». Понятно, что это послѣднее положеніе противорѣчитъ принципу внутренняго убѣжденія, принятому въ

установленъ, по которому никакихъ предустановленныхъ доказательствъ въ судѣ уголовномъ быть не можетъ¹⁾). Вопросъ о достовѣрности показаній о возрастѣ, откуда бы эти послѣднiя ни были почерпнуты, составляетъ вопросъ, подлежащiй рѣшенiю присяжныхъ засѣдателей. Въ этомъ едва-ли возможно сомнѣваться.

Обращаясь къ слову фактъ, введенному въ наше опредѣленiе, мы должны замѣтить, что подъ это понятiе подходитъ:

1) всякая вещь, состоянiе вещей, соотношенiе вещей, словомъ—всякое явленiе, которое можетъ быть воспринято нашими чувствами;

2) всякое психическое состоянiе, могущее быть предметомъ нашей сознательности.

Что существуютъ предметы, расположенные въ извѣстномъ порядкѣ, есть фактъ; что человекъ видѣлъ или слышалъ что-нибудь есть фактъ; что человекъ сказалъ слово, или цѣлый рядъ словъ, есть фактъ; что человекъ держится извѣстнаго мнѣнiя, имѣетъ извѣстное намѣренiе, дѣйствуетъ добросовѣстно, любить, ненавидитъ. сознавалъ въ данное время данное состоянiе, былъ въ извѣстномъ состоянiи здоровья, имѣлъ такую-то репутацiю, все это факты (Stephen, Indian Evidence Act., p. 148). Все, что наполняетъ миръ вещественный, все, что можетъ быть нами воспринято изъ мира духовнаго, можетъ составлять уголовное доказательство.

Въ этой части нашего сочиненiя, гдѣ дѣло идетъ только объ уголовно-судебной достовѣрности вообще, мы не войдемъ въ разсмотрѣнiе подраздѣленiя доказательствъ на отдѣльные виды. Вопросъ, который намъ здѣсь нужно разсмотрѣть, касается значенiя извѣстнаго дѣленiя доказательствъ на обвинительныя и оправдательныя.

а) Обвинительныя доказательства должны быть настолько убѣдительны, чтобы судьи получили несомнѣнное убѣжденiе въ виновности подсудимаго. Понятiе полного обвинительнаго доказательства не можетъ быть опредѣлено съ точностью а priori, при отсутствii идеи о plena probatio, встрѣчавшейся въ законной теорii доказательствъ.

б) Оправдательныя доказательства. Къ оправдательнымъ доказательствамъ не слѣдуетъ относить предьявленiя тѣхъ сомнѣнiй, которыя подкапываютъ зданiе обвиненiя. На подсудимомъ не лежитъ обязанности представлять оправдательныя доказательства; онъ имѣетъ полное право ограничиться ослабленiемъ обвинительныхъ данныхъ. Достаточно, если онъ покажетъ, что обвинительныя доказательства не только не представляютъ достовѣрности, но даже высокой вѣроятности. (Eriedmann, Systematisches Handbuch der Vertheidigung im Strafverfahren, 1878, S. 502). Что касается собственно до оправдательныхъ доказательствъ, предствленiе которыхъ принято на себя подсудимымъ, то они, въ отличiе отъ обвинительныхъ, должны быть настолько удостовѣрены, чтобы

¹⁾ Сюда, конечно, не относится справка о судимости, какъ фактъ, судебнымъ порядкомъ установленный—res judicata.

показана была только ихъ вѣроятность, между тѣмъ какъ обвинительныя доказательства должны стоять на степени уголовно-судебной достовѣрности. Такое, болѣе благоприятное, условіе оправдательнаго доказыванія, въ старинной литературѣ ученія о доказательствахъ, называлось *favor defensionis*. При господствѣ законной теоріи доказательствъ, *favor defensionis* былъ настолько широкъ, что оправдательныя доказательства не теряли своего значенія даже въ томъ случаѣ, когда не имѣли формальныхъ условій достовѣрнаго доказательства вообще. На чемъ основывается *favor defensionis*, выражающійся въ настоящее время въ томъ, что оправдательныя доказательства могутъ ограничиваться высокою вѣроятностью, стоящею ниже уголовно-судебной достовѣрности? Государство, являющееся обвинителемъ, должно доказать виновность подсудимаго. Подсудимый ничего не обязанъ доказывать. Всякое сомнѣніе въ виновности подсудимаго толкуется въ его пользу. Слѣд., оправдательное доказательство, разъ оно представляется, должно быть лишь настолько сильно, чтобы возбуждать разумное сомнѣніе. Но для такого разумнаго сомнѣнія достаточно бываетъ и слабой вѣроятности оправдательныхъ доказательствъ. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что неподтвержденность оправдательнаго доказательства не уничтожаетъ слабости обвинительныхъ доказательствъ¹⁾; обвиненіе можетъ быть сильно только своими собственными и независимыми прочными основами. Говоря о степени подтвержденности оправдательныхъ доказательствъ, мы, конечно, не имѣемъ въ виду тѣхъ случаевъ, когда на подсудимаго падаетъ доказываніе *exceptio veritatis*. *Exceptio veritatis* налагаетъ на подсудимаго *onus probandi*, и представленныя доказательства не могутъ ограничиваться возбужденіемъ сомнѣнія, а должны дать уголовно-судебную достовѣрность.



¹⁾ Пользуясь тѣмъ, что уголовно-судебная достовѣрность есть достовѣрность историческая, лишь высокая степень вѣроятности, обвинители, дѣлая какое-нибудь вѣроятное предположеніе, сваливаютъ коварно *onus probandi* на подсудимаго. Иногда защитники легкомысленно принимаютъ на себя бремя доказанія и тѣмъ ставятъ въ опасное положеніе не только подсудимаго, но и самое правосудіе. Такъ, обвинитель часто не считаетъ нужнымъ доказать достовѣрно присутствіе подсудимаго на мѣстѣ преступленія, а защитникъ легкомысленно беретъ на себя доказательство *alibi*. Неудача въ такомъ доказываніи даетъ въ глазахъ присяжныхъ силу обвиненію, между тѣмъ какъ это послѣднее пользуется только неудачею защиты. Иногда доль невиннаго человѣка, попавшаго подъ судъ, дѣлается предметомъ доказанія защиты, конечно, неудачнаго, и все дѣло направляется по ложному пути. Логика уголовного процесса требуетъ, чтобы обвиненіе было самостоятельно доказано, а не ограничивалось промахами безтактной, неопытной или легкомысленной защиты.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Судья составляетъ себѣ убѣжденіе, необходимое для рѣшенія вопроса о достовѣрности обстоятельствъ дѣла, исключительно на основаніи доказательствъ, представленныхъ на судѣ.

О С Н О В А Н І Я .

За исключеніемъ фактовъ общеизвѣстныхъ, вообще не доказываемыхъ на судѣ, судьи не должны рѣшать дѣлъ на основаніи внѣсудебнаго личнаго знанія дѣла¹⁾. Судьи должны знать дѣла только изъ судебныхъ источниковъ: «non refert quid notum sit iudici, si notum non sit in forma iudici». Это же начало выражается и въ слѣдующихъ положеніяхъ: «de non apparentibus et non existentibus eadem est ratio...» «Quod non apparet non est». «Incerta pro nullis habentur». Смыслъ всѣхъ этихъ положеній заключается въ томъ, что доказательства должны достигать судей только по извѣстнымъ каналамъ, закономъ установленнымъ, и при извѣстныхъ условіяхъ, составляющихъ приемы уголовного процесса. Въ присягѣ своей присяжный засѣдатель говоритъ: «подамъ рѣшительный голосъ, согласно съ тѣмъ, что увижу и услышу на судѣ» (ст. 666 Уст. угол. судопр.). Всякое свѣдѣніе, доходящее до присяжныхъ не въ видѣ допущеннаго на судѣ доказательства, не есть доказательство. Впрочемъ, иногда свѣдѣніе, не имѣющее значенія доказательства, можетъ быть драгоцѣнно въ томъ отношеніи, что оно указываетъ на существованіе доказательства по дѣлу. На своемъ настоящемъ мѣстѣ, въ процессѣ, такое указательное свѣдѣніе можетъ повести къ открытію доказательствъ. Бенгамъ (Rationale, v. III, p. 554) называетъ такое свѣдѣніе *indicative evidence* и такъ его опредѣляетъ: «Подъ именемъ *indicative evidence* я не разумѣю особеннаго вида доказательства, но всякое вообще доказательство, имѣющее спеціальныи результатъ, заключающійся въ томъ, что оно указываетъ на существованіе какого-либо доказательства. Указательное доказательство (*indicative evidence*) есть доказательство доказательства (*evidence of evidence*)». Выраженіе доказательства доказательства неудачно, ибо доказательство доказательства не есть указаніе на существованіе неизвѣстнаго еще доказательства, а подтвержденіе уже добытаго. Указательныя доказательства, хотя и не пользуются значеніемъ судебного матеріала, могутъ, однако, какъ мы сказали, вести къ открытію новыхъ источни-

¹⁾ Это прямо вытекаетъ изъ того, что судьи постановляютъ приговоръ по внутреннему убѣжденію, основанному на обсужденіи въ совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла (ст. 766 и др.). Внутреннее убѣжденіе должно быть основано на обстоятельствахъ, добытыхъ судебнымъ разбирательствомъ, а не нѣкихъ-либо свѣдѣніяхъ, см. Кассацион. рѣшен. ⁷¹/₂₉₉ Миррофанова; ⁷¹/₁₁₈₇ Бухвостовыхъ.

ковъ достовѣрности. Такъ, въ ст. 300 Уст. угол. суд., читаемъ: «безыменные пасквили и подметныя письма не составляютъ законнаго повода къ начатию слѣдствія; но если они заключаютъ въ себѣ указаніе на важное злоупотребленіе, или преступное дѣяніе, угрожающее общественному спокойствію, то служатъ поводомъ къ полицейскому розыску или дознанію, могущему повлечь за собою и самое слѣдствіе». По ст. 718, допросъ свидѣтелей на судѣ «начинается предложеніемъ свидѣтелю разсказать все, что ему извѣстно по дѣлу, не примѣшивая обстоятельствъ постороннихъ и не повторяя слуховъ, неизвѣстно отъ кого исходящихъ». Но если свидѣтель можетъ указать, откуда данный слухъ исходитъ, и если слухъ важенъ, то здѣсь есть указаніе на новое доказательство, которое и можетъ быть добыто, какъ новое доказательство, изъ надлежащаго источника, въ порядкѣ, установленномъ закономъ. «Народная молва» часто бываетъ указательнымъ доказательствомъ, служащимъ поводомъ къ раскрытію истины. Ст. 253 говоритъ: «Когда преступленія или проступки сомнительны, или когда о происшествіи, имѣющемъ такіе признаки, полиція извѣстится не по слуху (народная молва) или вообще изъ источника не вполне достовѣрнаго, то, во всякомъ случаѣ, прежде сообщенія о томъ по принадлежности, она должна удостовѣриться чрезъ дознаніе: дѣйствительно ли происшествіе то случилось и точно ли въ немъ заключаются признаки преступленія или проступка?»

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Обстоятельство, доказательства котораго на судѣ оставили въ умѣ судьи сомнѣніе, почитается недоказаннымъ.

ОСНОВАНІЯ.

Стифенъ, въ своемъ Indian Evidence Act, Art. 3, помѣстилъ слѣдующее правило: «Фактъ считается доказаннымъ, если судъ, по обсужденіи доказательствъ, призналъ его достовѣрнымъ, или призналъ его существованіе настолько вѣроятнымъ, что благоразумный человѣкъ, поставленный въ данныя условія, долженъ былъ бы рѣшиться дѣйствовать на основаніи такого признанія. Фактъ считается опровергнутымъ, если судъ, по обсужденіи доказательствъ, призналъ, что фактъ не существуетъ, или призналъ его несуществованіе настолько вѣроятнымъ, что благоразумный человѣкъ, поставленный въ условія даннаго случая, долженъ былъ бы рѣшиться дѣйствовать на основаніи такого признанія. Фактъ считается недоказаннымъ, если онъ не доказанъ, и не опровергнутъ».

Правило, изложенное въ опредѣленіи пятомъ, есть послѣдствіе основнаго начала уголовного процесса: «Подсудимый признается невиновнымъ, доколѣ противное не будетъ доказано. Всякое сомнѣніе о винѣ или степени виновности подсудимаго объясняется въ его пользу». Несомнѣннымъ примѣненіемъ этого основнаго принципа является

у насъ пятое опредѣленіе. Правило, что фактъ, о которомъ, послѣ доказыванія его, осталось сомнѣніе въ умѣ судьи, есть искусственное правило юридическое. Въ научномъ изслѣдованіи фактъ, вызывающій сомнѣніе, оставляется безъ рѣшенія до представленія дополнительныхъ доказательствъ. Никакія обязательныя предположенія не могутъ имѣть мѣста въ научномъ изслѣдованіи. Но въ процессѣ, основанномъ на принципѣ, что виновность подсудимаго должна быть доказана, если его хотятъ наказать, сомнѣніе въ достовѣрности истолковывается въ пользу мысли о недоказанности: *in dubio mitius*. Принципъ этотъ, вытекающій изъ матеріальнаго уголовного права, проводится и въ нашемъ Уставѣ уголовного судопроизводства; напр., въ ст. 813 «при раздѣленіи голосовъ присяжныхъ засѣдателей поровну, принимается то мнѣніе, которое послѣдовало въ пользу подсудимаго». *In dubio mitius* нашелъ также свое выраженіе въ извѣстномъ юридическомъ завѣтѣ, что лучше освободить десять виновныхъ, чѣмъ осудить одного невиннаго.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Фактъ, состоящій въ томъ, что какое-нибудь лицо на судѣ высказываетъ такое-то мнѣніе о существованіи или несуществованіи обстоятельства, составляющаго предметъ изслѣдованія, не есть доказательство. Мнѣнія на судѣ не допускаются. Изъ правила этого дозволяются слѣдующія исключенія.

а) На судѣ допускаются мнѣнія сторонъ, подкрѣпленныя данными судебного изслѣдованія, о существованіи или несуществованіи обстоятельствъ дѣла.

б) Равнымъ образомъ допускаются на судѣ мнѣнія свѣдущихъ людей (экспертовъ), когда, для точнаго уразумѣнія встрѣчающагося въ дѣлѣ обстоятельства, необходимы спеціальныя свѣдѣнія, или опытность въ наукѣ, искусствѣ, ремеслѣ, промыслѣ или наномъ-либо занятіи.

Однако, показаніе эксперта о существованіи или несуществованіи фактовъ, на которыхъ основывается его мнѣніе, тогда только есть доказательство, когда оно, по существу своему, имѣетъ значеніе свидѣтельскаго показанія. Въ тѣхъ случаяхъ, когда свидѣтельское показаніе, по предмету своему, близко граничитъ съ мнѣніемъ, оно должно быть, по возможности, сведено къ фантамъ, на которыхъ построено.

ОСНОВАНІЯ.

Убѣжденіе въ достовѣрности фактовъ, составляющихъ предметъ судебного изслѣдованія, вырабатывается судьей, или присяжнымъ, на основаніи фактовъ, указываемыхъ свидѣтелями, письменными документами и другими источниками достовѣрности. Составить себѣ мнѣніе о доказательномъ значеніи этихъ фактовъ—дѣло судей. Назначеніе, такимъ образомъ, свидѣтелей на судѣ—давать факты, а не мнѣнія. Не для чего присяжнымъ быть судьями по во-

просу о достовѣрности фактовъ, не для чего заботиться о томъ, чтобы на судъ попадали только лучшія, т. е. первоначальныя доказательства, если позволять свидѣтелямъ высказывать мнѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, допущеніе, на судѣ, мнѣній свидѣтелей не имѣетъ никакого основанія. Если такія мнѣнія не основываются совсѣмъ на доказательствахъ, или основываются на недостовѣрныхъ доказательствахъ, то они неосновательны и совсѣмъ не должны быть выслушиваемы; если же они основываются на положительныхъ данныхъ, то суду должны быть представлены эти послѣднія. Судъ, во всякомъ случаѣ, не менѣе свидѣтелей способенъ вывести тѣ заключенія, какія могутъ и должны быть сдѣланы для цѣлей правосудія «*Testes rationem scientiae reddere teneantur*». «*Omne sacramentum debet esse certae scientiae*». Бэсъ (ib. 649) приводитъ старинную аргументацію высказанной мысли: «Свидѣтель не выполняетъ своей задачи, если онъ высказываетъ свои мнѣнія, и это по двумъ основаніямъ. Во-первыхъ: судья долженъ дать рѣшительный приговоръ, а для этого онъ нуждается въ болѣе твердой основѣ, чѣмъ мнѣніе. Во-вторыхъ: свидѣтель, высказывающій мнѣніе, не можетъ быть преслѣдуемъ за клятвopреступленіе». Однако, положеніе, что свидѣтель не долженъ излагать мнѣній, слѣдуетъ примѣнять разумно и осторожно. Оно не должно заграждать на судѣ дорогу доказательствамъ. Правило это означаетъ только, что свидѣтелямъ не слѣдуетъ предлагать вопросы, отвѣты на которые ставили бы ихъ въ положеніе присяжныхъ. Далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, когда свидѣтельское показаніе, по существу своему, близко граничить съ мнѣніемъ, свидѣтель долженъ быть побуждаемъ свести свое показаніе къ фактамъ. Свидѣтель, напр., показываетъ, что супруги дурно жили. Это—мнѣніе. Свидѣтель долженъ дать факты, ему извѣстные, изъ которыхъ уже судьи сдѣлаютъ свое заключеніе. Свидѣтель показываетъ, что подсудимый употребилъ извѣстное слово въ такомъ-то условномъ смыслѣ. Свидѣтель обязанъ показать, почему именно, по обстоятельствамъ, при которыхъ сказано было слово, онъ полагаетъ что оно было употреблено въ условномъ смыслѣ. Свидѣтель показываетъ, что подсудимый вообще вспыльчиваго характера: онъ обязанъ представить факты, ему извѣстные, изъ которыхъ сдѣланъ былъ выводъ. Мнѣніе на судѣ можетъ быть высказано: 1) сторонами и 2) экспертами. Стороны, обвинитель и защитникъ, не имѣютъ права давать свидѣтельскія показанія, или вообще факты, имъ лично извѣстные. Это противорѣчило бы основному положенію, что никто не можетъ въ одно и то же время быть и свидѣтелемъ, и стороною на судѣ. Но сторона имѣетъ право высказать свое мнѣніе, на основаніи фактовъ судебного слѣдствія, о достовѣрности тѣхъ или другихъ обстоятельствъ. Въ этомъ вѣдь заключается сущность обвиненія и защиты: представляются два мнѣнія, на основаніи фактовъ судебного слѣдствія. Мнѣнія сторонъ на судѣ необходимы для того, чтобы присяжные могли группировать доводы за и противъ съ большею полнотою и отчетливостію. Но присяжнымъ должно быть извѣстно, что между фактомъ и аргументомъ (на основаніи этого факта) есть существенное различіе. Еще греческіе риторы строго различали

аргументъ и доказательство. Доводы сторонъ тогда только умѣстны на судѣ, когда они черпаются изъ (фактовъ судебного слѣдствія¹⁾ и не принимаютъ характера мнѣнія эксперта, основаннаго на личномъ опытѣ, опирающемся на матеріалахъ, чуждыхъ судебному слѣдствію. Мнѣнія экспертовъ на судѣ, когда они приглашаются для объясненія какихъ-либо обстоятельствъ, составляютъ доказательство, потому что въ рѣдкихъ только случаяхъ экспертъ можетъ изложить, а присяжный—понять всѣ основанія даннаго заключенія. Мнѣніе эксперта, потому что оно исходитъ отъ специалиста, составляетъ доказательство. Однако, когда экспертъ свидѣтельству-етъ о какихъ-либо фактахъ, имъ видѣнныхъ, онъ является свидѣтелемъ. Такъ, медикъ обдучентъ, по отношенію къ эксперту, вызванному на судъ для подачи заключенія на основаніи протокола и показаній обдучента, есть свидѣтель. Конечно, обдучентъ не есть обыкновенный свидѣтель, ибо, давая свои показанія, онъ дѣлаетъ научную квалификацію явленій. Въ этомъ отношеніи, граница факта и мнѣнія часто нарушается, по самому существу дѣла. Но нарушеніе этой границы неизбежно даже въ обыденныхъ свидѣтельскихъ показаніяхъ и едва ли можетъ быть вполне устранено.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Мнѣнія ученыхъ авторитетовъ науки по вопросамъ объ условіяхъ достовѣрности фантовъ, на судѣ, допускаются, въ качествѣ довода стороны, имѣющей право высказывать свой взглядъ на значеніе данной совокупности доназательствъ или отдѣльнаго ихъ вида.

ОСНОВАНІЯ.

Стифенъ, въ своемъ Indian Evidence Act. art 51, выставляетъ слѣдующее правило: «Когда допускается мнѣніе, дозволяется также изложеніе его основаній». Сторона имѣ-

¹⁾ Нѣтъ ничего неправильнѣе и противнѣе правиламъ адвокатской морали, какъ ссылки защитника на то, что у него составилось «полное убѣжденіе» въ достовѣрности того или другого пункта въ дѣлѣ. Ссылка на убѣжденіе неумѣстна, потому что роль защитника—роль аргументатора на основаніи фактовъ, имѣвшихъ мѣсто на судѣ. Всякая ссылка на убѣжденіе, безъ приведенія основаній его, выводитъ адвоката на дорожку «авторитета», которому вѣрять. Защитникъ можетъ пользоваться установленными на судѣ обстоятельствами со всею силою логическаго анализа; но онъ не имѣетъ права ссылаться на свое «убѣжденіе», на свою «совѣсть, на свой «опытъ». Баллантайнъ (Some experiences of a barrister's life, v. I, p. 93) замѣчаетъ, что защитникъ, по самому существу своей обязанности, ни при какихъ обстоятельствахъ не долженъ ссылаться на свое «собственное убѣжденіе» (It is of the essence of advocacy that counsel should under no circumstances convey his own belief or use expressions to be so). Friedmann (ib., p. 378) также замѣчаетъ, что содержаніемъ защитительной рѣчи можетъ служить только то, что имѣло мѣсто на судѣ. Конечно, сказаннымъ мы не желали проводить мысли, что защитникъ машина, безъ убѣжденія. Но пусть, если у защитника имѣется сильное и искреннее убѣжденіе, оно выразится въ точномъ анализѣ доказательствъ, въ мощномъ словѣ, пусть оно объективно выразится въ его рѣчи.

еть полное право подкрѣплять свой взглядъ на значеніе доказательствъ дѣла ссылками на ученые авторитеты по всѣмъ вопросамъ, касающимся достовѣрности фактовъ. Такъ, оцѣнивая какую-нибудь совокупность уликъ, сторона имѣетъ право разъяснить присяжнымъ значеніе уликъ въ процесѣ, анализировать слабость или силу основнаго доказательства вообще, выставить тѣ условія, при наличности которыхъ доказательства могутъ почитаться достовѣрными и убѣдительными¹⁾.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Экспертъ, высказывая свое мнѣніе на судѣ, имѣетъ право ссылаться на мнѣнія авторитетовъ по спеціальному вопросу.

О С Н О В А Н І Я .

Это вытекаетъ изъ права эксперта высказывать свое мнѣніе по тому обстоятельству, для разъясненія котораго онъ призванъ. Ссылка на мнѣніе ученаго авторитета есть одинъ изъ мотивовъ эксперта²⁾, дающаго свое научное заключеніе. Но стороны не имѣютъ права приводить мнѣнія изъ ученыхъ сочиненій, въ качествѣ опроверженія эксперта, давшаго заключеніе на судѣ. Во-первыхъ, сторона не призвана въ качествѣ эксперта для разъясненія извѣстнаго обстоятельства; во-вторыхъ, приводя мнѣніе авторитета, напр., изъ области медицины, сторона вводитъ новаго эксперта, который даетъ заключеніе безъ присяги и не подвергается перекрестному допросу. Стороны имѣютъ право опровергать мнѣніе одного эксперта мнѣніемъ другого, давшаго заключеніе по тому же дѣлу и при тѣхъ же условіяхъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

Доказательствомъ первостепеннымъ называется такое, которое, представлено суду въ первоначальномъ источникѣ. Доказательствомъ второстепеннымъ называется такое, которое представлено суду въ источникѣ второй руки.

О С Н О В А Н І Я .

Подраздѣленіе доказательствъ на первостепенныя и второстепенныя (первоначальныя и производныя)

¹⁾ Здѣсь идетъ рѣчь не только объ общихъ соображеніяхъ касательно силы доказательствъ вообще, но и объ особенностяхъ доказательствъ различныхъ видовъ преступленій. Мы, далѣе, не должны забывать, что существуетъ масса остроумныхъ соображеній о достовѣрности, выработанныхъ въ судебной медицинѣ и неимѣющихъ спеціально-медицинскаго характера. Изнасилованіе напр., кромѣ медицинскихъ доказательствъ (въ особенности въ случаяхъ, связанныхъ съ растлѣніемъ) имѣетъ свои доказательства, посящія типическій характеръ.

²⁾ Положеніе это принято и въ нашемъ Врачебномъ уставѣ. Медицинское свидѣтельство, какъ извѣстно, состоитъ изъ четырехъ частей: введенія, истори-

проходить красною нитью чрезъ всю теорію судебной достовѣрности. О важности этого дѣленія едва-ли есть надобность долго говорить. Какъ при изслѣдованіи научной истины, такъ и въ уголовномъ судѣ, перво-источникъ долженъ составлять нормальное средство для добытія истины; второ-источникъ можетъ быть только терпимъ, какъ неизбежное исключеніе. Указанное дѣленіе коренится не въ принципѣ непосредственности, составляющемъ отличительную черту правильнаго уголовного процесса. Согласно этому принципу, судѣ должны быть представлены первоначальные источники достовѣрности, на основаніи которыхъ онъ могъ бы составить себѣ наиболѣе вѣрное представленіе о дѣлѣ. Принципъ устности, осмотръ вещественныхъ доказательствъ и мѣста происшествія судьями, устраненіе свидѣтельства по слуху—всѣ эти правила и приемы суть лишь послѣдствія начала непосредственности. Случаи, когда мы имѣемъ дѣло со второстепеннымъ доказательствомъ, суть слѣдующіе: а) когда, вмѣсто устнаго показанія свидѣтеля, мы получаемъ, на судѣ, чтеніе его письменнаго показанія, даннаго на слѣдствіи; б) когда свидѣтель показываетъ не то, что ему лично извѣстно, а то, что ему извѣстно по слуху отъ другого; в) когда содержаніе документа дѣлается доступнымъ суду изъ свидѣтельскихъ показаній лицъ, которымъ извѣстенъ былъ документъ, а не изъ самаго документа, не представленнаго по какой-либо причинѣ на судѣ; д) когда вещественныя доказательства не представлены на судѣ, а сдѣлались извѣстными изъ описаній свидѣтелей (reported real evidence).

Второстепенное доказательство, по самому существу своему, слабѣе первостепеннаго: оно не даетъ надлежащихъ гарантій истины. Условія, при которыхъ второстепенное доказательство можетъ быть допускаемо на судѣ, будутъ разсмотрѣны въ особенной части нашего труда, въ ученіи объ отдѣльныхъ видахъ доказательствъ.

ческой части, мнѣнія и заключенія. О мнѣніи Врачебный уставъ говоритъ: «Мнѣніе сіе должно быть подтверждаемо достаточными и ясными доказательствами, согласно привиламъ анатоміи, физиологіи, патологіи и химіи, не менѣе того и здравымъ сужденіемъ и заключеніемъ, основаннымъ, если можно, на несомнѣнныхъ опытахъ и наблюденіяхъ классическихкихъ по сему предмету авторовъ» (ст. 1753). По ученію англійской теоріи доказательствъ, фактъ, вообще не находящійся въ связи съ обстоятельствами дѣла (irrelevant), почитается находящимся въ таковой связи (relevant), если онъ поддерживаетъ или опровергаетъ заключеніе эксперта, представленное на судѣ (Stephens. A digest of the law of evidence, Art 50). Напр.: вопросъ заключается въ томъ, былъ-ли А отравленъ извѣстнымъ ядомъ? Фактъ, что другія лица, подвергшіяся отравленію тѣмъ ядомъ, представляли такіе-то болѣзненные симптомы, признаваемые или непризнаваемые экспертомъ по дѣлу, считается находящимся въ связи съ обстоятельствами разбираемаго случая (relevant).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Доказательствомъ прямымъ называется такое, которое основывается на чувственномъ воспріятіи, непосредственномъ (судьи), или посредственномъ (другихъ людей, сообщенномъ судьѣ); доказательствомъ косвеннымъ, уликою, называется такое обстоятельство, изъ котораго дѣлаютъ заключеніе къ искомому факту (*factum probandum*).

ОСНОВАНІЯ.

Въ доказательствѣ прямомъ, содержаніе его получается или непосредственнымъ чувственнымъ воспріятіемъ судьи (личный осмотръ), или непосредственнымъ чувственнымъ воспріятіемъ другихъ людей—свидѣтелей, авторовъ письменныхъ документовъ, самаго подсудимаго.

При прямомъ доказательствѣ судья воспринимаетъ его содержаніе такъ, какъ оно дается, напримѣръ, подсудимымъ или свидѣтелемъ. Логическая дѣятельность судьи направляется не на созданіе содержанія доказательства, а на опредѣленіе достовѣрности источника послѣдняго. Эта логическая дѣятельность представляется въ видѣ слѣдующаго силлогизма: Человѣкъ, имѣющій такія и такія-то качества, есть достовѣрный свидѣтель; свидѣтель А. имѣетъ такія и такія-то качества; слѣдовательно, онъ достовѣрный свидѣтель.

Совершивъ такую логическую операцію, судья уже воспринимаетъ прямо то, что говоритъ свидѣтель А., и этимъ заканчивается его операція, если сюда не относить еще сравненія одного свидѣтельскаго показанія съ другимъ. Но и при этой послѣдней повѣркѣ, дѣло идетъ объ опредѣленіи достовѣрности источника доказательства. Напротивъ, въ доказательствѣ косвенномъ, при уликѣ, умозаключеніе судьи составляетъ самое содержаніе доказательства. Вотъ примѣръ силлогизма, совершаемаго при доказательствѣ посредствомъ улики. На людей, у которыхъ во владѣніи находятъ, вскорѣ послѣ случившейся кражи, уворованныя вещи, можетъ падать подозрѣніе въ воровствѣ; у В., вскорѣ послѣ случившейся кражи, нашли украденное кольцо; слѣдовательно, на В. можетъ упасть подозрѣніе въ совершеніи воровства. Здѣсь умозаключеніе судьи создаетъ самое доказательство: оно получается не прямо, какъ рассказъ свидѣтеля, а путемъ умозаключенія, рождающаго его.

Раздѣленіе доказательствъ на прямое и косвенное опредѣляетъ два рода ихъ въ системѣ уголовныхъ доказательствъ.

Прямое доказательство представляетъ нѣсколько видовъ. Виды эти уступаютъ на основаніи слѣдующихъ соображеній. Основное назначеніе уголовного доказательства, по справедливому замѣчанію Гейера (*Lehrbuch des gem. deutsch. Strafproc. 1880, p. 693*), состоитъ въ томъ, чтобы замѣнить собою для судьи непосредственное воспріятіе тѣхъ моментовъ прошлаго событія, относительно которыхъ непо-

средственное воспріятіе совершенно невозможно. Нѣкоторые слѣды прошлаго событія поддаются непосредственному воспріятію судьи, напр. мѣстность, гдѣ совершилось преступленіе, орудія послѣдняго, *corpus delicti* и т. д. Но какъ совершенно было преступленіе, различные эпизоды этого совершенія, все это, какъ потонувшее въ прошломъ, не можетъ быть болѣе предметомъ чувственнаго воспріятія судьи.

Такимъ образомъ, на первомъ мѣстѣ, въ системѣ уголовныхъ доказательствъ, долженъ быть поставленъ личный осмотръ судьи, какъ дающій, при нормальныхъ условіяхъ наблюденія, высшую достовѣрность—чувственную очевидность. вспомо­гательнымъ, хотя и вполне самостоятельнымъ средствомъ для этого вида доказательства, является заключеніе свѣдущихъ людей, объясненіе того, что судьбою было усмотрѣно лично.

Далѣе, когда средства личного осмотра судейскаго исчерпаны, приходится возстановлять моменты прошлаго событія путемъ другихъ средствъ, при помощи показаній людей, а также заключеній отъ фактовъ извѣстныхъ къ неизвѣстнымъ, искомымъ.

На первомъ планѣ здѣсь можно поставить собственное признаніе подсудимаго; затѣмъ—свидѣтельскія показанія и, наконецъ, письменные документы, также относящіеся къ разряду человѣческихъ показаній.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что система уголовныхъ доказательствъ представляетъ слѣдующую классификацію:

Первый родъ доказательствъ: пр я м ы я .

- | | | |
|-------|---|--|
| Виды: | } | I. Чувственная очевидность: личный осмотръ и экспертиза. |
| | | II. Собственное признаніе подсудимаго. |
| | | III. Показанія свидѣтелей. |
| | | IV. Письменные документы. |

Второй родъ доказательствъ: У л и к и .

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Доказательственнымъ правомъ опредѣлительнымъ называется совокупность законодательныхъ постановленій, указывающихъ способы установленія и пользованія уголовными доказательствами, съ цѣлью добыть достовѣрность фактовъ, составляющихъ предметъ процессуальнаго изслѣдованія.

О С Н О В А Н І Я .

Подробная мотивировка этого опредѣленія, послѣ всего сказаннаго о сущности судебно-уголовной достовѣрности, представляется ненужною. Доказательственное право, составляя главное содержаніе

уголовнаго процесса, опредѣляетъ не только порядокъ судопроизводства (modus procedendi), но отчасти судоустройства. Съ отказомъ законодательства отъ опредѣленія силы доказательствъ, судопроизводственный кодексъ сводится къ системѣ судебныхъ дѣйствій, указывающихъ, какъ устанавливать доказательство и какъ имъ пользоваться. Изложеніе способовъ установленія и пользования различными видами доказательствъ, въ уголовномъ процессѣ, составить предметъ особенной части настоящаго сочиненія. Здѣсь замѣтимъ только, что, въ доказательственномъ правѣ, относительно каждаго отдѣльнаго доказательства, слѣдуетъ различать слѣдующіе элементы:

Во-первыхъ, судебное дѣйствіе, коимъ устанавливается доказательство. Напримѣръ, допросъ свидѣтеля (441 ст. Устава угол. судопр.).

Во-вторыхъ, установленіе доказательства—напримѣръ, составленіе протокола показанія свидѣтеля (стт. 453, 408 и 409 Устава угол. судопр.).

Въ-третьихъ, пользование доказательствомъ. Сюда относятся всѣ постановленія, имѣющія въ виду обезпечить истину, напримѣръ, относительно свидѣтелей, слѣд. статьи Устава угол. судопр.: 442 (о присягѣ свидѣтелей); 446 (допросъ свидѣтелей порознь); 447 (характеръ вопросовъ свидѣтелю); 448 предложеніе свидѣтелю новыхъ вопросовъ по предложенію обвиняемаго, которому прочтено показаніе свидѣтеля); 452 (очныя ставки) и т. д.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

Доказательственнымъ правомъ охранительнымъ называется совокупность законодательныхъ постановленій, опредѣляющихъ принудительныя мѣры, коими располагаетъ судебная власть какъ для обезпеченія доставленія доказательствъ третьими лицами, такъ и для оградненія достовѣрности этихъ доказательствъ.

ОСНОВАНІЯ.

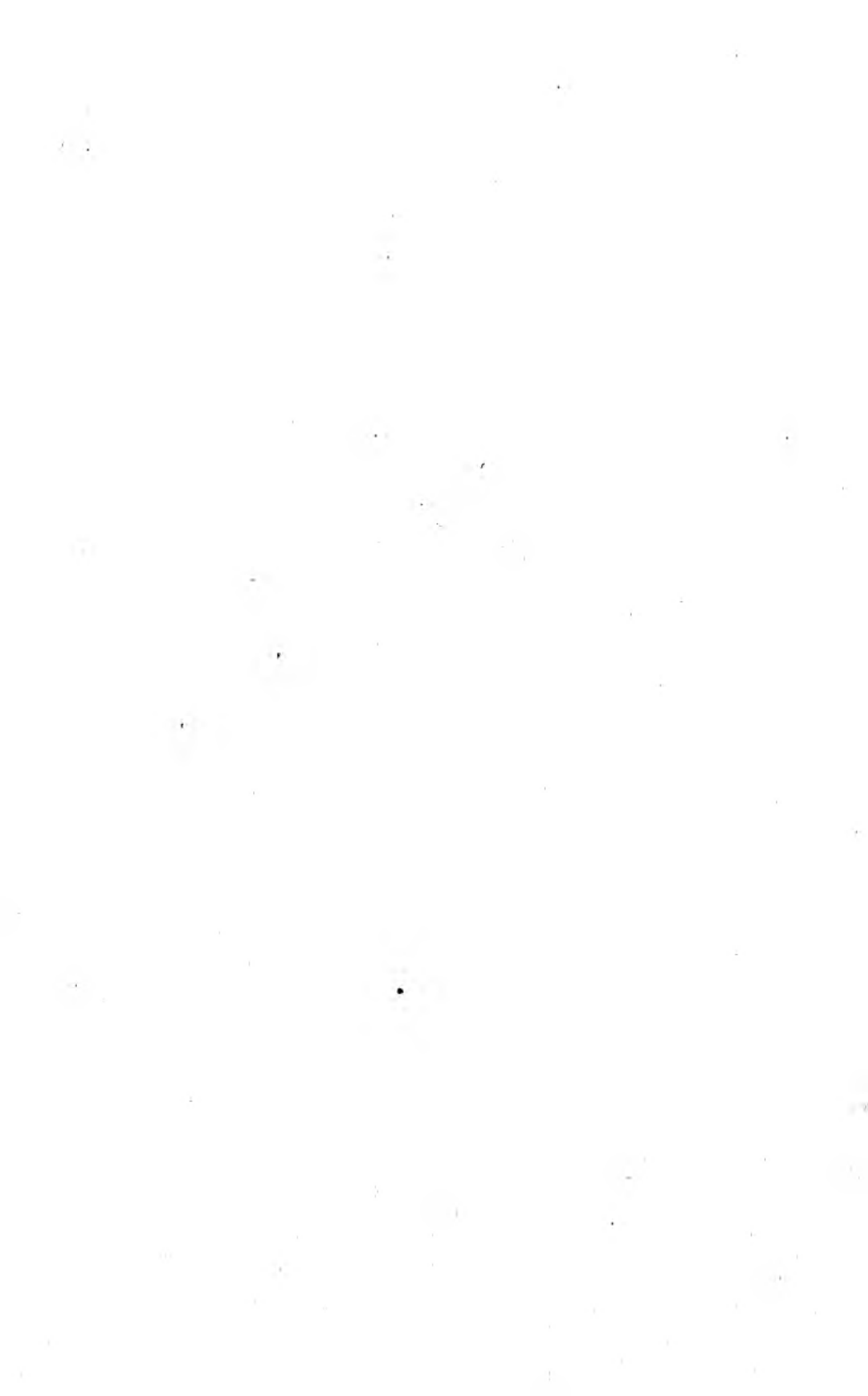
Всякое право содержитъ въ себѣ санкцію принужденія, исходящаго отъ государства; доказательственное право было бы какою-то академическою методологіею, если бы судебная власть не имѣла въ своемъ распоряженіи мѣръ принужденія по отношенію къ третьимъ лицамъ, которыя могутъ, но не желаютъ доставить доказательства судебной власти. Поэтому, въ доказательственное право входитъ значительная доля принужденія, падающая тяжелымъ, но неизбѣжнымъ бременемъ на общество. Смотри на то, какъ на судѣ распинаютъ допросами ни въ чемъ неповиннаго свидѣтеля, невольно думаешь, не въ этой ли моральной пыткѣ осуществляется отвѣтственность общества за преступленіе, нашедшее въ его грѣхахъ свою благопріятную почву, а въ его равнодушіи къ нравственному злу—свое поощреніе?

Доказательственное право охранительное будетъ излагаться въ ученіи объ отдѣльныхъ видахъ доказательствъ. Здѣсь же, для примѣра, приведемъ какую нибудь ст. Устава угол. суд., въ которой содержится принудительная мѣра. Ст., напр., 438 гласитъ: «Въ случаѣ неявки свидѣтеля безъ представленія законныхъ причинъ, указанныхъ въ ст. 388, судебный слѣдователь налагаетъ на него денежное взысканіе не свыше пятидесяти рублей, и посылаетъ къ нему вторичную повѣстку. Если и затѣмъ свидѣтель не явится въ срокъ и не представитъ законныхъ къ тому причинъ, то онъ приводится къ слѣдствію». Здѣсь, такимъ образомъ, принужденіе направляется на то, чтобы доставлено было доказательство. Далѣе, свидѣтель приводится къ присягѣ; если онъ не желаетъ принять ее, то онъ привлекается за это къ отвѣтственности.

Доказательственное право охранительное не столько интересно теоретически, сколько важно въ практическомъ отношеніи. Падая большою тяжестью на общество, оно достойно особеннаго вниманія законодателя, какъ задача довольно трудная: необходимо согласить интересы правосудія съ возможно большимъ щаженіемъ свободы и спокойствія частныхъ лицъ, несущихъ повинность на пользу юстиціи.

КНИГА ВТОРАЯ.

Общія условія представленія доказательствъ.



УСЛОВІЕ ПЕРВОЕ.

Бремя доказанія (Onus probandi) на обвинителѣ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Въ смыслѣ юридической обязанности, бремя доказанія (onus probandi) **всѣхъ обстоятельствъ дѣла, существенныхъ для постановленія уголовного приговора, нераздѣльно лежитъ на плечахъ обвинителя.**

ОСНОВАНІЯ.

Бремя доказанія (onus probandi) въ уголовномъ процессѣ, сравнительно съ гражданскимъ, управляется особыми началами.

Onus probandi, какъ юридическая обязанность особаго органа въ процессѣ, предполагаетъ отдѣленіе власти обвинительной отъ судебной. Вотъ почему о бремени доказанія, какъ объ особой обязанности, не можетъ быть рѣчи въ строго-слѣдственномъ процессѣ, гдѣ судья, въ одномъ своемъ лицѣ, соединяетъ обязанности обвинителя, судьи и защитника. При этой формѣ процесса, судья, разсматривая письменное производство дѣла, самъ формулируетъ обвиненіе, самъ изслѣдуетъ оправдательныя доказательства и самъ же постановляетъ приговоръ. Состязательнаго начала, т. е. судебной борьбы обвиненія и защиты, въ этомъ процессѣ нѣтъ; нѣтъ, слѣдовательно, и бремени доказанія, какъ обязанности спеціальнаго органа, не можетъ быть и рѣчи о распредѣленіи этого бремени. Въ этомъ отношеніи, судья, въ строго-слѣдственномъ процессѣ, напоминаетъ историка, изслѣдующаго какое-нибудь прошедшее событіе. Предъ нимъ не производится судебного слѣдствія; онъ не соприкасается непосредственно съ доказательствами; не выслушиваетъ подсудимаго и свидѣтелей; стороны не разрабатываютъ въ его присутствіи доказательства; предъ нимъ не располагаются, въ отчетливыхъ группахъ, утвержденія обвинителя и защиты. У него одинъ матеріалъ—письменные акты, и своимъ личнымъ безпристрастіемъ онъ долженъ замѣнить тѣ гарантіи, которыя даются разработкою дѣла двумя заинтересованными сторонами, изъ которыхъ каждая исчерпываетъ всевоз-

возможные доводы, чтобы убедить судью. Впрочемъ, строго-слѣдственный судья, по условіямъ своей дѣятельности, и не нуждается въ убѣжденіи по дѣлу: онъ только подводитъ имѣющіеся факты подъ требованія формальной теоріи доказательствъ. Онъ не изслѣдователь; онъ примѣняетъ законъ къ факту. Логическая потребность въ раздѣленіи обвиненія, защиты и сужденія, однако, такъ велика и настоятельна, что даже въ строго-слѣдственномъ процессѣ судья не можетъ обойтись безъ отдѣленія, по крайней мѣрѣ въ своемъ умѣ, доказательствъ обвиненія отъ доказательствъ защиты. Но такое раздѣленіе функций въ умѣ, какъ показалъ опытъ, кончалось обыкновенно тѣмъ, что судья наклонялся скорѣе въ сторону обвиненія, чѣмъ защиты. Строго-слѣдственный процессъ представляетъ неравную борьбу между слѣдственнымъ судьей и подсудимымъ: первый является всесильнымъ обвинителемъ, второй—собственнымъ, обыкновенно плохимъ, защитникомъ. Изъ сказаннаго ясно, что, въ строго-слѣдственномъ процессѣ, бремени доказанія, какъ юридической обязанности особаго органа въ судѣ не было. Время доказанія лежало на томъ, кто рѣшалъ дѣло, на судѣ; а этотъ перемѣщалъ его на подсудимаго.

Перейдемъ теперь къ обвинительному процессу. Строго-обвинительнаго уголовного процесса, вполнѣ тождественнаго, по своимъ началамъ, съ гражданскимъ, нѣтъ и даже быть не можетъ по преступленіямъ, преслѣдуемымъ во имя общественнаго интереса. Если мы говоримъ объ обвинительномъ процессѣ, то имѣемъ въ виду ту форму послѣдняго, которая наиболѣе приближается къ состязательному гражданскому судопроизводству.

Уголовный процессъ, ближе всего стоящій къ чистой обвинительной формѣ, есть англійскій. Посмотримъ, въ чемъ состоитъ ученіе англійской теоріи доказательствъ о бремени доказанія (*burden of proof*). Для этого изложимъ ученія лучшихъ писателей по данному вопросу и сдѣлаемъ общій выводъ. Основаніемъ этихъ ученій, конечно, служитъ англійская судебная практика. Стивенъ (*A digest of law of evidence. London, 1906, p. 108*) даетъ слѣдующія правила о бремени доказанія въ уголовномъ процессѣ¹⁾. Время доказанія, что данное лицо виновно въ совершеніи преступленія, лежитъ на томъ, кто утверждаетъ это. Исходнымъ пунктомъ этого правила служитъ общее положеніе, что невиновность лица предполагается, доколѣ не доказано противное. Однако, по Стивену, въ теченіе дѣла, время доказанія можетъ перемѣститься и на подсудимаго, если обвинитель докажетъ какіе-либо факты, возбуждающіе предположеніе въ пользу его утвержденій. Напр., замужняя женщина А. обвиняется въ кражѣ и признаетъ себя невиновною. Время доказанія лежитъ на обвинителѣ. Доказано, что она, вскорѣ послѣ совершившейся кражи, владѣла краденными вещами. Время доказанія перемѣщается на А. Она показываетъ, что украла вещи въ присутствіи своего мужа. Время доказанія, что она не была принуждена къ кражѣ мужемъ, перемѣ-

¹⁾ Слѣдуетъ замѣтить, что по *law of evidence* правила объ *onus probandi* почти одни и тѣ же какъ для уголовного, такъ и для гражданского процесса.

щается на обвинителя. Далѣе, Стивенъ выставляетъ слѣдующее положеніе: «Время доказанія какого-либо отдѣльнаго факта лежитъ на той сторонѣ, которая желаетъ, чтобы судъ убѣдился въ дѣйствительности того факта. Исключеніе составляютъ случаи, когда самъ законъ опредѣляетъ—на какой именно сторонѣ лежитъ бремя доказанія. Но въ теченіе дѣла бремя доказанія можетъ перемѣщаться съ одной стороны на другую. При опредѣленіи количества доказательствъ, необходимаго для такого перемѣщенія, судъ принимаетъ во вниманіе тѣ благопріятныя условія, въ которыхъ находились стороны для знанія и, слѣдовательно, возможности доказанія подлежащаго факта. Напр., А. обвиняетъ В. въ воровствѣ и желаетъ убѣдить судъ, что В. сознался въ своемъ преступленіи лицу С.; А. долженъ доказать, что это признаніе дѣйствительно было сдѣлано. В. желаетъ убѣдить судъ, что, во время совершенія преступленія, онъ находился въ другомъ мѣстѣ. В. долженъ это доказать». Наконецъ, послѣднее правило, даваемое Стивеномъ, заключается въ томъ, что бремя доказанія факта, который долженъ быть удостовѣренъ для того, чтобы сторонѣ дозволено было представить какое-либо доказательство, лежитъ на той сторонѣ, которая желаетъ представить то доказательство. Напр., А. желаетъ доказать, что В. далъ предсмертное показаніе¹⁾. А. долженъ доказать, что В. умеръ и что онъ потерялъ всякую надежду на жизнь, въ то время, когда давалъ свое показаніе. С. желаетъ доказать путемъ второстепеннаго доказательства содержаніе потеряннаго документа. С. долженъ доказать, что документъ былъ дѣйствительно потерянъ. Въ своемъ «Индійскомъ актѣ о доказательствахъ, 1872 г.» (The Indian Evidence Act. 1872) Стивенъ, исходя изъ того же начала, что бремя доказанія лежитъ на томъ, кто утверждаетъ что либо, даетъ слѣдующее правило о перемѣщеніи бремени доказанія въ уголовномъ процессѣ. «При обвиненіи кого-либо въ преступленіи, бремя доказанія обстоятельствъ, подводящихъ дѣло подъ дѣйствіе общихъ исключеній индійскаго уголовного кодекса, или подъ какое-либо условіе въ другой части кодекса, или подъ какой-либо законъ, опредѣляющій самое дѣяніе, лежитъ на обвиняемомъ. Доколь не представлено доказательствъ, судъ долженъ предполагать отсутствіе таковыхъ обстоятельствъ». Напримѣръ, А., обвиняемый въ убійствѣ, утверждаетъ, что, вслѣдствіе душевной болѣзни, онъ не понималъ свойства своего дѣянія. Время доказанія душевной болѣзни лежитъ на А. В., обвиняемый въ убійствѣ, утверждаетъ, что вслѣдствіе сильной и внезапной провокаціи, онъ потерялъ всякое самообладаніе. Время доказанія лежитъ на В.

Ученіе Стивена о бремени доказанія въ уголовномъ процессѣ сводится къ слѣдующимъ положеніямъ:

1) Въ уголовномъ судѣ невиновность лица предполагается, доколь не доказано противное.

¹⁾ Dying declaration, т. е. неприсяжное показаніе умирающаго, сознающаго, что онъ умираетъ. Это сознаніе наступающей смерти замѣняетъ гарантію присяги: предполагается, что сознающій наступающую смерть не будетъ лгать.

2) Бремя доказанія, что данное лицо совершило преступленіе, лежитъ на обвинителѣ.

3) Бремя доказанія перемѣщается на подсудимаго, если представленныя обвинителемъ доказательства вызываютъ предположеніе въ пользу основательности обвиненія.

4) Бремя доказанія отдѣльнаго факта лежитъ на томъ, кто желаетъ, чтобы судъ вѣрилъ въ существованіе этого факта; но это бремя можетъ перемѣщаться и на другую сторону. Перемѣщая это бремя, судъ принимаетъ во вниманіе, насколько данная сторона находится въ благопріятныхъ условіяхъ для знанія и, слѣдовательно, для возможности доказанія данного факта. Это послѣднее правило въ «Индійскомъ актѣ о доказательствахъ» (Ind. Evid. Act. 106) выражено такимъ образомъ: «Если какой-либо фактъ по обстоятельствомъ особенно извѣстенъ одной изъ сторонъ, то бремя доказанія этого факта лежитъ на этой именно сторонѣ. Напр., лицо совершаетъ какое-либо дѣйствіе, съ какимъ-либо намѣреніемъ, отличнымъ отъ того, которое непосредственно выражается самымъ дѣйствіемъ; бремя доказанія того намѣренія лежитъ на совершителѣ дѣйствія. А. обвиняется въ томъ, что ѣхалъ по желѣзной дорогѣ, безъ билета. Бремя доказанія, что билетъ былъ взятъ, лежитъ на А.

5) Бремя доказанія факта, который предварительно долженъ быть удостовѣренъ предъ судомъ, для того, чтобы сторонѣ разрѣшено было представленіе какого-либо доказательства, падаетъ на ту сторону, которая желаетъ представить это доказательство.

Наконецъ, поясненіемъ къ ученію Стивена о бремени доказанія можетъ послужить слѣдующее, помѣщенное имъ въ «Индійскомъ актѣ о доказательствахъ», правило, которое должно оказать большое вліяніе на распредѣленіе бремени доказанія между сторонами на судѣ:

6) Судъ можетъ предполагать существованіе фактовъ, которые онъ считаетъ вѣроятными на основаніи обыкновеннаго хода физическихъ явленій, человѣческаго поведенія, общественныхъ и частныхъ дѣлъ.

Для объясненія этого правила, Стивенъ даетъ слѣдующіе примѣры судейскихъ предположеній: «Человѣкъ, во владѣніи котораго находятся краденныя вещи, вскорѣ послѣ совершенной кражи, есть или воръ, или пріобрѣтатель этихъ вещей, съ знаніемъ, что онѣ уворованы. Подобное предположеніе имѣетъ силу, пока не доказано противное обвиняемымъ лицомъ». «Показаніе соучастника можно считать нестоящимъ вѣры, пока обстоятельства такого показанія не подтверждены». «Можно предполагать, что отвѣтъ, который дать кто-нибудь отказывается, былъ бы для него неблагопріятенъ».

Вникая въ эти предположенія, можно сказать, что, по ученію Стивена, бремя доказанія должно перемѣщаться на подсудимаго во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предположеніе, основанное на обыкновенномъ ходѣ физическихъ или нравственныхъ явленій, возникаетъ противъ подсудимаго. Правда, Стивенъ, въ дальнѣйшихъ своихъ объясненіяхъ, указываетъ случаи, когда вышеприведенныя предположенія не должны имѣть силы; но во всѣхъ указанныхъ имъ слу-

чаяхъ одно предположеніе уничтожалось другимъ. Принципъ, выставленный Стивеномъ, не теряетъ своей силы отъ того, что онъ его ограничиваетъ естественными предѣлами, внѣ которыхъ нѣтъ основанія для его примѣненія. Въ сочиненіи, гораздо ранѣе указанномъ¹⁾, Стивенъ объясняетъ, что въ случаяхъ доказыванія посредствомъ уликъ бываетъ моментъ, когда обвинитель сдѣлалъ все, что могъ сдѣлать, и когда остается одно—потребовать доказательствъ отъ подсудимаго; если послѣдній такихъ доказательствъ не представляетъ, то остается сдѣлать изъ этого неблагоприятныя для него заключенія.

Бэстъ²⁾, въ изложеніи ученія о бремени доказанія (*burden of proof*), исходитъ отъ мысли, что правила объ *onus probandi* имѣютъ въ своемъ основаніи начала логики (*principles of natural reason*). Всякій вообще споръ, въ концѣ концовъ, сводится къ тому, что одна сторона утверждаетъ что-либо, а другая это отрицаетъ, или, по крайней мѣрѣ, не признаетъ. Понятно, что гдѣ нѣтъ основанія предполагать, что утвержденія одной стороны имѣютъ за себя больше вѣроятностей, чѣмъ отрицанія другой, и гдѣ средства доказыванія одинаково доступны для спорящихъ, тамъ сторона, что-либо утверждающая, должна и доказать свои утверженія — на ней лежитъ *onus probandi*. Отрицающая сторона не должна приводить никакихъ доказательствъ противнаго, пока утверждающая не представитъ болѣе или менѣе убѣдительныхъ доказательствъ въ подкрѣпленіе своихъ положеній. Таковы логическія основанія извѣстнаго процессуальнаго правила, выраженнаго во многихъ юридическихъ максимахъ: «*Actori incumbit onus probandi*», «*Actori incumbit probatio*», «*Actore non probante reus absolvitur*». Истецъ долженъ на первыхъ порахъ сдѣлать свой искъ доказаннымъ, по крайней мѣрѣ, *prima facie*: «*Melior est conditio rei, quam actoris*», «*In dubio secundum reum, potius quam secundum actorem litem dari oportet*», «*Semper in obscuris quod minimum est sequimur*». Если отвѣтчикъ, вмѣсто простого отрицанія того, что противная сторона утверждаетъ, ссылается на какой-нибудь фактъ, который, буде достовѣренъ, послужитъ отвѣтомъ, то бремя доказанія перемѣщается на него, отвѣтчика. Онъ долженъ доказывать, по крайней мѣрѣ, настолько, чтобы его положеніе представлялось подтвержденнымъ *prima facie*: «*Agere is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*», «*Reus excipiendo fit actor*», «*In genere quicumque aliquid dicit, sive actor sive reus, necesse est, ut probet*».

Послѣ этихъ общихъ основаній, Бэстъ излагаетъ ученіе о бремени доказанія; изъ него можно извлечь слѣдующія правила:

1) Бремя доказанія лежитъ на томъ, кто ставитъ, въ спорѣ, положительное утверженіе.

Это правило выражается въ правилѣ: «*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*». Однако, правило это должно быть правильно понято, иначе оно можетъ повлечь за собою странныя выводы. Отри-

¹⁾ Stephen, A general view of the criminal law of England. p. 303.

²⁾ Best, The principles of the law of evidence. London, 6-th edit., p. 366.

цаніе, конечно, не можетъ быть доказываемо, когда оно въ себѣ ничего, кромѣ голаго «нѣтъ», не содержитъ. Нѣчто, рѣшительно ничѣмъ неопредѣленное, понятно, не можетъ быть доказываемо. Обвинитель утверждаетъ, что случилось событіе, не объясняя гдѣ, когда и при какихъ обстоятельствахъ. Какъ можетъ подсудимый доказать свое отрицаніе, что въ извѣстномъ мѣстѣ, неизвѣстно когда и при неизвѣстныхъ условіяхъ, указанное событіе не случилось? Напротивъ, отрицаніе, содержащее въ себѣ положительное утвержденіе, *negativa praegnans*, можетъ быть доказываемо. Отрицаніе, не содержащее въ себѣ ничего положительнаго, не потому не можетъ быть доказываемо, что оно отрицаніе, а потому что оно совершенно неопредѣленно «*Si negativa indefinita probari non potest*, говоритъ старинный юристъ¹⁾, *id non inde est, quia negativa, sed quia indefinita, nec affirmativa indefinita potest*». Слѣдовательно, правило о томъ, что отрицаніе не можетъ быть доказываемо, относится не къ отрицательной формѣ вообще, а къ совершенно неопредѣленнымъ отрицаніямъ. Далѣе, и положительное отрицаніе, если оно отличается полною неопредѣленностью, не можетъ быть доказываемо. Предположимъ, что подсудимый утверждаетъ, будто онъ всегда носилъ пуховую шляпу. Какъ онъ можетъ это доказать? Ему нужно было бы собрать свидѣтелей каждаго своего появленія на улицѣ, въ теченіе всей жизни, чтобы доказать свое неопредѣленное «я носилъ». Если же онъ скажетъ, что носилъ такую шляпу въ теченіе двухъ, трехъ дней, то утвержденіе дѣлается болѣе опредѣленнымъ и болѣе удобнымъ для подтвержденія его фактами.

2) Время доказанія можетъ быть перемѣщено на другую сторону: а) тѣми юридическими презумпціями, которыя позволяется опровергать (*praesumptiones juris*); б) сильными фактическими предположеніями, и в) всякимъ видомъ доказательствъ, которыя создаютъ предположеніе въ пользу утверждающаго что-либо на основаніи этихъ доказательствъ.

Когда презумпція идетъ въ пользу стороны отрицающей, то это — лишнее основаніе для того, чтобы бремя доказанія пало на плечи утверждающаго; но когда презумпція идетъ въ пользу стороны, утверждающей что-либо, то отрицающая сторона должна принять на себя бремя доказанія. Напримѣръ, обвинитель утверждаетъ, что подсудимый совершилъ такое-то преступленіе. *Praesumptio juris* идетъ въ пользу подсудимаго; онъ предполагается невиновнымъ, доколѣ не доказано противное. Здѣсь *praesumptio juris* даетъ лишнее основаніе для того, чтобы бремя доказанія лежало на обвинителѣ; говоримъ—«лишнее основаніе», потому что и безъ того на немъ лежитъ это бремя, ибо онъ утверждаетъ. Обвинитель, на основаніи доказательствъ, утверждаетъ, что, судя и по дѣйствию подсудимаго и на основаніи обычнаго хода человѣческихъ дѣлъ, онъ совершилъ убійство предумышленно. Здѣсь, по англійскому ученію, *praesumptio juris* идетъ противъ подсудимаго—умыселъ предполагается на осно-

¹⁾ Боккеи (см. Bonnier, Traité des preuves, I, p. 38).

ванія дѣйствія, доколѣ противное не доказано (Malice is presumed from the act of killing, unless its absence be shewn,—бремя доказыванія непредумышленности падаетъ на подсудимаго». Далѣе, бремя доказанія перемѣщается вслѣдствіе всякаго сильнаго фактическаго предположенія, возникающаго изъ представленныхъ доказательствъ. Когда обвинитель сдѣлалъ все, что отъ него разумно можетъ быть потребовано въ дѣлѣ подтвержденія обвиненія, въ пользу его обвиненія возникаетъ благопріятное фактическое предположеніе, и бремя доказанія перемѣщается на подсудимаго. Конечно, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, только судъ можетъ рѣшить, когда именно наступаетъ этотъ моментъ перемѣщенія *onus probandi*. Обвинитель, напримѣръ, доказалъ по дѣлу объ отравленіи, что подсудимый купилъ ядъ. Больше отъ обвинителя, по мнѣнію англійскихъ писателей, нельзя требовать. Судъ долженъ потребовать отъ подсудимаго доказательствъ въ томъ, что цѣль покушки яда была невинная. Владѣніе краденными вещами вскорѣ послѣ совершенія кражи, доказанное обвинителемъ, переваливаетъ бремя доказыванія на подсудимаго: онъ долженъ доказать, какъ онъ приобрѣлъ ихъ, доказать, что онъ не зналъ, что онъ краденныя.

3) Третья причина, по которой бремя доказанія можетъ быть перемѣщено, заключается въ фактической возможности для стороны представить доказательство. Конечно, тотъ, кто утверждаетъ что-либо, долженъ и представить доказательство. Но легко вообразить себѣ случай, когда представленіе доказательства гораздо удобнѣе, даже только и возможно для стороны отрицающей. Не будетъ ли несправедливостью, а иногда и нелѣпостью требовать представленія доказательства отъ той стороны, для которой это или крайне трудно, или даже и совсѣмъ невозможно, требовать потому только, что эта сторона утверждаетъ и, слѣдовательно, должна нести бремя доказанія? Для избѣжанія подобной несправедливости и выработано въ англійской теоріи доказательствъ правило, что бремя доказанія лежитъ на сторонѣ, желающей поддержать свое дѣло отдѣльнымъ фактомъ, который, по обстоятельствамъ, ей болѣе извѣстенъ или, по предположенію, долженъ быть болѣе извѣстенъ. (That the burden of proof lies on the person who wishes to support his case by a particular fact which lies more peculiarly within his own knowledge, or of which he is supposed to be cognizant). Для примѣра приведемъ такой случай: подсудимый обвиняется въ незаконной охотѣ въ чужихъ владѣніяхъ; обвинитель доказываетъ, что подсудимый не имѣлъ отъ владѣльца разрѣшенія на охоту. Подсудимый отрицаетъ противозаконность своей охоты. Кто долженъ представить доказательства: обвинитель ли—въ томъ, что не было разрѣшенія, или подсудимый—въ томъ, что онъ получилъ разрѣшеніе? Для подсудимаго возможнѣе и удобнѣе представить это доказательство, ему этотъ фактъ долженъ быть болѣе извѣстенъ. Нужно замѣтить, однако, что англійскіе авторитеты расходятся по вопросу о примѣненіи этого начала къ уголовнымъ дѣламъ, такъ что примѣненіе его чрезвычайно шатко въ дѣйствительности. Кому удобнѣе, легче, или даже возможнѣе представить доказательство? Таковъ вопросъ,

который здѣсь возникаетъ. Рѣшать этотъ вопросъ на основаніи предположенія, что такой то сторонѣ, по обстоятельствамъ, фактъ долженъ быть извѣстенъ, что для нея, слѣдовательно, доступнѣе представленіе самаго доказательства, было бы несправедливостью во многихъ случаяхъ. Вопросъ болѣе или менѣе справедливо можетъ быть рѣшенъ только *in concreto*, по особенностямъ даннаго случая. Нѣкоторые судьи рѣшаютъ его въ томъ смыслѣ, что бѣльшая извѣстность факта не можетъ перемѣстить бремени доказанія въ уголовныхъ дѣлахъ, а только вліять на опредѣленіе вѣса доказательствъ. Т. е. обвинитель все-таки обязанъ доказывать этотъ фактъ; подсудимый же, отрицающій его, можетъ взять на себя окончательное рѣшеніе вопроса, представивъ болѣе вѣское доказательство. Судья Нольбойдъ далъ такое мнѣніе по этому вопросу, — что вышеупомянутое правило «ни въ какомъ случаѣ не должно восполнять недостатки въ необходимыхъ доказательствахъ противъ подсудимаго, обвиняемаго въ преступленіи. Когда доказательства обвиненія представлены, вышеупомянутое правило должно быть принято во вниманіе при оцѣнкѣ вѣса представленныхъ доказательствъ, неопровергнутыхъ или неослабленныхъ подсудимымъ, который могъ бы представить доказательства противнаго, если бы то, что доказывалось обвинителемъ, было дѣйствительно невѣрно». Такимъ образомъ, согласно этому послѣднему мнѣнію, правило о болѣе доступности доказательства противной сторонѣ не должно вызывать перемѣщенія бремени доказанія, а должно только служить основаніемъ для оцѣнки силы представленныхъ обвинителемъ доказательствъ. Непредставленіе доказательства, при особенной доступности его для одной стороны, рассматривается какъ обстоятельство, увеличивающее вѣсъ доказательства, представленныхъ обвинителемъ.

Тэйлоръ ¹⁾, въ ученіи о бремени доказанія въ уголовномъ процессѣ, излагаетъ слѣдующія правила:

1. Бремя доказанія лежитъ на обвинителѣ, если законъ не перемѣщаетъ этой обязанности, по какому-нибудь обстоятельству дѣла, на подсудимаго.

2. Случаи перемѣщенія, приводимые Тэйлоромъ изъ статутовъ, вообще говоря, сводятся къ слѣдующему общему началу: бремя доказанія того, что законъ даетъ въ данномъ случаѣ власть; что дано было необходимое согласіе, или что въ данномъ случаѣ имѣется обстоятельство извиняющее и т. п., лежитъ на подсудимомъ (*burthen of proving authority, lawful excuse, consent and the like, should lie on the defendant*). Такъ, напр., въ случаѣ находженія у подсудимаго какихъ-либо инструментовъ, которыми могутъ быть чеканены монеты, онъ долженъ доказать, что на приобрѣтеніе такихъ инструментовъ имѣлъ разрѣшеніе. Кратко, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ совершеніе какого-либо дѣйствія, или на владѣніе ка-

¹⁾ A treatise on the law of evidence, by Taylor. London. 1864. Second edit. VI, §§ 344—349.

кими-либо предметами требуется законное разрѣшеніе, всѣ эти, исключаящія виновность, обстоятельства должны быть доказаны подсудимымъ. Напр., торгующій спиртными напитками долженъ имѣть разрѣшительный патентъ; обязанность доказать, что такой патентъ былъ взятъ, лежитъ на подсудимомъ.

3. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ фактъ особенно извѣстенъ одной сторонѣ, эта сторона должна взять на себя бремя доказанія такого факта, все равно, ставится ли на другой сторонѣ утверженіе, или отрицаніе.

Ученіе Тэйлора не представляетъ ничего новаго сравнительно съ изложенными уже ученіями Стивена и Бэста. Оно только рѣшительно излагаетъ вопросъ о перемѣщеніи бремени доказанія на подсудимаго. По Тэйлору, это перемѣщеніе имѣетъ мѣсто только въ двухъ случаяхъ: а) когда есть прямое требованіе закона, чтобы *onus probandi* лежалъ на подсудимомъ, и б) когда подсудимому особенно извѣстенъ фактъ, составляющій предметъ положительнаго или отрицательнаго тезиса обвинителя. Тэйлоръ совсѣмъ не говоритъ о перемѣщеніи бремени доказанія въ тѣхъ случаяхъ, когда обвинитель представленными доказательствами на столько подтвердилъ свои положенія, что въ пользу ихъ возникаетъ благоприятное предположеніе доказанности. Словомъ, Тэйлоръ не говоритъ о перемѣщеніи бремени доказанія въ случаяхъ, когда на это нѣтъ прямого указанія закона. Наконецъ, третье правило въ ученіи Тэйлора отличается рѣшительностью выраженія, едва-ли оправдываемою судебною практикой. Какъ мы видѣли при изложеніи ученія Бэста, практика эта до извѣстной степени шатка и представляетъ разнорѣчивые прецеденты.

Не вдаваясь въ изложеніе ученія объ *onus probandi* другихъ писателей по *law evidence*, такъ какъ всѣ они болѣе или менѣе сходны, постараемся сдѣлать общіе выводы, вывести общія правила о бремени доказанія въ англійскомъ уголовномъ процессѣ.

1. Бремя доказанія лежитъ на обвинителѣ, т. е. онъ долженъ доказать существенные пункты своего обвиненія, на столько доказать, чтобы не оставалось разумнаго сомнѣнія въ виновности. Это бремя доказанія лежитъ на обвинителѣ какъ въ томъ случаѣ, когда дѣло идетъ о преступленіи, состоящемъ въ совершеніи дѣйствія, такъ и въ томъ, когда дѣло идетъ объ опущеніи дѣйствія. Такимъ образомъ, *onus probandi* лежитъ на обвинителѣ какъ тогда, когда онъ ставитъ положительный тезисъ, такъ и тогда, когда онъ ставитъ отрицательный. Основаніями такого общаго начала являются два положенія. Во-первыхъ, кто утверждаетъ, долженъ доказать свое утверженіе. Это вытекаетъ изъ началъ логики; ибо безъ опредѣленнаго утверженія, все равно, выражено ли оно въ положительной или отрицательной формѣ (*praegnans negativa*), для отвѣтчика невозможны возраженія. Какъ могу я приводить доказательства своей невиновности, если мнѣ не даютъ никакихъ опредѣленныхъ фактовъ, доказывающихъ, что я совершилъ нѣчто, или не совершилъ того, что долженъ былъ сдѣлать? Всякое утверженіе складывается изъ цѣ-

лаго ряда отдѣльныхъ положеній, которыя касаются единичныхъ моментовъ даннаго событія. Если этихъ отдѣльныхъ моментовъ нѣтъ, то событіе и не возстановлено, оно не очерчено никакими обстоятельствами, признаками; слѣдовательно, не можетъ быть и опровергаемо. Во-вторыхъ, общее положеніе объ *onus probandi* основывается, говорятъ англійскіе писатели, на томъ, что невиновность подсудимаго предполагается, доколѣ противное не доказано. Приводитъ это второе основаніе для правила объ *onus probandi*, англійскіе писатели нѣкоторымъ образомъ приходятъ въ столкновеніе съ первымъ основаніемъ. Первое основаніе есть результатъ логическаго хода всякаго спора: второе—результатъ искусственнаго предположенія, созданнаго для оградженія личности. По первому основанію, чисто логическому, бремя доказанія должно иногда перемѣщаться, по второму—никогда; ибо, если предполагается невиновность, то все бремя доказанія, во всѣхъ подробностяхъ дѣла, должно нераздѣльно лежать на обвинителѣ. Напротивъ, если въ основаніе положить правило: «тотъ доказываетъ, кто утверждаетъ»; то бремя доказанія, по ходу дѣла, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, слѣдуетъ перемѣщаться и на подсудимаго. И дѣйствительно, что англійское ученіе о бремени доказанія исходитъ скорѣе отъ принципа: «*Ei incumbit probatio* и т. д.» видно уже изъ того, что презумпція о невиновности имѣетъ примѣненіе и въ гражданскомъ процессѣ¹⁾. Такимъ образомъ, въ общемъ результатѣ можно сказать что англійское ученіе объ *onus probandi* опредѣляется правиломъ, общимъ и для гражданскаго судопроизводства: «*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*». То обстоятельство, что правило это, какъ регуляторъ *onus probandi*, должно иногда приводить къ положеніямъ, противнымъ духу уголовного правосудія, служить, быть можетъ, причиною, что англійское ученіе объ *onus probandi*, въ уголовномъ процессѣ, представляется въ подробностяхъ до нѣкоторой степени непоследовательнымъ, уклоняясь отъ правилъ объ *onus probandi* въ гражданскомъ судопроизводствѣ²⁾.

2. Бремя доказанія можетъ, однако, перемѣститься и на подсудимаго: во-первыхъ, въ случаяхъ, когда, для совершенія извѣстнаго дѣйствія, или для владѣнія какими-либо вещами, требуется законное разрѣшеніе, полномочіе, или вообще должна быть представлена оправдывающая причина; во-вторыхъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда, вслѣдствіе представленныхъ обвинительныхъ доказательствъ, въ пользу обвиненія возникаетъ сильное предположеніе.

Что касается до случаевъ первой категоріи, то здѣсь, можно сказать, самъ законъ, согласно статутамъ, налагаетъ бремя доказанія на подсудимаго. Такъ какъ бремя доказанія уже напередъ въ этихъ случаяхъ взывается на подсудимаго, то нельзя сказать,

¹⁾ Best, p. 447: «Презумпція о невиновности покровительствуется въ правѣ. Эта презумпція проходитъ черезъ все уголовное право; но она имѣетъ значеніе и въ гражданскомъ процессѣ».

²⁾ Странно, что Beling, *Strafprozessrecht* въ *Holzendorf's Encyklopedie*, т. I, S. 370, 1904 г., совершенно отрицаетъ *onus probandi* въ уголовномъ процессѣ.

чтобы это было процессуальною особенностью,—это скорѣе относится къ матеріальному праву. (Во всѣхъ этихъ случаяхъ, обвинитель долженъ, однако, нѣчто доказать, чтобы *onus probandi* перемѣстился на подсудимаго; такъ, обвинитель долженъ доказать владѣніе запрещенными вещами; доказавъ это, обвинитель перемѣщаетъ *onus probandi* на подсудимаго, который обязанъ доказать, что онъ имѣлъ разрѣшеніе). Перемѣщеніе бремени доказанія въ случаяхъ второй категоріи есть перемѣщеніе чисто процессуальное, напередъ неизвѣстное, обусловленное ходомъ доказанія на судѣ. Понятно, что доказательства, представленныя обвинителемъ, должны быть достаточно сильны, чтобы вызвать у судей предположеніе въ пользу виновности. Сюда относятся всѣ тѣ случаи, когда обвинитель доказалъ фактъ, который логически уже налагаетъ на подсудимаго бремени доказанія. Напр., обвинитель доказалъ, что подсудимый купилъ ядъ. Бремя доказанія падаетъ на подсудимаго, такъ какъ презумпція о его виновности, въ виду другихъ обстоятельствъ дѣла, этимъ фактомъ сильно расшатана. Моментъ, когда именно бремя доказанія въ такихъ случаяхъ перемѣщается на подсудимаго, не можетъ быть опредѣлено напередъ. Онъ указываетъ логическимъ ходомъ разработки доказательствъ.

3. Бремя доказанія перемѣщается на подсудимаго, если ему извѣстенъ, или долженъ быть ближе извѣстенъ фактъ, подлежащій доказанію на судѣ.

Англійская судебная практика, какъ мы сказали въ другомъ мѣстѣ, не единогласно признаетъ это обстоятельство причиною для перемѣщенія бремени на подсудимаго. Мы видѣли, что, по взгляду нѣкоторыхъ юристовъ, это обстоятельство является только основаніемъ для оцѣнки силы представленныхъ обвинителемъ доказательствъ; ибо бремя доказанія не снимается съ обвинителя, хотя бы фактъ и ближе былъ извѣстенъ подсудимому.

Вглядываясь въ изложенное ученіе англійской теоріи доказательствъ объ *onus probandi*, мы не можемъ не замѣтить, что оно отчасти заражено чуждыми началами гражданскаго судопроизводства. Оно несомнѣнно доказываетъ, что англійскій уголовный процессъ болѣе приближается къ типу обвинительнаго, чѣмъ слѣдственно-обвинительнаго, господствующаго на континентѣ Европы. Далѣе, перемѣщеніе бремени доказанія на подсудимаго указываетъ на существованіе, въ уголовномъ законодательствѣ, *praesumptiones juris*, которыя, конечно, перемѣщаютъ бремя опроверженія ихъ на подсудимаго. Въ заключеніе нужно замѣтить, что система частнаго обвиненія обыкновенно связана съ нѣкоторыми правилами о перемѣщеніи *onus probandi*, болѣе свойственными духу гражданскаго процесса. Такъ, въ римскомъ процессѣ, конечно, въ періодъ *Quaestiones perpetuae*, существовало *onus probandi*, какъ обязанность обвинителя; существовало, какъ слѣдствіе, и перемѣщеніе бремени доказанія. Система частнаго обвиненія несомнѣнно влечетъ за собою распредѣленіе бремени доказанія между обвинителемъ и подсудимымъ, такъ какъ и вообще, при такой системѣ, судъ играетъ

больше пассивную роль въ дѣлѣ изслѣдованія матеріальной истины. Однако, въ англійской судебной практикѣ, можно встрѣтиться и съ мнѣніями, что бремя доказанія, въ уголовномъ процессѣ, никогда не должно перемѣщаться на подсудимаго, такъ какъ государство, являющееся преслѣдователемъ, должно представить полныя доказательства виновности. Но эти мнѣнія стоятъ особнякомъ. (См. между прочимъ Greenleaf, On evidence. VI, p. 95: it would to be the true rule in criminal cases, though there are some decisions to the contrary, that the burden of proof never shifts.....).

Обращаемся теперь къ слѣдственно-обвинительной формѣ уголовного процесса для того, чтобы опредѣлить, какія правила управляютъ бременемъ доказанія при этомъ порядкѣ судопроизводства, господствующемъ въ континентальныхъ законодательствахъ Европы и въ нашемъ Уставѣ уголовного судопроизводства.

Слѣдственно-обвинительная форма уголовного процесса характеризуется двумя основными началами. Во-первыхъ, государство принимаетъ на себя обязанность собрать по дѣлу доказательства, какъ изобличающія подсудимаго, такъ и оправдывающія его. Это есть начало слѣдственное. Оно, главнымъ образомъ, осуществляется на предварительномъ слѣдствіи, задача котораго—собрать матеріалы для судебного слѣдствія, проходящаго предъ судьями, рѣшающими дѣло. Предварительное слѣдствіе производится слѣдственнымъ судьей, который долженъ относиться къ своему дѣлу не какъ обвинитель, а какъ судья. Слѣдственная часть отдѣлена отъ судебной; но она отдѣлена и отъ обвинительной власти.

Государство, въ лицѣ судебного слѣдователя, старается открыть матеріальную истину въ дѣлѣ, собирая доказательства, разъясняющія его со всѣхъ сторонъ. При этомъ слѣдственное начало, въ слѣдственно-обвинительномъ процессѣ, отличается отъ слѣдственного начала въ строго-слѣдственномъ процессѣ тѣмъ, что отъ подсудимаго не вымогается признанія, что слѣдствіе, главнымъ образомъ, обращено на открытіе объективныхъ доказательствъ. Обвинитель и подсудимый могутъ присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, и ихъ законныя домогательства направляются къ поддержанію собственныхъ интересовъ и исполняются судебнымъ слѣдователемъ. Представимъ тѣ статьи изъ Уст. угол. судопроизв., въ которыхъ выражено слѣдственное начало нашего процесса, принадлежащаго вообще къ формѣ слѣдственно-обвинительной. Ст. 265: «Судебный слѣдователь, при производствѣ слѣдствія, обязанъ съ полнымъ безпристрастіемъ приводить въ извѣстность какъ обстоятельства, уличающія обвиняемаго, такъ и обстоятельства, его оправдывающія». Ст. 404: «Предлагаемые обвиняемому вопросы должны быть кратки и ясны». Ст. 405: «Слѣдователь не долженъ домогаться признанія обвиняемаго ни обшаніями, ни ухищреніями, ни угрозами, или тому подобными мѣрами вымогательства». Ст. 406: «Если обвиняемый откажется отвѣчать на данные ему вопросы, то слѣдователь, отмѣтивъ о томъ въ протоколѣ, изыскиваетъ другія законныя средства къ открытію истины». Ст. 281: «По всѣмъ предметамъ, относящимся къ изслѣдованію преступленія и къ собранію доказатель-

ствъ, судебный слѣдователь исполняетъ законныя требованія прокурора или его товарища, съ отмѣткою въ протоколахъ, какія именно мѣры приняты по его требованію». Ст. 280: «Прокуроры и ихъ товарищи имѣютъ право присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ и разсматривать на мѣстѣ подлинное производство, не останавливаясь, однако, хода слѣдствія». Ст. 286: Прокуроръ или его товарищъ можетъ требовать дополненія предварительнаго слѣдствія по сдѣланнымъ имъ указаніямъ, хотя-бы судебный слѣдователь и призналъ слѣдствіе оконченнымъ». Ст. 448: «Допросъ, снятый со свидѣтеля въ отсутствіи обвиняемаго, прочитывается ему. Обвиняемый имѣетъ право опровергать сдѣланныя противъ него показанія и просить слѣдователя о предложеніи свидѣтелю новыхъ вопросовъ». Ст. 449: «Обстоятельства, приведенныя обвиняемымъ въ опроверженіе показаній свидѣтеля, должны быть изслѣдованы, если имѣютъ существенное въ дѣлѣ значеніе». Ст. 476: «По окончаніи предварительнаго слѣдствія, судебный слѣдователь, предъявивъ обвиняемому, если онъ о томъ просить будетъ, слѣдственное производство, спрашиваетъ его: не желаетъ ли онъ представить еще что-либо въ свое оправданіе». Ст. 477: «Если обвиняемый укажетъ на какія-либо новыя обстоятельства, то слѣдователь обязанъ повѣрить тѣ изъ нихъ, которыя могутъ имѣть вліяніе на рѣшеніе дѣла».—Вотъ тѣ статьи, въ которыхъ выражается слѣдственное начало въ нашемъ предварительномъ слѣдствіи, разносторонность котораго обезпечена опредѣленными правами сторонъ, имѣющихъ возможность поддерживать свои интересы при изслѣдованіи преступленія и собираніи доказательствъ. О бремені доказанія, а также о распредѣленіи его на предварительномъ слѣдствіи не можетъ быть рѣчи: здѣсь разслѣдуется дѣло *ex officio*, представителемъ государства, судьей, который обязанъ собирать доказательства не для иной цѣли, какъ только для сушей истины. Конечно, въ дѣйствительности предварительное слѣдствіе, пока на немъ нѣтъ защиты обвиняемаго, можетъ быть и бываетъ часто одностороннимъ. Правда, на слѣдствіи не рѣшается вопросъ о виновности. Односторонность слѣдствія, всегда вредная для правосудія, можетъ быть, впрочемъ, иногда исправлена на слѣдствіи судебномъ,—но только иногда.

Во-вторыхъ, другою характерною чертою слѣдственно-обвинительнаго процесса является то, что разработка доказательствъ на судѣ, предъ рѣшающими судьями, производится на основаніи опредѣленно-формулированнаго обвиненія, при помощи сторонъ, обвинителя и защитника, дѣйствующихъ состязательно.

Это есть начало обвинительное. Представляетъ ли эта часть нашего процесса чисто-обвинительную форму?

Чисто-обвинительная форма процесса это—та, которая осуществляется въ гражданскомъ судѣ. Она характеризуется тѣмъ, что судъ рѣшаетъ дѣло единственно на основаніи доказательствъ, представленныхъ сторонами. Истецъ долженъ доказать свой искъ; отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ, съ своей стороны, доказать свои возраженія. Судъ самъ никакихъ доказательствъ не собираетъ; онъ рѣшаетъ дѣло только по матеріа-

ламъ, которые доставлены тяжущимися¹⁾. Если стороны не представили доказательствъ по существеннымъ обстоятельствамъ, безъ разъясненія которыхъ невозможно рѣшить дѣло, то судъ объявляетъ объ этомъ сторонамъ и назначаетъ срокъ для представленія доказательствъ. Наконецъ, по просьбѣ сторонъ о допросѣ свидѣтелей или по ссылкѣ ихъ на доказательства, требующія повѣрки, судъ постановляетъ опредѣленіе о совершении этихъ дѣйствій. Вотъ начало чисто-состязательнаго процесса, который, въ примѣненіи къ уголовнымъ дѣламъ, называется строго-обвинительною формою. Судебное слѣдствіе уже потому не можетъ быть признано чисто-обвинительнымъ, что на него доставляются матеріалы, разслѣдованные государствомъ, въ лицѣ слѣдователя. Далѣе, на самомъ судебномъ слѣдствіи, до известной степени, слѣдственное начало существуетъ. Это выражается въ слѣдующихъ статьяхъ нашего Уст. угол. судопроизв.: 687, 688, 689, 690, 692.

Въ мотивѣ къ этимъ статьямъ объяснено: что «начало судебного состязанія сторонъ не исключаетъ самодѣятельности суда въ уголовномъ судопроизводствѣ и не обязываетъ его рѣшать дѣло только по тѣмъ даннымъ, которые предъявлены сторонами, но требуетъ единственно того, чтобы по всѣмъ свѣдѣніямъ, относящимся къ дѣлу, сторонамъ предоставлена была возможность судебного состязанія. Въ стремленіи къ этой цѣли, судъ уголовный не можетъ принимать въ уваженіе желанія сторонъ, ни того, что самъ подсудимый не хочетъ оправдывать свою невиновность, ни того, что самъ обвинитель потворствуетъ виновному. Поэтому, если стороны не предъявили всѣхъ тѣхъ свѣдѣній, которыя должны служить данными для основательнаго разрѣшенія уголовного дѣла, то судъ не можетъ удовлетвориться одними ихъ заявленіями, но обязанъ потребовать дополнительныхъ свѣдѣній.

Если судъ признаетъ протоколъ осмотра неимѣющимъ законной достовѣрности, или надлежащей точности, а повѣрку осмотра возможною, то онъ властенъ поручить одному изъ своихъ членовъ, или судебныхъ слѣдователей, произвести новый осмотръ установленнымъ порядкомъ (ст. 688). Въ чрезвычайныхъ случаяхъ, для мѣстнаго осмотра и вообще для ближайшаго удостовѣренія въ событіи, заключающемъ въ себѣ важное преступленіе, судъ можетъ даже выѣзжать на мѣсто преступленія и открывать тамъ судебное засѣданіе (ст. 689). Равномѣрно судъ можетъ для объясненія освидѣтельствующаго, произведеннаго при предварительномъ слѣдствіи, вызвать въ свое засѣданіе тѣхъ, кто производилъ это освидѣтельство, и потребовать отъ нихъ обстоятельнаго отчета въ ихъ дѣйствіяхъ (ст. 690). Нельзя также возбранить суду назначеніе новаго освидѣтельствующаго, или испытанія чрезъ избранныхъ имъ самимъ,

¹⁾ Въ нашемъ Уст. уг. судопр. чисто-обвинительная форма процесса существуетъ только для дѣлъ, которыя могутъ быть прекращаемы примиреніемъ: ст. 104: «Въ дѣлахъ, которыя дозволяется прекращать примиреніемъ, судъ ограничивается разсмотрѣніемъ тѣхъ только доказательствъ, которыя сторонами представлены или указаны».

или указанныхъ сторонами свѣдущихъ людей, съ тѣмъ, чтобы они производили свои дѣйствія, насколько это возможно, въ засѣданіи суда (ст. 692)». Этотъ мотивъ, разъясняющій нѣсколько статей нашего Уст. угол. судопр., совершенно основательно указываетъ, что даже судебное слѣдствіе не лишено слѣдственного начала. Тѣмъ не менѣе, это судебное слѣдствіе содержитъ въ себѣ и обвинительное начало, представляющее не однѣ только обвинительныя формы, какъ это принято выражаться, а самую сущность состязательности. Посмотримъ же, въ чемъ выражается обвинительное начало на судебномъ слѣдствіи?—Оно осуществляется въ нѣсколькихъ чрезвычайно важныхъ условіяхъ производства судебного слѣдствія.

Во-первыхъ, судебное слѣдствіе производится въ предѣлахъ обвинительнаго акта. Обвинительный актъ служитъ максимальной, если не минимальной программой разсмотрѣнія и рѣшенія дѣла. Это видно изъ слѣдующихъ статей Уст. угол. суд.: Ст. 752: «О преступномъ дѣяніи, непредусмотрѣнномъ въ обвинительномъ актѣ, но обнаруженномъ при судебномъ слѣдствіи, вопросы не предлагаются, если оно по закону подвергается наказанію болѣе строгому, чѣмъ дѣяніе, въ томъ актѣ опредѣленное». Ст. 753: «Въ случаѣ, указанномъ въ предшедшей статьѣ, дѣло обращается вновь къ предвартельному слѣдствію, если это окажется нужнымъ, и къ составленію обвинительнаго акта по всѣмъ преступнымъ дѣйствіямъ подсудимаго». Въ мотивѣ къ этимъ статьямъ сказано, что «если судебное слѣдствіе усиливаетъ степень уголовной отвѣтственности, предусмотрѣнной въ обвинительномъ актѣ, то рѣшеніе дѣла необходимо отложить, чтобы не лишать возможности обвинителя зрѣло обдумать и формулировать обвиненіе, а подсудимаго приготовиться къ защитѣ». Сущность же обвинительнаго процесса именно и заключается въ борьбѣ двухъ сторонъ, на основаніи формулированія уголовного обвиненія тѣмъ лицомъ, которое изобличаетъ подсудимаго: эта формулировка, обвинительный актъ, и является особенностью обвинительнаго процесса.

Во-вторыхъ, стороны, на судѣ пользуются, въ состязаніи, равными правами, какъ это видно изъ ст. 630 Уст. угол. судопр., гласящей: «Прокуроръ, или частный обвинитель съ одной стороны, а подсудимый, или его защитникъ съ другой, пользуются въ судебномъ состязаніи одинаковыми правами. Какъ той, такъ и другой сторонѣ предоставляется: 1) представлять въ подтвержденіе своихъ показаній доказательства; 2) отводить, по законнымъ причинамъ, свидѣтелей и свѣдущихъ людей, предлагать имъ, съ разрѣшенія предсѣдателя суда, вопросы, возражать противъ свидѣтельскихъ показаній и просить, чтобы свидѣтели были передопрошены въ присутствіи, или въ отсутствіи другъ друга; 3) дѣлать замѣчанія и давать объясненія по каждому дѣйствію, происходящему на судѣ, и 4) опровергать доводы и соображенія противной стороны».

Обращаемся теперь къ вопросу о бремени доказанія въ слѣдственно-обвинительномъ процессѣ. Конечно, вопросъ о бремени доказанія можетъ возникать только въ той части процесса, гдѣ проводится, хотя и не исключительно, начало обвинительное, выражаю-

щеся въ состязаніи сторонъ. Бремя доказанія, въ этомъ отдѣлѣ процесса, лежитъ на обвинителѣ. Этотъ выводъ получается прежде всего изъ слѣдующихъ статей нашего Уст. угол. судопр. Ст. 3: «По уголовнымъ дѣламъ, подвѣдомственнымъ мировымъ судебнымъ установленіямъ, обличеніе обвиняемыхъ предъ судомъ предоставляется потерпѣвшимъ отъ преступныхъ дѣйствій частнымъ лицамъ, а также полицейскимъ и другимъ административнымъ властямъ, въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ». Ст. 4: «По уголовнымъ дѣламъ, подвѣдомственнымъ общимъ судебнымъ установленіямъ, обличеніе обвиняемыхъ предъ судомъ возлагается на прокуроровъ и ихъ товарищей». Ст. 5: «Изъ правила, въ предшедшей статьѣ постановленнаго, изъемяются тѣ уголовныя дѣла, которыя, на основаніи закона, не иначе могутъ быть возбуждаемы, какъ вслѣдствіе жалобы потерпѣвшаго отъ преступленія или проступка лица. По тѣмъ изъ числа сихъ дѣлъ, которыя дозволяется прекращать примиреніемъ, обличеніе обвиняемыхъ предъ судомъ предоставляется исключительно частнымъ обвинителямъ; по всѣмъ же прочимъ дѣламъ этого рода право возбужденія уголовного иска принадлежитъ потерпѣвшему лицу, а дальнѣйшее судебное преслѣдованіе—прокурору или его товарищу». Изъ этихъ статей совершенно ясно видно, что, на судѣ, обличеніе, а, слѣдовательно, и бремя доказанія падаетъ на обвинителя. Это правило должно быть выведено, не взирая на то, что слѣдствіе производится не обвинителемъ, а слѣдственнымъ судьей, и притомъ всесторонне; не взирая, далѣе, и на то, что какъ заключеніе о прекращеніи слѣдствія, такъ и заключеніе о преданіи суду постановлено, по крайней мѣрѣ для важнѣйшихъ дѣлъ, подъ контроль судебной власти.

Этотъ контроль имѣетъ только назначеніемъ регулировать обвинительную власть, какъ власть государственную, которая, безъ подобнаго надзора, могла бы стремиться къ расширенію своихъ предѣловъ, въ нарушеніе законныхъ границъ личной свободы гражданъ. Обрядъ преданія суду признанъ у насъ «существенною гарантіею отъ легкомысленнаго привлеченія къ судебной отвѣтственности,—гарантіею, необходимою цѣлому обществу». «Только по менѣ важнымъ дѣламъ, не затрагивающимъ въ той же мѣрѣ (какъ дѣла, подлежащія суду присяжныхъ) чести, свободы и спокойствія гражданъ, и рѣшаемымъ безъ присяжныхъ, введеніе особеннаго обряда преданія суду представлялось усложняющимъ дѣлопроизводство безъ особенной пользы, а потому самый обрядъ этотъ предположено, въ основныхъ положеніяхъ угол. судопроизводства, замѣнить простымъ вызовомъ обвиняемаго къ суду отъ лица прокурорской власти, посредствомъ передачи въ судъ обвинительнаго противъ него акта». Что преданіе суду, какъ особая процедура, не избавляетъ обвинителя отъ *onus probandi*, видно, между прочимъ, изъ англійскаго процесса, гдѣ обвинитель несетъ на себѣ бремя доказанія и гдѣ однако преданіе суду тѣмъ не менѣ существуетъ. По англійскому праву, есть два способа поставить нарушителя закона на судъ предъ рѣшающими дѣло «малыми присяжными»: а) по одному способу обви-

няемый предается суду присяжныхъ особымъ судомъ «великихъ присяжныхъ» (grand jury); б) по другому способу (information) обвиняемый предается суду непосредственно помимо великихъ присяжныхъ ex officio. Судъ «великихъ присяжныхъ» есть особеннаго рода обвинительная камера, рассматривающая обвинительный актъ. Существованіе такой камеры, однако, нисколько не измѣняетъ силы правила англійскаго law of evidence, что обвинитель долженъ доказать свой искъ. Далѣе, хотя предварительное слѣдствіе и производится, по нашему Уставу угол. судопр., особымъ лицомъ, но прокуроръ имѣетъ право поддержать интересы обвиненія своими законными требованіями, которыя исполняются слѣдственнымъ судьей. Онъ, наконецъ, имѣетъ право требовать дополненія слѣдствія, если считаетъ это необходимымъ для интересовъ обвиненія. Такимъ образомъ, онъ можетъ сдѣлать уже на слѣдствіи все, что ему необходимо для доказанія своего уголовного иска. Подтвержденію иска обвинителя на судѣ также даны широкіе предѣлы; ст. 573 говоритъ, что и прокурору не можетъ быть отказано въ вызовѣ свидѣтелей, указанныхъ имъ въ обвинительномъ актѣ, или въ особомъ требованіи, предъявленномъ предсѣдателю суда, во время приговорительныхъ къ суду распоряженій.

Обозрѣвая все сказанное, нельзя не видѣть, что законъ даетъ прокурору всѣ возможности для самостоятельности въ дѣлѣ собранія доказательствъ для своего обвиненія. Доказывая, что на обвинителя лежитъ onus probandi, мы далеки отъ мысли, что прокуроръ во что бы то ни стало обязанъ поддерживать обвиненіе. Такая мысль была бы противна духу уголовного правосудія. Идея наша состоитъ въ томъ, что никто иной, кромѣ обвинителя, не несетъ бремени доказанія на уголовномъ судѣ. Что прокуроръ не долженъ быть обвинителемъ во что бы то ни стало, ясно вытекаетъ уже изъ того, что онъ дѣйствуетъ во имя государства. По ст. 739, прокуроръ въ обвинительной рѣчи не долженъ ни представлять дѣло въ одностороннемъ видѣ, извлекая изъ него только обстоятельства, уличающія подсудимаго, ни преувеличивать значеніе имѣющихся въ дѣлѣ доказательствъ и уликъ, или важности рассматриваемаго преступленія. По ст. 740, если прокуроръ находитъ оправданія подсудимаго уважительными, то обязанъ, не поддерживая обвинительнаго акта, опровергнуть его судебнымъ слѣдствіемъ, заявить о томъ суду по совѣсти. Эти статьи только показываютъ, что, при крушеніи обвинительнаго акта на судѣ, обвинитель можетъ отказаться отъ своего обвиненія, т. е. законъ не вынуждаетъ его говорить противъ совѣсти¹⁾. Но что onus probandi всецѣло лежитъ на прокурорѣ,

¹⁾ Мы не можемъ отказать себѣ въ удовольствіи помѣстить здѣсь слова нашего знаменитаго оратора А. Θ. Кони, характеризующія процессуальныя и этическія задачи прокурора. Слова эти имѣютъ особенное значеніе въ устахъ А. Θ. Кони, не мало поработавшаго со славю на трибунѣ обвиненія и создавшаго типъ русскаго обвинителя. «Судебные Уставы», говоритъ онъ (см. «Краткій конспектъ курса уг. судопроизводства, Спб. 1907 г., стр. 197»), создавая прокурора-обвинителя и указавъ ему его задачу, начертали и нравственныя требованія, которыя облегчаютъ и возвышаютъ эту задачу, отнимая у осуществленія ея формальную черствость и бездушную исполнительность. Онѣ вмѣняютъ въ

видно, между прочимъ, изъ нѣкоторыхъ мотивовъ къ нашему Уставу уголовного судопроизводства. Въ мотивѣ къ ст. 573 мы читаемъ: «Прокуроръ есть обличитель преступленія во имя закона, видамъ котораго осужденіе невиннаго еще болѣе противно, чѣмъ оправданіе виновнаго. Поэтому цѣлью всѣхъ дѣйствій прокурора должно быть не обвиненіе, но исключительно раскрытіе истины, въ чемъ бы она ни состояла—въ виновности или невинности подсудимаго. Правда, прокуроръ является на судѣ въ роли обвинителя; но онъ составляетъ обвинительный актъ и поддерживаетъ, во время судебного слѣдствія, обвиненіе не для того, чтобы добиться во что бы то ни стало осужденія подсудимаго, но единственно для того, чтобы опредѣлительнымъ указаніемъ всѣхъ представляющихся въ дѣлѣ поводовъ и основаній къ обвиненію дать возможность объяснить ихъ съ точки зрѣнія защиты и даже вовсе устранить, если они могутъ быть опровергнуты. Чѣмъ неопредѣленнѣе обвиненіе, тѣмъ затруднительнѣе оправданіе. Чѣмъ менѣе полноты въ обвинительныхъ доводахъ прокурора, тѣмъ болѣе останется неразъясненнымъ судебнымъ состояніемъ поводовъ и основаній къ обвиненію, которые могутъ подѣйствовать на судей, во вредъ подсудимому, всею кажущеюся на первый взглядъ и неоспоренною никѣмъ силою обличенія. Вслѣдствіе того прокуроръ обязанъ выставить всѣ представляющіяся въ дѣлѣ противъ подсудимаго доказательства и улики; но имѣя въ виду, что конечная цѣль его дѣйствій есть раскрытіе истины, онъ не долженъ представлять дѣло въ одностороннемъ видѣ, дабы при защитѣ, не равновѣсной съ обвиненіемъ, не ввести судей въ заблужденіе». Въ этомъ мотивѣ прекрасно обосновано чисто процессуальными соображеніями положеніе, что обвинитель долженъ доказать свой уголовный искъ.

Обращаясь теперь къ вопросу о перемѣщеніи бремени доказанія на подсудимаго, въ слѣдственно-обвинительномъ процессѣ, нужно сказать, что на подсудимаго бремя доказанія никогда не перемѣщается—въ смыслѣ формальной обязанности. Подсудимый ничего не обязанъ доказывать. Этотъ принципъ, дающій слѣдственно-обвинительному процессу его чисто государственнѣе и возвышеннѣе характеръ, вытекаетъ изъ основныхъ началъ уголовного законодательства. На государствѣ лежитъ высокая обязанность—качать преступленія, во имя осуществленія справедливо-

обязанность прокурору отказываться отъ обвиненія въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ найдетъ оправданіе подсудимаго уважительнымъ и заявляетъ о томъ суду по совѣсти, внося такимъ образомъ въ дѣятельность стороны элементъ безпристрастія, которое должно быть свойственно судѣ... Судебные Уставы даютъ прокурору возвышенныя наставленія, указывая ему, что въ рѣчи своей онъ не долженъ ни представлять дѣло въ одностороннемъ видѣ, извлекая изъ него только обстоятельства, уличающія подсудимаго, ни преувеличивать значеніе доказательствъ и уликъ и важность преступленія. Такимъ образомъ, въ силу этихъ этическихъ требованій, прокуроръ приглашается сказать свое слово въ опроверженіе обстоятельствъ, казавшихся сложившимися противъ подсудимаго, причемъ въ офннкѣ и взвѣшиваніи онъ вовсе не стѣсненъ цѣлями обвиненія. Иными словами, онъ—говорящій публичный судья... На государствѣ лежитъ задача охраненія общества и, между прочимъ, преслѣ-

сти, требующей, чтобы учинившій зло понесъ за то опредѣленное страданіе. Это страданіе для осуществленія справедливости, есть великая школа для человѣчества. Никакія утилитарныя цѣли не могутъ стоять выше главной задачи правосудія—осуществленія справедливости. Откуда у человѣчества появилось чувство справедливости—отъ природы, или путемъ эволюціи, это въ данномъ вопросѣ неважно. Идея и чувство справедливости живутъ въ человѣчествѣ, это—фактъ; къ счастью, не подлежащій сомнѣнію. Но для осуществленія справедливости необходимо добыть сущую истину о совершенномъ преступленіи. Государство и должно доказать виновность человѣка, привлеченнаго къ суду. Отъ обвиняемаго никакихъ доказательствъ требовать нельзя, какъ нельзя требовать отъ человѣка, чтобы онъ добровольно, собственными руками, лишилъ себя жизни. Государство не можетъ перемѣщать бремени доказанія на подсудимаго по слѣдующимъ основаніямъ:

Во-первыхъ, это можетъ быть опасно для правосудія, для матеріальной истины въ дѣлѣ, ибо подсудимый, по тѣмъ или другимъ причинамъ, можетъ относиться равнодушно къ исходу дѣла, къ своей судьбѣ, а слѣдовательно, и къ павшей на него обязанности доказать свою невиновность. Въ исторіи бывали процессы, въ которыхъ подсудимые, по тѣмъ или другимъ побужденіямъ, безучастно относились къ своему оправданію. При такихъ условіяхъ, перемѣщая бремя доказанія на подсудимаго, судъ можетъ сдѣлать ошибку, невиновный можетъ быть осужденъ, а такое осужденіе—несчастье для юстиціи.

Во-вторыхъ, опасно для правосудія ставить открытіе истины въ зависимость отъ самодѣятельности подсудимаго. Перемѣстивъ на него бремя доказанія, государство взваливаетъ на него задачу, разрѣшеніе которой, можетъ быть, и не зависитъ отъ его усилій; возможность доказать иной фактъ обусловлена часто стеченіемъ благопріятныхъ условій, стеченіемъ, въ которомъ неволенъ человѣкъ. Наконецъ, есть факты, которыхъ, въ данномъ случаѣ, и вовсе доказать невозможно просто потому, что они не оставили слѣдовъ, при помощи которыхъ можно было бы возстановить ихъ.

Въ-третьихъ, безчеловѣчно наваливать на подсудимаго бремя доказанія. «Докажи, и ты будешь свободенъ», какъ бы говоритъ государство. «Но какъ могу я это доказать; это не въ моихъ силахъ;

дованіе нарушителей закона. Практическое служеніе этой важной задачѣ выпадаетъ на судебномъ состязаніи на долю прокурора-обвинителя и, исполняя свой тяжелый долгъ, онъ служитъ обществу. Но это служеніе тогда только будетъ полезно, когда въ него будетъ внесена строгая нравственная дисциплина, и когда интересы общества и человѣческое достоинство личности будутъ ограждаться съ одинаковою чуткостью и успѣхомъ. Знаменитый московскій митрополитъ Филаретъ, въ своей рѣчи «о назиданіи зсмыслныхъ» говоритъ, что относиться къ преступнику надо «съ христіанскою любовью, съ простотою и снисхожденіемъ и остерегаться всего, что унижаетъ или оскорбляетъ:—низко преступленіе, а человѣкъ достоинъ сожалѣнія». Вотъ какъ понимали обязанности прокурора-обвинителя, въ первый періодъ судебной реформы, даровитые исполнители идей даровитыхъ составителей незабвенныхъ Судебныхъ Уставовъ.

ми негдѣ достать доказательствъ»—можетъ отвѣтить подсудимый И если онъ не докажетъ того, что долженъ доказать, развѣ можетъ рѣшиться государство требовать наказанія, быть можетъ, для виновнаго человѣка? Развѣ правосудіе для своихъ каръ можетъ пользоваться несчастіемъ подсудимаго, которому случай не далъ доказательствъ въ руки? Вотъ почему въ слѣдственно-обвинительномъ процессѣ на подсудимаго никогда не перемѣщаютъ бремени доказанія. Такое перемѣщеніе *onus probandi* шло бы вразрѣзъ съ тѣми высокими началами, которыми одушевлена эта форма судопроизводства—стремленіемъ къ высшей, какая только возможна для людей, матеріальной истинѣ. Не налагая на подсудимаго бремени доказанія ни въ одномъ пунктѣ, слѣдственно-обвинительный процессъ, въ сомнительныхъ дѣлахъ, отдастъ предпочтеніе тому мнѣнію, которое склоняется въ пользу подсудимаго.

Налѣтъ Уставъ уголовного судопроизводства не налагаетъ на подсудимаго никакихъ обязанностей доказанія. Если на слѣдствіи обвиняемый не отвѣчаетъ на вопросы, предлагаемые ему слѣдователемъ, то послѣдній, записавъ объ этомъ въ протоколъ, обращается къ другимъ законнымъ средствамъ къ открытію истины (ст. 406). На самомъ судѣ, подсудимаго, признающаго своей вины, не допрашиваютъ (ст. 683). Хотя ст. 684 и говоритъ, что предсѣдатель, члены суда и присяжные засѣдатели могутъ предлагать подсудимому вопросы по всѣмъ обстоятельствамъ, представляющимся недостаточно разъясненными, но слѣдующая, 685 статья, постановляетъ, что «молчаніе подсудимаго не должно быть принимаемо за признаніе имъ своей вины»¹⁾. Конечно, эти правила, можно возразить, скорѣе относятся къ тому, что на судебномъ слѣдствіи нѣтъ допроса, чѣмъ къ тому, что на подсудимаго не перемѣщается бремя доказанія. Однако, статьи эти подтверждаютъ и то, что подсудимый не несетъ бремени доказанія.

Вглядываясь въ основанія, по которымъ въ нашемъ Уставѣ уголовного судопроизводства бремя доказанія не перемѣщается на подсудимаго, мы находимъ въ мотивахъ два положенія.

а) Обвиненіе должно быть доказано для того, чтобы дать возможность защитѣ представить свои доводы. Этотъ аргументъ не исключаетъ, однако, возможности перемѣщенія бремени доказанія, такъ какъ, если обвинитель доказалъ все, что отъ него можетъ быть разумно требуемо, то онъ этимъ уже даетъ матеріалъ для защиты. Въ англійскомъ *law of evidence* принято такое же обоснованіе *onus probandi*; однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ бремя доказанія все-таки перемѣщается на подсудимаго.

Какъ видно изъ мотивовъ къ ст. 766, вторымъ основаніемъ

¹⁾ Прав. Сенатъ, въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ, объяснилъ, что предсѣдатель не обязанъ объяснять подсудимымъ о правѣ ихъ не отвѣчать на вопросы (Касс. рѣш. ^{72/768} Стрѣлкова и Сударева; ^{78/317} игуменьи Митрофаніи). Но если молчаніе есть право подсудимаго, то почему же предсѣдатель не обязанъ сказать ему объ этомъ его правѣ? «Право молчанія» подсудимаго относится къ праву публичному.

служить положеніе, что «подсудимый признается невиннымъ, доколѣ противное не будетъ доказано». Мы знаемъ, что и эта максима не чужда англійскому праву, тѣмъ не менѣе бремя доказанія тамъ перемѣщается иногда на подсудимаго. Во всякомъ случаѣ, максима эта не препятствуетъ перемѣщенію *onus probandi* въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ доказательства обвинителя вызываютъ сильную презумпцію въ пользу обвиненія.

Истинное основаніе, по которому на подсудимаго не перемѣщается бремя доказанія, заключается въ слѣдственномъ началѣ нашего судопроизводства. Это начало, возлагающее на государство *onus probandi*, тѣмъ самымъ освобождаетъ подсудимаго отъ всякой юридической обязанности представлять доказательства. Вездѣ, гдѣ слѣдственное начало принято въ процессѣ, *onus probandi* не перемѣщается на подсудимаго.

Говоря о томъ, что бремя доказанія всецѣло лежитъ на обвинителѣ, мы, понятно, не хотимъ этимъ сказать, что онъ долженъ во всѣхъ случаяхъ доказывать и то, что по обстоятельствамъ дѣла ясно и безъ доказательствъ. Въ каждомъ случаѣ могутъ быть сдѣланы совершенно основательныя предположенія, которыя до тѣхъ поръ имѣютъ силу, пока ничто не вызываетъ сомнѣнія въ ихъ разумности. Такъ, обвинитель не обязанъ доказывать вмѣняемость въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ничто не указываетъ на ненормальное состояніе душевнаго здоровья подсудимаго. Тѣмъ болѣе такое безусловное требованіе для всѣхъ случаевъ было бы нелѣпо, что въ слѣдственно-обвинительномъ процессѣ слѣдователь самъ *ex officio* обязанъ обращать вниманіе на признаки душевнаго расстройства обвиняемаго. Подобныя изслѣдованія ведутся *ex officio*. Далѣе, при доказываніи своего уголовнаго иска, обвинитель имѣетъ право исходить отъ предположеній о томъ, что обыкновенно, по обычному ходу явленій, имѣетъ мѣсто въ мірѣ физическомъ или нравственномъ; онъ не обязанъ отпираться отъ предположеній объ исключеніи, которое не составляетъ обычнаго явленія.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Въ смыслѣ права защиты, бремя доказанія по любому обстоятельству дѣла можетъ быть принимаемо на себя и подсудимымъ.

ОСНОВАНІЯ.

Мы показали, что бремя доказанія, какъ обязанность юридическая, никогда не должна падать на подсудимаго. Совсѣмъ другое дѣло—бремя доказанія, какъ право защиты. Нечего и говорить, что защита—незыблемое право подсудимаго, и что она должна быть ему предоставлена въ самыхъ широкихъ предѣлахъ. Не обязанный, съ правовой точки зрѣнія, нести на себѣ бремя доказанія, подсудимый, однако, обыкновенно доказываетъ тѣмъ или дру-

гимъ путемъ ту или другую степень своей невиновности. Ясно, что, при обыкновенномъ теченіи дѣлъ, прокуроръ больше заботится о поддержаніи обвиненія, чѣмъ о всестороннемъ освѣщеніи дѣла, требуемомъ высокимъ идеаломъ слѣдственно-обвинительнаго процесса; не менѣе ясно и то, что подсудимый направляетъ обыкновенно всѣ свои усилія къ тому, чтобы подтвердить свои оправдательные доводы. Время доказанія, въ процессѣ, de facto распредѣляется между обвинителемъ и подсудимымъ или его защитникомъ. Итакъ, какъ бы очевидно ни было право подсудимаго не принимать на себя *onus probandi*, однако, при обыкновенныхъ обстоятельствахъ, полная его бездѣятельность въ представленіи оправданій можетъ произвести крайне неблагоприятное впечатлѣніе на судей. Обыкновенно подсудимый защищается, доказываетъ то или другое положеніе. И если обвинитель, для выполненія своей задачи, пользуется извѣстными правами на слѣдствіи и судѣ, то такими же правами, необходимыми для оправданія, располагаетъ и подсудимый. Конечно, на предварительномъ слѣдствіи онъ не имѣетъ защитника, но не совсѣмъ уже лишенъ средствъ къ оправданію; на слѣдствіи же судебномъ подсудимый пользуется одинаковыми съ обвинителемъ правами. Не говоря уже о томъ, что, при разработкѣ доказательствъ предъ рѣшающими судьями, подсудимый имѣетъ тѣ же права, что и обвинитель; во время приготовительныхъ къ суду дѣйствій онъ, подобно обвинителю, можетъ вызывать свидѣтелей, неспрошенныхъ на предварительномъ слѣдствіи. Ст. 575: «Домогательство участвующихъ въ дѣлѣ лицъ о вызовѣ новыхъ свидѣтелей, неспрошенныхъ при предварительномъ слѣдствіи, предсѣдатель предлагаетъ на разрѣшеніе суда, который при этомъ принимаетъ въ соображеніе могутъ ли имѣть значеніе для дѣла обстоятельства, подлежащія разъясненію показаніями этихъ свидѣтелей». Поставивъ исполненіе ходатайства подсудимаго о вызовѣ новыхъ свидѣтелей въ зависимость отъ разрѣшенія суда, законъ принялъ во вниманіе, что «даже невинный подсудимый, въ своемъ естественномъ стремленіи оправдаться всѣми зависящими отъ него средствами, не станетъ различать существенныхъ обстоятельствъ отъ несущественныхъ и пожелаетъ, конечно, подкрѣпить свидѣтельскими показаніями какъ тѣ, такъ и другія», и далѣе, «что подсудимые, желающіе скрыть свою вину, обыкновенно употребляютъ всѣ средства, чтобы запутать дѣло и затруднить правосудіе, и могутъ употребить во зло право вызова свидѣтелей на судъ, если оно будетъ ничѣмъ не ограничено». Слѣдующая ст. 576 даетъ, однако, подсудимому возможность вызвать на судъ какихъ угодно свидѣтелей, только—на собственный свой счетъ. Статья эта говоритъ: «Если участвующее въ дѣлѣ лицо, въ теченіе недѣли отъ объявленія ему объ отказѣ въ вызовѣ указанныхъ имъ свидѣтелей, заявитъ, что оно принимаетъ вызовъ ихъ на свой счетъ, то дѣлается немедленно распоряженіе о вызовѣ сихъ свидѣтелей на счетъ просителя, или предоставляется ему пригласить ихъ въ судъ отъ себя по добровольному съ ними соглашенію. Значительное неравенство въ дѣлѣ вызова новыхъ свидѣтелей, конечно, остается

ся между сторонами, такъ какъ по ст. 573, прокурору не можетъ быть отказано въ вызовѣ свидѣтелей, указанныхъ въ обвинительномъ актѣ или въ особомъ требованіи, предъявленномъ предсѣдателю суда, во время приготовительныхъ къ суду распоряженій. Законъ принимаетъ во вниманіе, что «прокуроръ, какъ блюститель закона и общественныхъ интересовъ, не станетъ требовать свидѣтелей по обстоятельствамъ побочнымъ или неидущимъ къ предмету обвиненія, дабы не запутать дѣла и не обременить никого вызовами въ судъ, безъ дѣйствительной въ томъ нужды».

Благодушное, идеальное предположеніе, что прокуроръ будетъ блюстителемъ правды, на опытѣ не оправдалось. За періодъ отъ 1866 г. и по настоящее время заурядный прокуроръ былъ и остается адвокатомъ обвиненія во что бы то ни стало.

Устанавливая положеніе, что на подсудимаго, по началамъ правильного процесса, никогда не должно перемѣщаться бремя доказанія, мы, конечно, говоримъ о томъ, что должно быть и что, въ слѣдственно-обвинительномъ процессѣ, обыкновенно въ дѣйствительности и есть. Но понятно, что, если матеріальное уголовное право, по случайной непослѣдовательности, налагаетъ въ какомъ-нибудь случаѣ, *onus probandi* на подсудимаго, то онъ долженъ доказать подлежащій фактъ. Однако, такая обязанность стояла бы, во всякомъ случаѣ, въ рѣзкомъ противорѣчій съ истиннымъ духомъ уголовного процесса. Подсудимый двоякимъ способомъ можетъ опровергать обвиненіе. Онъ можетъ, во-первыхъ, подрывать достовѣрность доказательствъ обвиненія. Эта метода защиты, говоритъ Фридманъ, чисто критическая, чисто отрицательная, можетъ иногда привести къ величайшимъ результатамъ, такъ какъ она не готовитъ защитнику никакой опасности, и даетъ ему шансы на успѣхъ даже тогда, когда онъ доказалъ только ненадежность доказательствъ обвиненія. Эта чисто-критическая и чисто-отрицательная метода есть самая правильная, ибо обвинитель долженъ доказать свой искъ. Обыкновенная фраза французскихъ адвокатовъ прекрасно это выражаетъ: «Г. прокуроръ, я здѣсь не для того, чтобы доказывать; я здѣсь для того, чтобы показать, что вы ничего не доказали!». Во-вторыхъ, защитникъ можетъ дѣйствовать положительнымъ способомъ: онъ можетъ доказать факты, стоящіе въ противорѣчій съ данными обвиненія, и, такимъ образомъ, лишить ихъ достовѣрности въ глазахъ судей. Принимая на себя бремя доказанія, подсудимый находится въ болѣе удобномъ положеніи, чѣмъ обвинитель. Обвинитель долженъ доказать свои положенія настолько, чтобы въ достовѣрности ихъ не было разумнаго сомнѣнія; напротивъ, подсудимый долженъ доказать свои положенія настолько, чтобы возбудить это разумное сомнѣніе. Тотъ нуждается въ уголовно-судебной достовѣрности,—этотъ можетъ ограничиться одною вѣроятностью, вызывающею сомнѣніе въ достовѣрности доказательствъ обвиненія.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Бремя доказанія какого-либо обстоятельства, которое предварительно должно быть доказано, для того чтобы судъ допустилъ доназательство какого нибудь фанга, лежитъ на ходатайствующемъ о допущеніи.

ОСНОВАНІЯ.

Правило это, возлагающее бремя доказанія и на подсудимаго, не составляетъ, однако, отклоненія отъ основнаго начала, что бремя доказанія нераздѣльно лежитъ на обвинителѣ; рѣчь идетъ о томъ случаѣ, когда подсудимый добровольно принимаетъ на себя *onus probandi*. Возлагая на себя послѣднее, онъ долженъ подчиниться и условіямъ принятія на себя этого бремени. Правило это, наконецъ, вытекаетъ изъ необходимости; ибо сторонѣ, желающей представить данное доказательство, удобнѣе, легче, а иногда ей только одной возможно доказать и обстоятельство, обусловливающее представленіе доказательства. Это правило вытекаетъ для нашего процесса изъ ст. 575 Уст. угол. судопр.

Понятно, что и на правило, выставленное въ опредѣленіи третьемъ, распространяется общее положеніе, что подсудимый, доказывая что либо, долженъ устанавливать только вѣроятность, а не уголовно-судебную достовѣрность.—Въ заключеніе вопроса о бремени доказанія, мы не можемъ не остановиться на одномъ пунктѣ, который разсматривается англійскою теоріей доказательствъ, въ ученіи объ *onus probandi*. Это—вопросъ объ обязанности доказанія факта, который по обстоятельствамъ дѣла специально извѣстенъ, или, по крайней мѣрѣ, долженъ быть извѣстенъ одной какой-либо сторонѣ. Дѣятельность обвинителя вращается, конечно, въ предѣлахъ возможности; *lex neminem cogit ostendere, quod nescire praesumitur*¹⁾. Если представленіе какого-либо доказательства для него невозможно, если доказательство для него недоступно, то отъ него, понятно, неразумно и требовать его. Положимъ, для подсудимаго легко, въ данномъ случаѣ, представленіе доказательства; но онъ не желаетъ нести бремени доказанія, онъ на это имѣетъ право. Въ виду невозможности представленія доказательства, находящагося въ распоряженіи подсудимаго, обвинитель долженъ сдѣлать все, ему доступное, для доказанія своего обвиненія. И если подсудимый, имѣющій возможность представить доказательство, этого не дѣлаетъ, значитъ остается судить только по даннымъ обвиненія. Подсудимый, требующій, чтобы былъ доказанъ фактъ, который ему ближе извѣстенъ, конечно, легче можетъ его доказать. Но все-таки наложеніе на него бремени доказанія, даже и въ такомъ случаѣ, было

¹⁾ Старинная англійская максима, выражающая почти то же самое «the law will not force a man to shew a thing which by intendment of law lies not within his knowledge (Best, 377).

бы нарушеніемъ основнаго принципа слѣдственно-обвинительнаго процесса. Въ этомъ процессѣ имѣется прежде всего въ виду точное удостовѣреніе въ виновности. Этотъ типъ судопроизводства не утѣшается соображеніемъ, что подсудимый самъ тому причиною, что данное обстоятельство осталось невыясненнымъ.

Такое утѣшеніе, успокоеніе совѣсти, пожалуй, возможно въ гражданскомъ судѣ, гдѣ дѣло идетъ о судьбѣ частнаго права. Но въ уголовномъ судѣ главная забота государства направлена на то, чтобы открыта была матеріальная истина. И если она, въ данномъ случаѣ, не была добыта потому—что подсудимый не помогъ государству; то судебная ошибка, возможная и въ такомъ случаѣ, оттого не дѣлается менѣе печальнымъ фактомъ въ правосудіи. Нужно постоянно помнить, что въ уголовномъ судѣ истцомъ является государство, желающее покарать человѣка, что подсудимый не обязанъ содѣйствовать государству въ изобличеніи собственной виновности¹⁾. Чѣмъ независимѣе отъ объясненій и дѣятельности подсудимаго на судѣ поставлено обвиненіе, тѣмъ сильнѣе и достойнѣе оно. Самымъ идеальнымъ уголовнымъ судомъ представляется намъ тотъ, въ которомъ, при полномъ молчаніи подсудимаго, совершается установленіе его виновности, на основаніи доказательствъ, исторгающихъ у судей убѣжденіе въ основательности уголовного иска, представленнаго обвинительною властью.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Нѣкоторые факты не нуждаются въ судебныхъ доказательствахъ, вслѣдствіе своей установленности; судья принимаетъ ихъ къ свѣдѣнію, а въ случаѣ надобности, удостовѣряется въ нихъ посредствомъ справокъ, несудебнымъ порядкомъ.

ОСНОВАНІЯ.

Здѣсь идетъ рѣчь о такихъ фактахъ, судебное доказаніе которыхъ было бы совершенно излишнимъ трудомъ, такъ какъ они, вслѣдствіе своей официальной установленности, не нуждаются въ удостовѣреніи путемъ судебнымъ. Эти факты принимаются судьей къ свѣдѣнію *ex officio* (*matters noticed by the court ex offi-*

¹⁾ По нашему Уложенію о наказаніяхъ, бремя доказанія, впрочемъ, какъ право защиты, возлагается на подсудимаго въ нѣкоторыхъ случаяхъ по дѣламъ объ оскорбленіи въ печати. Сюда относится ст. 1039, гласящая: «За всякое оглашеніе въ печати о частномъ или должностномъ лицѣ, или обществѣ, или установленіи такого обстоятельства, которое можетъ повредить ихъ чести, достоинству, или доброму имени, виновный подвергается денежному взысканію не свыше 500 рублей и заключенію въ тюрьму на время отъ двухъ мѣсяцевъ до одного года и четырехъ мѣсяцевъ, или же, по усмотрѣнію суда, одному изъ сихъ наказаній. Если подсудимый посредствомъ письменныхъ доказательствъ докажетъ справедливость поворяющаго обстоятельства, касающагося служебной или общественной дѣятельности лица, занимающаго должность по опредѣленію отъ правительства, или по выборамъ, то онъ освобождается отъ на-

cio). *Lex non requirit verificare quod apparet curiae. Quod constat curiae opere testimonium non indiget.* Безъ доказательствъ, судья знаетъ государственное устройство страны, границы ея территории, флагъ, законы и учрежденія ея, словомъ, все то, что извѣстно какъ официально-достоверныя данныя. Сторонамъ нѣтъ надобности доказывать, что въ Россіи, на примѣръ, есть волостные суды, нѣтъ надобности подтверждать фактами, что Государственная Дума имѣетъ извѣстныя права, что между такими то городами проходитъ желѣзная дорога. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, судья принимаетъ во вниманіе извѣстный фактъ, на основаніи собственнаго своего знанія, а если ему память измѣнила, то онъ обращается за справкою къ какому-нибудь вполне достоверному источнику—календарю, официальному документу и т. д. Стивэнъ (*A digest, Art. 59*) говоритъ, что если судья самъ не желаетъ собирать справки, то онъ можетъ потребовать отъ стороны въ процессѣ, чтобы она представила таковую, вполне достоверную, справку. Къ фактамъ, которые судья принимаетъ *ex officio*, безъ судебныхъ доказательствъ, относятся также вещи общеизвѣстныя, признанныя, какъ таковыя: напр., обыкновенный ходъ общеизвѣстныхъ явленій природы, естественное и искусственное раздѣленіе времени, значеніе словъ отечественнаго языка (*The ordinary course of nature, natural and artificial divisions of time, the meaning of english words*¹⁾).

Факты, о которыхъ до сихъ поръ шла рѣчь, характеризуются не столько безусловною извѣстностью всѣмъ и каждому, сколько официальною установленностью. Ихъ отличительная черта состоятъ въ томъ, что, въ случаѣ надобности, они могутъ быть проверены путемъ справокъ изъ вполне достоверныхъ источниковъ. Принятіе во вниманіе такихъ фактовъ судьей, безъ судебныхъ доказательствъ, *ex officio*, не представляетъ затрудненій: они не устанавливаются судебными доказательствами потому, что ихъ удостовѣреніе иногда совершенно не нужно, а иногда легко совершается путемъ внѣ-судебнымъ, изъ официальныхъ источниковъ.

Не такъ легко разрѣшается вопросъ о границахъ, до которыхъ допускается на судѣ признаніе общеизвѣстности (*notorium*). Насколько общеизвѣстность факта избавляетъ стороны отъ доказыванія его? Какъ опредѣлить общеизвѣстность? Составляя иногда признакъ иныхъ фактовъ, которые судьей принимаются во

казаніи, налагаемаго сею статьею». Въ этой статьѣ устарѣвшимъ является требованіе письменныхъ доказательствъ, совершенно несовмѣстное съ принципомъ внутренняго убѣжденія, дающимъ просторъ въ выборѣ какихъ бы то ни было доказательствъ, лишь бы они могли убѣдить судью. Далѣе, *onus probandi* возлагается на подсудимаго по дѣлу объ оскорбленіи въ печати, ст. 1042, по которой призывается въ судъ сочинитель «во всѣхъ случаяхъ, когда онъ не докажетъ, что публикація его сочиненія произведена безъ его вѣдома и согласія». Въ первомъ изъ приведенныхъ случаевъ, наложеніе *onus probandi* на подсудимаго имѣетъ логическое основаніе, ибо, по существу дѣла, онъ является какъ бы обвинителемъ потерпѣвшаго; во второмъ наложеніе *onus probandi* на подсудимаго противно началамъ ученія о бремени доказанія.

¹⁾ *A digest, Art. 58, 6, 11, by Stephen.*

вниманіе ex officio, общеизвѣстность обыкновенно характеризуетъ факты, достовѣрность которыхъ хотя и не можетъ быть установлена на основаніи официальныхъ источниковъ, тѣмъ не менѣе признается если не безусловно всѣми, то очень многими. Есть notoria общечеловѣческія, notoria извѣстнаго народа и notoria какой-либо отдѣльной мѣстности. Судебное свойство notorium'a состоитъ въ томъ, что оно не нуждается въ доказываніи. Поэтому понятіе notorium'a, общеизвѣстности, должно быть точнѣе опредѣлено. Къ сожалѣнію, это понятіе не легко поддается опредѣленію, и если бы мы даже выработали точную формулу, то она не могла бы имѣть рѣшительнаго значенія въ процессѣ: при принципѣ внутренняго убѣжденія, опредѣленіе notorium'a не можетъ быть обязательно для судьи. Притомъ нельзя не согласиться со слѣдующими словами Эндемана¹⁾: «Гдѣ судья и стороны дѣйствительно сообща работаютъ для установленія истины, пользование личнымъ знаніемъ совершается само собою; оно (лично знаніе) при этомъ можетъ и не проявляться въ мотивахъ приговора». Слова эти имѣютъ еще болѣе важное значеніе для суда присяжныхъ, не мотивирующихъ вердикта. Однако, теоретическое опредѣленіе notorium'a тѣмъ не менѣе необходимо въ ученіи объ уголовныхъ доказательствахъ. Англійскіе писатели въ этомъ случаѣ не оказываютъ намъ содѣйствія, такъ какъ не даютъ точнаго понятія о томъ, что они называютъ «notorious». Вотъ что говоритъ Бэстъ²⁾: «Англійское право крайне неохотно признаетъ вещи настолько общеизвѣстными (notorious), чтобы не требовать ихъ доказанія. Дать опредѣленіе notorium'a чрезвычайно трудно. Въ дѣлѣ Ричарда Банстера, въ 1685 году, подсудимый обвинялся въ обнародованіи возмутительнаго бунтовщическаго пасквиля (a seditious libel). Джеффрисъ, какъ видно по дѣлу, сказалъ присяжнымъ: «Общеизвѣстно, что умыселъ заключался въ томъ, чтобы погубить государство и короля. Старая игра была возобновлена, и этотъ человѣкъ (подсудимый) былъ главнымъ подстрекателемъ». Понятно, что такое наставленіе присяжнымъ крайне неправомерно. Слова Уайльда, въ дѣлѣ Эрнеста Джонеса, обвиняшагося въ бунтовщической рѣчи на публичномъ митингѣ бросаютъ, кажется, нѣкоторый свѣтъ на разсматриваемый вопросъ. Судья сказалъ присяжнымъ, что они должны взять во вниманіе то, что имъ извѣстно о положеніи страны и общества въ тотъ моментъ, когда преступная рѣчь была произнесена. Что было совершенно безвредно въ такое время, когда общество вообще было спокойно, могло сдѣлаться весьма опаснымъ въ такое время, когда въ обществѣ господствуетъ чувство недовольства. Но безъ доказательствъ присяжные не могутъ признать достовѣрными обстоятельства, касающіяся того митинга, на которомъ подсудимымъ была произнесена рѣчь». Приведенныя Бэстомъ выдержки даютъ очень мало данныхъ для установленія понятія notorium'a.

¹⁾ Endemann, Die Beweiserhe des Civilprocesses, p. 81.

²⁾ Best's, Principles, p. 354.

Когда идетъ рѣчь о *notorium*'ѣ, то прежде всего нужно помнить, что въ этомъ случаѣ не имѣется въ виду то личное знаніе объ обстоятельствахъ дѣла или о дѣлахъ подобнаго рода, которое случайно можетъ быть у судьи. Хотя судья долженъ рѣшать только по тѣмъ даннымъ, которыя ему представляются на судѣ; но нѣтъ возможности процессуально заставить судью выдѣлить изъ внутренняго убѣжденія то, что имъ получено не на судѣ. Извѣстное ему лично можетъ состоять изъ фактовъ, случаевъ, мнѣній, обобщеній, но все это—его личное достояніе, и насколько все это повліяетъ на его приговоръ, дѣло его совѣсти. Когда ведется рѣчь о *notorium*'ѣ, то имѣется въ виду та общеизвѣстность, на которую ссылается та или другая сторона въ процессѣ. Сторона можетъ сослаться на общеизвѣстность только для процессуальной цѣли, именно для того, чтобы избавиться отъ доказыванія какого-либо обстоятельства. Въ этомъ смыслѣ *notorium* можетъ быть допускаемъ на судѣ лишь при слѣдующихъ условіяхъ:

1. *Notorium* можетъ быть только фактъ общеизвѣстный¹⁾, а не какое-либо обобщеніе, хотя бы это обобщеніе и было сильно распространено въ обществѣ. Конечно, распространенность извѣстнаго обобщенія въ обществѣ можетъ быть сама по себѣ предметомъ *notorium*, потому что въ этомъ случаѣ идетъ дѣло не о содержаніи обобщенія, а о фактѣ его существованія въ обществѣ. Напримѣръ, «у насъ въ обществѣ практикуется хищеніе» есть общераспространенное мнѣніе; но это не *notorium* въ смыслѣ общеизвѣстнаго факта, это—обобщеніе, болѣе или менѣе основательное.

2. *Notorium* долженъ быть признанъ противною стороною въ процессѣ и судомъ; только въ такомъ случаѣ ссылающаяся на *notorium* сторона избавлена отъ доказанія.

3. *Notorium* есть общеизвѣстный фактъ, а не народная молва, которая всегда нуждается въ разслѣдованіи. Народная молва, какъ бы она ни была распространена и упорна, не есть *notorium*; это—довольно мутный источникъ, могущій иногда быть поводомъ къ разслѣдованію, но никакъ не фактомъ, не требующимъ доказательствъ.

4. Въ понятіе *notorium*'а не входитъ непременно общеизвѣстность въ самомъ широкомъ смыслѣ, общечеловѣческая или общенародная. Можетъ быть *notorium* мѣстный и даже судебный.

Изъ приведенныхъ чертъ понятія *notorium* оказывается самою рѣшительною—признаніе общеизвѣстности сторонами и судомъ: *Notorium*, какъ процессуальное начало, не противорѣчитъ извѣстной максимѣ: *quod non est in actis non est in mundo*. Эта максима имѣетъ въ виду внѣсудебное знаніе обстоятельствъ уголовного дѣла.

¹⁾ Съ «общеизвѣстностью» не слѣдуетъ смѣшивать открытость совершенія преступленія, напримѣръ, когда кѣмъ-либо совершается преступное дѣйствіе открыто, въ засѣданіи суда. Такая открытость совершенія преступленія не избавляетъ отъ необходимости, для постановленія приговора по этому преступленію, разслѣдовать его въ порядкѣ, указанномъ въ Уставѣ уголовного судопроизводства.

Для большей ясности необходимо различать слѣдующія понятія:

а) Notorium, какъ фактъ, котораго общеизвѣстность признана на судѣ сторонами и судьями.

б) Внѣсудебное знаніе рѣшаемаго дѣла у судей. Имѣется ли такое—это можетъ быть видно развѣ въ томъ случаѣ, когда судья коронный, мотивируя свой приговоръ, ссылается на личное свое внѣсудебное знаніе обстоятельствъ дѣла. Такое внѣсудебное знаніе не должно быть мотивомъ убѣжденія добросовѣстнаго судьи.

с) Судебный опытъ, знаніе обстановки данной стороны жизни, словомъ—знанія, дающія то или другое направленіе мнѣніямъ и рѣшеніямъ судьи. Эти знанія—законный элементъ въ убѣжденіяхъ судьи; они даютъ индивидуальность личности судьи, они сообщаютъ особую окраску взглядамъ судьи на достовѣрность тѣхъ или другихъ обстоятельствъ дѣла. «Присяжные», сказано въ мотивахъ къ Уставу уголовного судопроизводства, «для открытія истины, могутъ пользоваться ближайшею извѣстностью имъ поведенія и наклонностей, подсудимаго, а равно мѣстныхъ нравовъ, обычаевъ и порядковъ домашней жизни, что проливаетъ свѣтъ» и т. д. Въ этомъ мотивѣ нельзя совершенно согласиться съ мыслью, что присяжные могутъ пользоваться ближайшею извѣстностью имъ поведенія и наклонностей подсудимаго. Такое положеніе противорѣчитъ основному принципу, что съ обстоятельствами дѣла присяжные знакомятся на основаніи данныхъ судебного слѣдствія. Теоретически это незыблемо. Но присяжные—люди, и если подсудимый имъ извѣстенъ, какъ человѣкъ, или какъ дѣятель, то нѣтъ возможности изгнать это личное знаніе изъ ихъ памяти. Нужно обладать высокимъ объективизмомъ, даваемымъ продолжительною умственной работою и самонаблюденіемъ, чтобы отрѣшиться отъ того, что намъ извѣстно внѣсудебнымъ образомъ, вынудить себя къ составленію убѣжденія исключительно на основаніи данныхъ судебного слѣдствія. Такой способности провѣрять себя нельзя ожидать отъ 12 человѣкъ, обыкновенно не отличающихся значительнымъ умственнымъ развитіемъ.

Внѣсудебное знаніе дѣлъ, подлежащихъ уголовному суду, въ особенности распространяется прессою. Хотя обыкновенно прессѣ запрещается говорить до суда о дѣлахъ, находящихся въ производствѣ и еще неоконченныхъ, но она всегда имѣетъ возможность путемъ самыхъ неумолимыхъ намековъ сдѣлать для читателей понятнымъ то, чего прямо сказать нельзя. Чѣмъ громче уголовное дѣло, тѣмъ страстище и обыкновенно односторонніе агитація прессы. Противодѣйствіе мѣрами законодательными такой травлѣ со стороны прессы едва ли достигнетъ цѣли. Недобросовѣстное и необузданное перо, при современномъ состояніи общественности, есть столько же грубая, сколько и могучая сила, упорядочить которую можетъ лишь просвѣтленное общественное мнѣніе.

Если внѣсудебное знаніе какого-либо факта о дѣлѣ разсматриваемомъ на судѣ, извѣстно присяжному засѣдателю не изъ общественныхъ толковъ, а изъ другихъ источниковъ, то онъ по со-

вѣсти объ этомъ долженъ заявить суду¹⁾. Онъ, въ такомъ случаѣ, обстоятельствами превращенъ въ свидѣтеля.

УСЛОВІЕ ВТОРОЕ.

Тѣсная связь между доказательствами и предметами доказанія.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

«Обстоятельствами дѣла», разсматриваемаго въ уголовномъ судѣ, признаются: а) всѣ факты, составляющіе содержаніе вопроса о виновности въ отдѣльномъ случаѣ, и б) всѣ факты, представляющіеся, посредственно или непосредственно, доказательствами отдѣльныхъ моментовъ вопроса о виновности.

ОСНОВАНІЯ.

Вопросъ о томъ, какіе предметы составляютъ *quid probandum* (то, что подлежитъ доказанію) въ отдѣльномъ случаѣ, разрѣшается такъ или иначе, смотря по тому, что требуется уголовнымъ закономъ для состава даннаго преступленія, какія обстоятельства принимаются во вниманіе при индивидуализированіи виновности подсудимаго.

Такимъ образомъ, *quid probandum* есть вопросъ того или другого отдѣльнаго уголовного случая, опредѣляемаго такъ или иначе въ кодексѣ.

Точное опредѣленіе *quid probandum* совершается, слѣдовательно, на основаніи матеріальнаго уголовного права; судопроизводство, какъ способъ изслѣдованія, исполняетъ программу, начертанную уголовнымъ закономъ. Но судъ весьма часто расширяетъ предѣлы судебного изслѣдованія; въ особенности это имѣетъ мѣсто въ судѣ присяжныхъ, которыхъ право признавать подсудимаго заслуживающимъ «снисхожденія» часто основывается на такихъ обстоятельствахъ, которыя, строго говоря, по матеріальному уголовному праву, не входятъ въ *quid probandum*.

Не слѣдуетъ относиться слишкомъ строго къ подобнымъ нарушеніямъ формальныхъ предѣловъ *quid probandum*,—часто бытовья условія преступленія, не упомянутыя въ законѣ, достигаютъ высоты важныхъ обстоятельствъ, смягчающихъ виновность, и бросаютъ совершенно новый свѣтъ на правило кодекса, могущее, въ примѣненіи къ дѣйствительности, оказаться крайне несправедливымъ и крайне жестокимъ. Дѣло уголовной защиты—освѣщать подобныя бытовья

¹⁾ А. Burill, A treatise on the nature, principles and rules of circumstantial evidence. New York. 1868, p. 96.

условія, которыхъ законъ, въ своемъ обобщеніи, часто и не можетъ принять во вниманіе. Великая заслуга уголовной защиты, въ исторіи правосудія, именно и заключается въ раскрываніи обстоятельствъ, не только смягчающихъ, но и совсѣмъ даже погашающихъ нравственную виновность подсудимаго, нарушившаго формальный уголовный законъ. Защита есть голосъ жизни, протестующій противъ прокустова ложа нормъ права!

Караящая власть заинтересована въ торжествѣ закона, равнаго для всѣхъ случаевъ; защита—въ томъ, чтобы судъ обратилъ вниманіе на условія, среди которыхъ зародилось и осуществилось преступленіе, какъ продуктъ воли отдѣльнаго лица, дѣйствовавшего, однако, въ извѣстной нравственной и общественной средѣ. Кто желаетъ составить себѣ ясное представленіе о томъ, что входитъ въ *quid probandum* по данному дѣлу, долженъ взять вопросный листъ, въ которомъ поставлены вопросы о виновности. Въ этомъ вопросномъ листѣ излагаются всѣ моменты *quid probandum* по данному дѣлу.

Въ *quid probandum* входятъ вопросы о томъ, совершилось ли событіе преступленія, было ли оно дѣяніемъ подсудимаго и вмѣняемъ ли этотъ послѣдній. Если событіе преступленія неполнѣ совершилось, то долженъ быть изслѣдованъ вопросъ о степени приведенія злого умысла въ осуществленіе. Если въ преступленіи участвовало нѣсколько лицъ, то должно быть разслѣдовано участие каждаго лица въ отдѣльности. Обстоятельства, смягчающія или усиливающія виновность, должны быть также установлены.

При этомъ нельзя не замѣтить, что, входитъ или не входитъ, по закону, мотивъ данного преступленія въ понятіе послѣдняго, онъ долженъ быть непременно выясненъ. Мотивъ есть истинный источникъ преступленія, и никогда просвѣщенный судъ не удовлетворится слѣдствіемъ, не раскрывшимъ мотива преступленія. Объясняя возникновеніе данного преступленія, мотивъ имѣетъ глубокое значеніе для психологическаго пониманія дѣянія, а въ случаяхъ сомнительнаго душевнаго состоянія подсудимаго онъ представляетъ важный опорный пунктъ для заключенія врача-психіатра. Изъ сказаннаго о *quid probandum* ясно значеніе этого пункта для правильнаго судопроизводства. *Quid probandum* устанавливаетъ границы, далѣе которыхъ слѣдствіе не должно идти. Точное установленіе такихъ предѣловъ, совершаемое на основаніи матеріальнаго уголовного права и нѣкоторыхъ процессуальныхъ потребностей, даетъ отчетливость судебному разслѣдованію. Эта отчетливость вносить извѣстную простоту въ дѣло, простоту, которая есть результатъ цѣлесообразности. Суды, говоритъ Бэстъ¹⁾, созданы для того, чтобы устанавливать или спорные предметы, или предметы, вообще нуждающіеся въ доказательствахъ, и все, что не относится, посредственно или непосредственно къ этимъ предметамъ, должно быть прямо отброшено, какъ не входящее въ юрисдикцію трибу-

¹⁾ Best's, Principles, § 251.

нала, развлекающее его вниманіе и напрасно отнимающее у него время. *Frustra probatur quid probatum non relevat.*

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Между обстоятельствомъ, служащихъ доказательствомъ, и рассматриваемымъ уголовнымъ дѣломъ должна быть тѣсная связь.

ОСНОВАНІЯ.

In judiciis non remota sed proxima causa spectatur. Въ судѣ принимается во вниманіе не отдаленная, а ближайшая причина. Правило это означаетъ, что «обстоятельствомъ дѣла» можетъ считаться только то, что, согласно опредѣленію пятому, имѣетъ связь съ рассматриваемымъ уголовнымъ случаемъ. Правило о томъ, что между обстоятельствомъ, составляющимъ доказательство, и рассматриваемымъ дѣломъ должна быть тѣсная связь, разработано подробно въ англійской теоріи доказательствъ. Эта связь обстоятельства съ предметомъ доказанія называется относимостью (*relevancy*). Обстоятельство, относящееся къ дѣлу (*relevant*), можетъ находиться съ предметомъ доказанія въ отношеніяхъ причины или слѣдствія, или быть причиною однихъ и тѣхъ же слѣдствій, или слѣдствиемъ одной и той же причины¹⁾. Наконецъ, между фактами можетъ быть и такое отношеніе, въ силу котораго одно обстоятельство доказываетъ, что другое могло или не могло существовать, что оно вѣроятно или невѣроятно. Словомъ, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Стивенъ, вопросъ о связи между обстоятельствами дѣла (*relevancy*) есть не что иное, какъ частный случай примѣненія индуктивнаго процесса, и что все это ученіе относится къ вопросу о причинности вообще.

Четыре категоріи фактовъ, которые въ обыденной жизни отнесены были къ числу «обстоятельствъ дѣла», изъемяются англійскою теоріей доказательствъ изъ разряда *relevant facts*, какъ это было указано въ книгѣ I-й настоящаго сочиненія.

Эти категоріи фактовъ суть:

1. Факты подобные, но не связанные спеціально съ рассматриваемымъ дѣломъ (*res inter alios actae*).

2. Фактъ, что лицо, не вызванное по дѣлу въ качествѣ свидѣтеля, утверждаетъ, что извѣстный фактъ существуетъ (*hearsay*, свидѣтельство по слуху отъ другого лица).

3. Фактъ, что какое-нибудь лицо держится мнѣнія, что данный фактъ существуетъ (*opinion*, мнѣніе).

¹⁾ Stephen, въ своемъ *Indian Evidence Act*, sect. 7, такъ опредѣляетъ *relevancy*: «Facts which are the occasion, cause, or effect, immediate or otherwise of relevant, facts or facts in issue, or which constitute the state of things under which they happened, or which afforded an opportunity for their occurrence or transaction, are relevant».

4. Фактъ, что репутація лица такова, что представляетъ вѣроятнымъ приписываемое ему дѣяніе (character, репутація).

Всѣ эти категоріи фактовъ признаются неотносящимися къ дѣлу (irrelevant) по совершенно понятной причинѣ: ихъ связь съ рассматриваемымъ дѣломъ слишкомъ слаба, чтобы на ней основать выводъ, могущій имѣть значеніе на судѣ.

Однако, англійская теорія доказательствъ допускаетъ нѣкоторыя исключенія изъ только-что изложенныхъ воспрещеній.

Такъ, по общему правилу, событіе, доказывающее вѣроятность существованія или несуществованія спорнаго факта, вслѣдствіе только одного своего сходства съ этимъ послѣднимъ, не составляетъ обстоятельства, относящагося къ дѣлу.

Поэтому, такое событіе и не можетъ быть приводимо на судѣ, какъ доказательство. Напримѣръ, вопросъ идетъ о томъ, совершилъ ли А. данное преступленіе? Фактъ, что онъ прежде совершилъ подобное преступленіе, не есть обстоятельство рассматриваемаго дѣла и не можетъ быть доказательствомъ. Понятно—почему. Препрежее преступленіе не находится въ тѣсной связи ни съ однимъ изъ фактовъ рассматриваемаго дѣла. Но событія, не связанная съ рассматриваемымъ на судѣ, иногда допускаются въ качествѣ доказательствъ психологическихъ фактовъ, напримѣръ — умысла. По обвиненію въ выпускѣ въ обращеніе фальшивыхъ кредитокъ допускается доказательство, что подсудимый и прежде этимъ занимался. А въ одномъ новѣйшемъ дѣлѣ было высказано, что если совершеніе дѣянія доказано, и остается нерѣшеннымъ только вопросъ о томъ, сознавалъ ли подсудимый преступность своего дѣйствія, то можетъ быть допущено доказательство, что онъ совершалъ въ то же время подобныя же дѣйствія. Такое доказательство можетъ дать основаніе для предположенія, что, совершая свое преступленіе, подсудимый дѣйствовалъ не подъ вліяніемъ заблужденія или ошибки.

Далѣе, по общему правилу, доказательства дурной репутаціи, дѣлающей вѣроятнымъ приписываемое подсудимому дѣйствіе, не допускаются. Причина недопущенія очевидна. Человѣкъ можетъ быть вообще негодяемъ, но можетъ быть совершенно невиновенъ именно въ рассматриваемомъ преступленіи. Репутація, какъ улика, очень опасна, а главное — находится въ слишкомъ отдаленной связи съ рассматриваемымъ преступленіемъ.

Доказательства той или другой репутаціи человѣка, однако, допускаются въ слѣдующихъ случаяхъ:

1. Допускаются на судѣ доказательства репутаціи человѣка, если она, сама по себѣ, по свойству дѣла, составляетъ о б с т о я т е л ь с т в о послѣдняго. Въ этомъ случаѣ допускаются не только доказательства общей репутаціи, но и отдѣльные факты изъ прежняго поведенія лица. Такъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ лицо обвиняется въ содержаніи игорнаго дома, обвинитель можетъ представить доказательства, что содержаніе подобныхъ домовъ входило и прежде въ занятія подсудимаго. Такъ, въ дѣлахъ объ изнасилованіи, допускаются представленіе доказательствъ нечѣломудренной жизни потерпѣвшей.

2. Подсудимый имѣть право представлять доказательства своей хорошей репутаціи; понятно, что между судимымъ дѣяніемъ и доказываемыми свойствами должна быть извѣстная связь. Было бы нелѣпостью, по дѣлу о кражѣ, представлять доказательства, что подсудимый былъ всегда человѣкъ миролюбивый, гуманный.

3. Если подсудимый представляет доказательства своей хорошей репутаціи, то онъ превращает ее тѣмъ въ обстоятельство разсматриваемаго дѣла. Обвинитель, eo ipso, получает право возражать посредствомъ перекрестнаго допроса или выставленія особыхъ свидѣтелей. Но какъ подсудимый имѣть право говорить только объ общей своей репутаціи, такъ и обвинитель не имѣетъ права приводить отдѣльные факты изъ прежняго поведенія.

Но если ссылающійся на свою хорошую репутацію подсудимый былъ прежде осужденъ за одно изъ особо поименованныхъ въ законѣ преступленій, то обвинитель получаетъ право представить доказательство, что подсудимый былъ прежде осужденъ за подобное преступленіе.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ идетъ рѣчь о репутаціи, какъ она сложилась во мнѣніи людей, а не о наклонностяхъ (характеръ) подсудимаго, и дозволяется представлять доказательства общей репутаціи, а не отдѣльныхъ фактовъ изъ прежняго поведенія¹⁾.

4. Репутація свидѣтелей, напротивъ, есть всегда обстоятельство разсматриваемаго дѣла. Достоверность свидѣтеля непременно должна быть изслѣдуема на судѣ, а потому доказательство той или другой репутаціи свидѣтеля всегда допускается. Правда, законъ даетъ свидѣтелю право не отвѣчать на вопросы, клонящіеся къ изобличенію его въ преступленіи. Но свидѣтелю всегда можно предлагать вопросы о прежней судимости и прошломъ поведеніи. Не такъ смотритъ на дѣло нашъ кассационный судъ. Въ кассационномъ рѣшеніи^{74/372}, д. Разсудина, высказано, что стороны не имѣютъ права задавать свидѣтелямъ вопросы о личныхъ качествахъ и о событіяхъ прежней жизни, съ цѣлью подорвать ихъ показанія.

Правило о томъ, что мнѣніе (opinion) не составляетъ обстоятельства дѣла, позволяетъ исключеніе въ пользу допустимости на судѣ экспертизы по части науки и искусства.

Равнымъ образомъ дозволяются нѣкоторые исключенія изъ правила о недопустимости свидѣтельства по слуху (hearsay evidence); но объ этомъ предметѣ удобнѣе будетъ вести рѣчь, когда будутъ разсматриваться отдѣльные доказательства.

Говоря о связи доказательствъ съ предметами изслѣдованія, нельзя не замѣтить, что вопросъ о такой связи возникаетъ не въ случаяхъ, когда имѣются прямыя доказательства, а косвенныя, улики, и притомъ улики не изъ категоріи **н е о б х о д и м ы хъ**, основанныхъ на незыблемыхъ физическихъ законахъ, а изъ кате-

¹⁾ По нашему Уставу уголовного судопроизводства, для собранія свѣдѣній объ образѣ жизни, занятіяхъ и связяхъ подсудимаго, существуетъ особое дознаніе чрезъ остальныхъ людей (ст. 454), при чемъ подобное изслѣдованіе предпринимается или по почину стѣдователя, значить, ex officio, или по ссылкѣ подсудимаго на мѣстныхъ жителей.

горіи нравственныхъ, опирающихся на какихъ-нибудь приближительныхъ обобщеніяхъ.

Правило, изложенное въ опредѣленіи шестомъ, понятно, проходитъ и чрезъ нашъ Уставъ уголовного судопроизводства, какъ чрезъ всякій процессуальный кодексъ¹⁾. Основное начало нашего Устава уголовного судопроизводства состоитъ въ томъ, что судьи должны опредѣлять вину или невиновность подсудимаго по внутреннему своему убѣжденію, основанному на обсужденіи, въ совокупности, всѣхъ «обстоятельствъ дѣла». Понятіе «обстоятельства дѣла» одно и то же для всякаго судопроизводства. Рѣшеніе вопроса о томъ, составляетъ ли данный фактъ «обстоятельство дѣла» — разрѣшается, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, судомъ, которому едва ли, въ этомъ отношеніи, могутъ быть даны въ руководство какія-нибудь исчерпывающія правила. Здѣсь, по словамъ Бэста, рѣшающимъ моментъ часто является тотъ «юридическій инстинктъ», который пріобрѣтается только на практикѣ. Старая максима: «*Multa exhercitamentis facilius quam regulis percipies* — имѣетъ, въ этомъ случаѣ, полное приложеніе.

УСЛОВІЕ ТРЕТІЕ.

Лучшія доказательства.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Должны быть разсматриваемы лучшія доказательства, какія только возможны по природѣ даннаго случая.

ОСНОВАНІЯ.

Едва ли есть правило въ англійской теоріи доказательствъ, которое, съ одной стороны, отличалось бы такою кажущеюся всеобщностью для уголовного процесса, а съ другой — вызывало бы столько различныхъ толкованій. Помимо того, что оно вызываетъ разнообразныя объясненія, оно слишкомъ односторонне связывается съ частнымъ примѣромъ, въ которомъ его практическое примѣненіе только яснѣе выступаетъ. Частный примѣръ этотъ заключается въ томъ, что когда сторона представляетъ не самый документъ, а другое доказательство — для возстановленія содержанія документа, то она обязана представить достаточныя причины, по которымъ въ судъ не доставлено лучшее доказательство содержанія документа, т. е. самый документъ. Словомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда представлен-

¹⁾ Въ нашей литературѣ имѣется работа *Стефановскаго*: О предѣлахъ изслѣдованія въ уголовномъ процессѣ. Очерки теоріи относимости доказательствъ. Ярославль, 1904.

ное доказательство само указывает, что оно только производное, второстепенное, что должно существовать первоначальное, перво-степенное, то отсутствие этого послѣдняго должно быть объяснено достаточными причинами, перечисленными въ law of evidence.

Несомнѣнно, что этотъ частный примѣръ примѣненія правила о лучшихъ доказательствахъ есть только рельефный случай его приложенія, но случай, вѣрно рисующій самое правило. Драгоценный результатъ этого частнаго случая изъ англійской судебной практики состоитъ въ томъ, что доказательства дѣлятся на первоначальныя, первостепенныя, и на производныя, второстепенныя, и что никакое доказательство не можетъ быть принято въ судѣ, если оно получаетъ свою силу отъ другого источника, существованіе котораго несомнѣнно, но отсутствіе на судѣ не объяснено достаточнымъ и законнымъ основаніемъ. *Melius est petere fontes quam sectari rivulos*. Раздѣленіе доказательствъ на первоначальныя (primary evidence) и производныя (secondary), въ англійской теоріи, правда, примѣняется, главнымъ образомъ, къ документамъ; но производныя доказательства и отъ другихъ видовъ первоисточниковъ достовѣрности также отвергаются. Изъ этого можно сдѣлать заключеніе, что правило о «лучшихъ доказательствахъ» (best evidence) имѣетъ болѣе широкое значеніе, чѣмъ специальное правило о письменныхъ документахъ. Дѣйствительно, изъ многихъ замѣчаній англійскихъ юристовъ можно заключить, что они понимаютъ это правило въ довольно широкомъ смыслѣ. Бэстъ замѣчаетъ, что авторитетный англійскій судья, въ одномъ очень важномъ дѣлѣ, сказалъ: «Судьи и знатоки права всегда говорили, что есть одно только общее правило о доказательствахъ, именно, что должны быть представляемы лучшія доказательства, какія только допускаются природою отдѣльнаго случая»; а баронъ Джильбертъ, которому англійская теорія доказательствъ обязана своею систематизаціей, сказалъ: «первое и наиболѣе важное правило теоріи доказательствъ состоитъ въ томъ, что сторона должна представлять высшее доказательство, какое только допускается природою даннаго случая», и далѣе: «истинное значеніе правила, требующаго представленія лучшихъ доказательствъ, какія только допускаются природою отдѣльнаго случая, состоитъ въ слѣдующемъ: не должно быть представляемо такое доказательство, которое ex patina геі, позади себя имѣетъ высшій источникъ достовѣрности, находящійся во владѣніи и распоряженіи стороны». Въ основаніи этого правила лежитъ предположеніе, что сторона, владѣющая высшимъ источникомъ достовѣрности и скрывающая его отъ суда, хочетъ что-то упрятать отъ судей или ввести ихъ въ заблужденіе.

Но разъ сторона доказала, что не въ ея власти, по той или другой достаточной причинѣ, представить первоисточники, допускается производное доказательство, какое угодно, ибо производныя доказательства не имѣютъ степеней.

Бэстъ ¹⁾ очень широко понимаетъ значеніе правила о лучшихъ

¹⁾ Principles, p. 117.

доказательствахъ и дѣлаетъ его основнымъ положеніемъ теоріи доказательствъ. Онъ находитъ, что это основное правило разъясняется лучше всего въ своемъ тройственномъ примѣненіи.

Первое примѣненіе этого правила состоитъ въ томъ, что доказательства должны попадать въ судъ надлежащими, установленными путями, т. е. судъ и присяжные должны рѣшать дѣло не на основаніи своего личнаго знанія случая, а по тѣмъ доказательствамъ, которыя представлены на судъ. *Non refert quid notum sit iudici, si notum non sit in forma iudicii*. Если бы судьи рѣшали на основаніи своего личнаго знанія, а не на основаніи данныхъ, представленныхъ на судъ, то они бы часто постановляли приговоры на основаніи слуховъ или другихъ, самыхъ худшихъ доказательствъ.

Второе примѣненіе разсматриваемаго правила заключается въ томъ, что доказательства должны быть первоначальныя, а не производныя, и что разъ доказательство получаетъ свою силу отъ другого источника, самый этотъ источникъ долженъ быть представленъ, если это возможно.

Третье примѣненіе правила о лучшихъ доказательствахъ состоитъ въ томъ, что между доказательствомъ и предметомъ доказанія должна быть очевидная и близкая связь.

Мы не можемъ вполнѣ согласиться съ широкимъ толкованіемъ Бэста. Въ этомъ толкованіи правило о лучшихъ доказательствахъ теряетъ свое истинное значеніе и превращается въ общее мѣсто, захватывающее почти всѣ правила о доказательствахъ. Слѣдуя Бэсту, можно почти всѣ положенія о доказательствахъ свести къ правилу о лучшихъ доказательствахъ, такъ какъ несомнѣнно, что основное стремленіе процесса—д о б ы т ь н а и л у ч ш и е и с т о ч н и к и д о с т о в ѣ р н о с т и. Превращая практическое требованіе англійской юриспруденціи въ общее мѣсто, едва ли мы помогаемъ установленію точныхъ правилъ о достовѣрности. Смыслъ разсматриваемаго правила вполнѣ ясенъ: если сторона представляетъ въ судъ производное доказательство, имѣя возможность доставить первоначальное, то является подозрѣніе, что первоначальное почему-либо неудобно для стороны. Вотъ почему сторона должна достаточноымъ образомъ объяснить, почему она не представляетъ первоначальнаго источника. Разъ убѣдительное объясненіе дано, второстепенное доказательство допускается на судъ. Недопустить, при этихъ условіяхъ, послѣдняго, значило бы заградить для стороны возможность доказывать свое дѣло. Вотъ почему хотя и требуются лучшія доказательства, но — такія, какія д о п у с к а ю т с я п р и р о д о ю д а н н а г о с л у ч а я. Это разумно и практично. Правило это выработано въ жизни, на отдѣльныхъ случаяхъ, и потому удовлетворяетъ потребностямъ правосудія. Понятно, что, по аналогіи, оно можетъ быть примѣняемо и къ другимъ случаямъ, кромѣ письменныхъ документовъ.

Обращаясь къ законнымъ причинамъ, по которымъ дозволяется представлять, вмѣсто первоначальнаго документа, второстепенное доказательство, нужно замѣтить, что англійская теорія разрѣшаетъ это въ слѣдующихъ случаяхъ: если доказано, что первоначальный

документъ погибъ или затерянъ; если онъ находится во владѣннй противной стороны, невыдавшей его, не взирая на сдѣланное къ ней обращеніе; если онъ находится во владѣннй лица, имѣющаго привилегію не выдавать его и пользующагося этою привилегіею; если онъ находится въ рукахъ лица, изъятаго изъ юрисдикціи суда, не могущаго его законно принудить къ выдачѣ того документа. Вопросъ о томъ, насколько представленная стороною причина, въ дѣйствительности, достаточна, разрѣшается судомъ, принимающимъ во вниманіе всѣ обстоятельства даннаго случая.

Такъ, если сторона доказываетъ, что первоначальный документъ, по существу неважный, былъ потерянъ, то такому заявленію можно безъ труда повѣрить, хотя-бы время, посвященное разысканію его, было самое короткое. Этотъ вопросъ прекрасно былъ разъясненъ въ одномъ уголовномъ дѣлѣ. Дѣло шло о диффамаци, напечатанной въ газетѣ «The Nonconformist». Для того, чтобы доказать, что № газеты былъ выпущенъ въ публику, вызвали свидѣтеля. Свидѣтель показалъ, что онъ состоитъ предсѣдателемъ литературнаго клуба, насчитывающаго 80 членовъ; что № газеты «The Nonconformist» былъ, неизвѣстно кѣмъ, принесенъ въ клубъ и оставленъ тамъ бесплатно; что, недѣли двѣ спустя, газета была кѣмъ-то взята, по его предположенію, изъ читальни, безъ разрѣшенія и не была послѣ того возвращена. Свидѣтель искалъ потомъ эту газету, но не могъ ее найти; онъ полагаетъ, что она затеряна или уничтожена. При такихъ условіяхъ, судья полагалъ, что второстепенное доказательство допустимо для восстановленія содержанія сказанной диффамаци, такъ какъ первоначальный источникъ, по заявленію стороны, погибъ или утерянъ. На такое допущеніе второстепеннаго доказательства была подана жалоба; но она признана неосновательною. Судья Альдерсонъ, произнося это рѣшеніе, сказалъ: «Вопросъ о томъ, былъ ли въ дѣйствительности затерянъ документъ и искали ль его надлежащимъ образомъ, разрѣшается согласно тому, идетъ ли дѣло о важномъ документѣ, или о неважномъ. Возьмемъ для примѣра конвертъ отъ письма. Если-бы дѣло шло о конвертѣ отъ письма и сторона намъ бы сказала: «Я искалъ его между своими бумагами, но не могъ найти», я думаю—этого достаточно было бы, чтобы доказать, что конвертъ утерянъ. То же самое имѣетъ примѣненіе къ старому газетному листу. Если содержатель ресторана намъ сказалъ, что онъ искалъ этотъ листъ и не нашолъ его; что его, по всей вѣроятности, кто-нибудь унесъ,—то этого совершенно достаточно для суда, какъ объясненіе потери первоначальнаго источника доказательства. Если-бы содержатель намъ сказалъ, что онъ знаетъ, что лицо А. забрало эту газету, то я бы его послалъ къ А. узнать—имѣетъ ли онъ газету, которую, какъ это доказано, онъ взялъ изъ ресторана. Но когда нѣтъ никакихъ указаній на то, кто именно ваялъ газету, то мнѣ кажется неразумнымъ требовать, чтобы вы обошли всѣхъ 80 членовъ клуба съ вопросомъ—кто изъ нихъ ваялъ газету? Неизвѣстно, гдѣ бы остановилось такое разслѣдованіе; если вы спрашиваете всѣхъ членовъ клуба, то вы также должны распросить и женъ ихъ, и дѣтей, и слугъ и вообще всѣхъ членовъ семьи;

гдѣ- же будетъ конецъ такому разслѣдованію? Мнѣ кажется, истинная граница устанавливается тѣми доводами стороны, которыя способны убѣдить разумнаго человѣка въ томъ, что сдѣлана была добросовѣстная попытка добыть и доставить документъ. Поэтому, я полагаю, что въ дѣлѣ была основательная причина допустить второстепенное доказательство, для возобновленія факта напечатанія означенной статьи въ газетѣ «The Nonconformist»¹⁾. Мы привели это рѣшеніе, какъ иллюстрацію по вопросу о способахъ доказыванія дѣйствительности существованія законной причины непредставленія первоначальнаго доказательства.

При разсмотрѣннн правила о лучшихъ доказательствахъ возникаетъ одинъ очень важный вопросъ: имѣеть ли это правило примѣненіе только къ доказательствамъ *in causa* или же и къ доказательствамъ *extra causam*?²⁾. При повѣркѣ доказательствъ, представленныхъ по дѣлу, должно ли имѣть приложеніе правило о представленіи первоначальнаго источника доказательства? Предположимъ, что защитникъ, допрашивая перекрестно свидѣтеля, расспрашиваетъ послѣдняго на основаніи письма этого послѣдняго, письма, которое находится въ противорѣчии съ показаніемъ свидѣтеля на судѣ. Долженъ ли доказывающій предъявить самое письмо свидѣтелю или можетъ на него только сослаться, или же имѣеть право представить на судѣ только подлежащую часть письма? Ясно, что если допрашивающій пользуется письмомъ только для вопроса, то онъ можетъ его и не предъявлять, ибо письмо, въ этомъ случаѣ, является не доказательствомъ, а только источникомъ вопросовъ, имѣющихъ совершенно самостоятельное значеніе. Если же письмо является доказательствомъ противъ свидѣтеля, то этому послѣднему должны быть предъявлены подлежащія мѣста письма или документа. Въ первомъ случаѣ, письмо есть просто внѣсудебный источникъ вопросовъ допрашивающаго; во второмъ—оно играетъ роль опровергающаго доказательства. Въ англійской практикѣ, послѣ долгихъ колебаній, выработалось, наконецъ, такое правило по поставленному вопросу: «Свидѣтель, на перекрестномъ допросѣ, можетъ быть допрашиваемъ о прежнихъ его утвержденіяхъ, записанныхъ имъ самимъ или другими лицами, по предмету его показаній, безъ предъявленія ему самаго письменнаго документа. Но если сторона намѣрена возражать свидѣтелю на основаніи такого письменнаго документа, то, предварительно предъявленія такого возраженія, должны быть показаны тѣ части письменнаго документа, которыя служатъ основаніемъ для возраженія. Въ этомъ случаѣ судъ имѣеть право потребовать для себя предъявленія всего документа, во всякое время судебного засѣданія, и воспользоваться имъ такъ, какъ онъ найдетъ это соотвѣтствующимъ цѣлямъ правосудія». Такое же право можетъ быть принято и у насъ, по аналогіи съ 627 ст. угол. судопр. Въ ней сказано: «Не возбраняется прочитывать прежнія по-

¹⁾ Best, p. 613.

²⁾ Доказательства *in causa*—это тѣ, которыя приводятся для доказыванія *quid probandum* въ дѣлѣ; доказательства, *extra causam*—тѣ, которыми подтверждаются въ свою очередь доказательства, приведенныя по дѣлу.

казанія явившагося свидѣтеля, по отобраніи отъ него новыхъ, если изустныя его показанія несогласны съ письменными, данными при предварительномъ слѣдствіи». Ясно, что если сторона имѣетъ письменный документъ, доказывающій ложность свидѣтельскаго показанія на судѣ; то документъ этотъ долженъ быть предъявленъ, ибо онъ является доказательствомъ противъ свидѣтеля, какъ въ случаѣ, указанномъ въ 627 ст. уст. уг. судопр. Если же документъ служить сторонѣ только источникомъ для постановки свидѣтелю вопросовъ, избличающихъ его ложь, то документа нѣтъ надобности предъявлять, ибо онъ не составляетъ самостоятельнаго доказательства. Ст. 627 именно имѣетъ въ виду тотъ случай, когда прежнее показаніе свидѣтеля является средствомъ избличенія его лживости. Вотъ почему сенатомъ и высказано было, что письменное показаніе свидѣтеля, несогласное съ его изустнымъ показаніемъ, прочитывается на судѣ, но не тотчасъ послѣ обнаруженія противорѣчія, а когда кончится допросъ его обѣими сторонами (касс. рѣш. 1868, по дѣлу Вильбасова). Въ этомъ случаѣ прежнее показаніе свидѣтеля является доказательствомъ противъ него.

Говоря о правилѣ, по которому требуются лучшія доказательства, какія только возможны по природѣ даннаго случая, мы имѣемъ въ виду не оцѣнку силы конкретныхъ доказательствъ, а только общее значеніе того или другого источника достовѣрности in abstracto. Въ дѣйствительности, при оцѣнкѣ данной массы доказательствъ, въ отдѣльномъ случаѣ, второстепенное доказательство можетъ оказаться стоящимъ, по достоинству, не ниже первостепеннаго. Здѣсь идетъ рѣчь объ общихъ условіяхъ представленія доказательствъ, а не о силѣ доказательствъ въ отдѣльномъ случаѣ. Въ этомъ отношеніи, правило о лучшихъ доказательствахъ имѣетъ такое же значеніе для процесса, какъ, положимъ, принципъ непосредственности при разработкѣ доказательствъ въ уголовномъ судѣ. Устность судебного слѣдствія, составляющая одну только сторону непосредственности, есть общее процессуальное условіе. Но въ иномъ случаѣ, показаніе, опредѣленно выраженное самимъ свидѣтелемъ на письмѣ, можетъ стоять, по своему внутреннему достоинству, выше сбивчиваго, словеснаго разсказа на судѣ. Общія условія достовѣрности, при оцѣнкѣ доказательствъ въ отдѣльномъ случаѣ, конечно, принимаются во вниманіе; но они главнымъ образомъ имѣютъ значеніе при рѣшеніи вопроса о допустимости доказательствъ. Разъ доказательство допущено на судѣ, оно уже подвергается индивидуальной оцѣнкѣ, а не оцѣнкѣ на основаніи общихъ процессуальныхъ началъ. Присяжные могутъ придать и второстепенному доказательству такое значеніе, каково, in abstracto, оно не имѣетъ. Присяжные могутъ даже отдать второстепенному доказательству предпочтеніе передъ первостепеннымъ: таковы права свободной оцѣнки доказательствъ. Начала, добываемыя изъ общихъ процессуальныхъ условій достовѣрности, для оцѣнки доказательствъ въ отдѣльномъ случаѣ, могутъ на судѣ играть роль предостереженій; но эти отвлеченныя предостереженія не могутъ убить того впечатлѣнія, какое производится доказатель-

ствомъ непосредственно и которое, въ дѣйствительности, играетъ рѣшающую роль въ судѣ. Теорія обязана выводить изъ общихъ процессуальныхъ условій достовѣрности руководящія начала, играющія роль признаковъ при оцѣнкѣ отдѣльныхъ доказательствъ. Но ихъ значеніе на судѣ не велико, въ сравненіи съ силою непосредственнаго впечатлѣнія, производимаго тѣмъ или другимъ доказательствомъ на умъ судей факта.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Второстепенное доказательство не имѣетъ степеней и, разъ допущенное на судѣ, оно можетъ быть представлено въ любой законной формѣ.

ОСНОВАНІЯ.

Если по достаточномъ и законномъ объясненіи, уваженномъ судомъ, о невозможности добыть первоначальное доказательство приводится второстепенное, то оно можетъ быть представлено въ любой формѣ, ибо второстепенное доказательство не имѣетъ степеней¹⁾. Конечно, оно должно быть законнымъ доказательствомъ; но сторона, получившая дозволеніе его доставить, можетъ прибѣгнуть къ тому или другому виду его, безъ ограниченій. Непредставленіе предположительнаго лучшаго второстепеннаго доказательства, если оно имѣется, можетъ быть только поводомъ къ замѣчанію присяжнымъ, чтобы они оцѣнили поведеніе стороны, которая даетъ болѣе слабыя доказательства въ то время, когда она, по видимому, имѣла возможность представить болѣе сильныя. Правило о томъ, что второстепенное доказательство не имѣетъ степеней, есть логическое послѣдствіе всего дѣленія доказательствъ на первостепенныя и второстепенныя. Второстепенное доказательство возстановляетъ содержаніе первостепеннаго, и оно въ себѣ содержитъ одно только указаніе, а именно, что, позади, если можно такъ выразиться, имѣется первоисточникъ. Но оно ни въ какомъ случаѣ не содержитъ въ себѣ даже и намека на то, что есть еще и другой второстепенный источникъ для возстановленія первоначальнаго доказательства. Предположимъ, что путемъ свидѣтельскаго показанія возстановляется содержаніе потеряннаго документа. Копія, скажемъ, была бы лучшимъ второстепеннымъ доказательствомъ. Но изъ природы свидѣтельскаго показанія не слѣдуетъ, что гдѣ-то есть копія. Ихъ, можетъ быть, есть числомъ 50. Изъ этого, однако, не слѣдуетъ, что сторона должна дать отчетъ о всѣхъ 50 копіяхъ или представить ихъ на судѣ. Если, замѣтилъ судья Альдерсонъ въ одномъ дѣлѣ, одно второстепенное доказательство будетъ исключать другое, то сторона, доказывающая свидѣтелями содержаніе документа, должна будетъ дать отчетъ о всѣхъ второстепенныхъ доказательствахъ документа, какія только когда-либо существовали.

¹⁾ Best, Principles, p. 615; «there are no degrees of secondary evidence».

Степени второстепеннаго доказательства потому уже не должны существовать въ правѣ, что подобныя степени могутъ быть установлены только понятіемъ первоначальности источника достовѣрности. Но всякое второстепенное доказательство, какого бы вида оно ни было, будетъ, въ этомъ отношеніи, подобно другому, хотя и неравно, быть можетъ, по доказательной силѣ *in concreto*. Доказательная же сила опредѣляется не формою, а присущею доказательству достовѣрностью.

Раздѣленіе второстепеннаго доказательства на степени, по силѣ достовѣрности, предполагало бы формальную теорію доказательствъ, по которой, напримѣръ, прямое доказательство имѣло бы преимущество передъ косвеннымъ, письменный документъ—передъ свидѣтельскимъ показаніемъ и т. д. Но такое разстепененіе противно началу внутренняго убѣжденія, составляющему мѣрило при оцѣнкѣ достовѣрности доказательствъ. Англійскіе юристы вполне согласны въ принципѣ, по которому второстепенное доказательство не имѣетъ степеней. Напротивъ, американскіе юристы¹⁾, повидимому, придерживаются слѣдующаго ученія, почерпнутаго изъ различныхъ авторитетовъ практики. Если изъ природы самого дѣла открывается, что существуетъ болѣе удовлетворительное второстепенное доказательство, то сторонѣ должно быть предъявлено требованіе о представленіи такого доказательства. Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ сама природа дѣла не указываетъ на болѣе удовлетворительное второстепенное доказательство, возражающая сторона не только должна убѣдить въ существованіи подобнаго доказательства, но и доказать, что оно извѣстно было противной сторонѣ въ такой періодъ дѣла, когда она еще могла его представить въ судъ.

Это ученіе имѣетъ только кажущуюся силу убѣдительности. Оно, понятно, ищетъ убѣжища въ «природѣ дѣла, указывающей на существованіе болѣе удовлетворительнаго второстепеннаго доказательства»; но эта формула—только замаскированное признаніе, что достовѣрность болѣе присуща однимъ видамъ доказательствъ, чѣмъ другимъ. Такое положеніе, само по себѣ, невѣрно: достовѣрность не зависитъ отъ вида доказательства, а отъ его первоначальности и, помимо этого качества, отъ другихъ конкретныхъ свойствъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

«Доказательство со вторыхъ рукъ», за немногими исключеніями, не допускается на судъ.

«Доказательство со вторыхъ рукъ» (*second-hand evidence*) и второстепенное доказательство (*secondary evidence*) не одно и то-же.

ОСНОВАНІЯ.

Второстепенное доказательство есть производное доказательство, допущенное на судъ потому только, что первоначальный источ-

¹⁾ Greenleaf, Law of evidence, p. 100.

никъ, который, будь онъ представленъ, былъ бы *prima facie*¹⁾ доказательствомъ вполне годнымъ, погибъ или затерянъ, и потому его содержаніе восстанавливается помощью другихъ средствъ. При допущеніи второстепеннаго доказательства судъ рискуетъ впасть въ одну только ошибку. Онъ можетъ быть введенъ въ заблужденіе второстепеннымъ доказательствомъ; первоначальный же источникъ самъ по себѣ достовѣренъ и ни въ какое заблужденіе вовлечь не можетъ.

Напротивъ, «доказательство со вторыхъ рукъ» есть, въ сущности, второстепенное доказательство, но при томъ неблагоприятномъ условіи, что достовѣрность первоначальнаго источника ничѣмъ не доказана. Здѣсь доказанное отсутствіе первоначальнаго источника нисколько не даетъ основанія для допущенія второстепеннаго. Такъ, лицо А. показываешь, что ему В. передалъ такой-то фактъ,—показаніе А. есть «доказательство со вторыхъ рукъ»; и если-бы было даже доказано, что В. умеръ, что, значитъ, первоначальный источникъ безвозвратно погибъ, показаніе А. все таки не было бы допущено на судѣ. Оно могло бы быть допущено, если бы достовѣрность того, что сказано было В., не подлежала никакому сомнѣнію; но такого убѣжденія въ достовѣрности В. нѣтъ. Слѣдовательно, мы здѣсь рискуемъ сдѣлать двойную ошибку; во-первыхъ, можетъ статься, что В. солгалъ и, во-вторыхъ, возможно, что А. солгалъ. Изъ сказаннаго ясно, что между второстепеннымъ доказательствомъ и «доказательствомъ со вторыхъ рукъ»—существенная разница, которую нужно постоянно имѣть въ виду: въ первомъ случаѣ существованіе первоначальнаго источника не подлежитъ сомнѣнію, во второмъ—оно только предполагается, само по себѣ не доказано.

Англійскіе юристы вычисляютъ пять категорій доказательствъ со вторыхъ рукъ: 1) предполагаемое устное доказательство, передаваемое устно; 2) предполагаемое письменное доказательство, передаваемое письменно; 3) предполагаемое устное доказательство, передаваемое письменно; 4) предполагаемое письменное доказательство, передаваемое устно, и 5) описаніе вещественнаго доказательства.

По общему правилу, принятому въ англійской теоріи, доказательство со вторыхъ рукъ, на судѣ, не допускается *in causa*, за немногими исключеніями. Основанія, приводимыя въ пользу такого устраненія, сводятся къ двумъ положеніямъ: 1) сторона, противъ которой предъявляется подобное доказательство, не имѣетъ возможности провѣрить перекрестнымъ допросомъ доказательство первой руки; 2) предполагая даже, что первоначальный источникъ правильно передалъ «доказательствомъ со вторыхъ рукъ», онъ не представляетъ гарантіи, даваемой присягою.

¹⁾ Доказательство *prima facie*—такое доказательство, которое вызываетъ сильное предположеніе въ пользу достовѣрности факта; напр., владѣніе есть доказательство *prima facie* права собственности.

По мнѣнію Бэста¹⁾, основаніе для устраненія «доказательства со вторыхъ рукъ» лежитъ гораздо глубже. Право, по мнѣнію этого писателя, требуетъ вообще, чтобы доказательства давались подъ личною отвѣтственностью, т. е. каждый свидѣтель долженъ представлять свое показаніе при такихъ условіяхъ, при которыхъ онъ могъ бы подвергнуться наказанію за ложь. Поэтому по мнѣнію Бэста, всякое доказательство «со вторыхъ рукъ», которое не гарантировано для стороны, противъ которой оно представляется, отвѣтственнымъ свидѣтелемъ, должно быть отвергаемо. И вотъ этотъ-то пунктъ въ дѣлѣ и объясняетъ, по мнѣнію Бэста, то различное отношеніе, въ какомъ стоитъ law of evidence къ второстепенному доказательству и къ доказательству со вторыхъ рукъ. Конечно, Бэстъ приводитъ серьезныя основанія; но и вышеприведенныя два основанія другихъ юристовъ кажутся не менѣе справедливыми и дополняютъ то, что высказано Бэстомъ.

Доказательство со вторыхъ рукъ обыкновенно называется въ англійской практикѣ и литературѣ «hearsay evidence», т. е. свидѣтельствомъ по-слуху. Названіе это можетъ ввести въ заблужденіе. Оно слишкомъ узко; оно можетъ подать поводъ думать, что показаніе, основанное на органѣ слуха, а не зрѣнія, не допускается, что было бы нелѣпостью. Свидѣтель можетъ одинаково показывать и о томъ, что онъ видѣлъ, и о томъ, что онъ слышалъ. Свидѣтель показываетъ, что онъ слышалъ крикъ: «спасайте!» Это не есть доказательство по слуху, это не есть hearsay evidence. Иногда даже то, что досталось по слуху отъ другого, можетъ быть доказательствомъ не со вторыхъ рукъ. Такъ, свидѣтель показываетъ на судѣ о репутаціи подсудимаго. Репутація составляется изъ мнѣній и слуховъ. Здѣсь свидѣтель долженъ передавать то, что ему извѣстно по слуху. Названіе «доказательство со вторыхъ рукъ», second-evidence, гораздо болѣе отвѣчаетъ сущности дѣла.—Изъ правила о томъ, что «доказательство со вторыхъ рукъ» не допускается на судѣ, существуетъ нѣсколько исключеній. Характеристическая особенность почти всѣхъ этихъ исключеній состоитъ въ томъ, что первоначальный источникъ оказывается имѣющимъ извѣстныя признаки достоверности. Такъ, напр., во вторичномъ судѣ по дѣлу, которое разъ уже рассматривалось, показаніе свидѣтеля, допрошеннаго на первомъ судѣ и затѣмъ умершаго, можетъ быть допущено на вторичномъ судѣ и восстановлено свидѣтелемъ или письменными замѣтками, сдѣланными въ свое время. Здѣсь допускается доказательство со вторыхъ рукъ, но допускается именно потому, что на первомъ судѣ первоначальное свидѣтельство дано было подъ извѣстными гарантіями отвѣтственности и перекрестнаго допроса. Такъ, по англійской теоріи, показаніе свидѣтеля, данное на слѣдствіи и скрѣпленное мировымъ судьей, можетъ быть прочтено на судѣ, если свидѣтель не явился на судѣ лично по болѣзни или вслѣдствіе смерти. На этомъ же основаніи, по 626 ст. уст. угол. судопр., не воспрещается прочтеніе въ судебномъ засѣданіи пись-

¹⁾ Ibid. 629.

менныхъ показаній свидѣтелей, неявившихся на судъ за смертью, болѣзнію, совершенною дряхлостью или дальнею отлучкою. Показанія такихъ свидѣтелей даются подъ личною отвѣтственностью, имъ объявляемую (ст. 442—443), и подъ гарантіей перекрестнаго допроса со стороны подсудимаго (ст. 448 уст. угол. судопр.).

Доказательство со вторыхъ рукъ допускается, далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ идетъ дѣло о предметахъ публичнаго или общаго интереса, какъ—вопросы о границахъ владѣній приходовъ, о правахъ общинъ и т. п. Здѣсь хотя и даются свидѣтельства по слуху отъ другихъ, но число свидѣтельствующихъ лицъ такъ велико, самъ предметъ—такого общаго интереса, что достовѣрность первоначальнаго источника, теряющагося въ прошедшемъ, обезпечена старинною общеизвѣстностью факта и множествомъ лицъ, его передающихъ.

На основаніи же общеизвѣстности, по нашему уст. угол. судопр. ст. 454, производится дознаніе чрезъ окольныхъ людей въ тѣхъ случаяхъ, когда окажется необходимымъ для разъясненія дѣла собрать свѣдѣнія о личности подсудимаго. Окольные люди—не свидѣтели, они передаютъ то, что извѣстно имъ, между прочимъ, и по общему слуху.—Изъ представленныхъ примѣровъ исключеній изъ правила о недопущеніи доказательства со вторыхъ рукъ ясно, что оно допускается въ тѣхъ случаяхъ, когда явится гарантія въ томъ, что первоначальный источникъ болѣе или менѣе достовѣренъ или данъ былъ при условіяхъ, обезпечивающихъ истину. Въ этомъ отношеніи англійское право довольствуется всякимъ способомъ, подтверждающимъ достовѣрность. Всякое заявленіе (declaration against interest) умершаго лица, идущее противъ его же личнаго имущественнаго интереса, допускается на судъ, хотя оно, по существу, есть доказательство со вторыхъ рукъ. Основаніе для допущенія доказательства, въ этомъ случаѣ, состоитъ въ томъ, что нѣтъ возможности предполагать, чтобы лицо дѣлало ложно заявленія противъ своего собственнаго интереса. Такъ же точно допускается, какъ доказательство на судъ, всякое заявленіе умершаго лица, сдѣланное имъ по обязанности, или вслѣдствіе профессіи, когда фактъ ему былъ извѣстенъ, и онъ не имѣлъ интереса во лжи. Правило это обоставлено нѣкоторыми условіями, между прочимъ—современностью заявленія съ дѣломъ, о которомъ идетъ рѣчь на судѣ. Допускается, какъ доказательство, и заявленіе лица умершаго, данное имъ предъ смертью, если лицо сознавало наступающую смерть (dying declaration). Въ основаніи допущенія лежитъ максима: «Nemo moriturus praesumitur mentiri». Конечно, противъ всѣхъ этихъ исключеній и ихъ основаній могутъ быть представлены тѣ или другія возраженія. И умирающій можетъ дать ложное показаніе совершенно невольно, по заблужденію. И заявленіе противъ собственнаго интереса можетъ быть ложно, и даже — умышленно ложно. Но нельзя не замѣтить, что, къ прискорбію, только рѣдкое доказательство настолько безусловно, чтобы противъ него нельзя было представить никакихъ возраженій.

УСЛОВІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Устраненіе ошибочныхъ приѣмовъ при техникѣ доказыванія на судѣ.

Едва ли въ наукѣ права есть ученіе, которое имѣло бы такую благородную и человѣчную цѣль, какъ часть теоріи доказательствъ, занимающаяся установленіемъ правилъ, ограждающихъ невиновнаго человѣка отъ напраснаго уголовного наказанія. Все наше сердце — на сторонѣ такихъ правилъ, хотя иногда можетъ ими воспользоваться виновный для того, чтобы ускользнуть отъ справедливой кары. Къ сожалѣнію, правила эти вообще слабо разработаны, хотя рѣчь о нихъ постоянно на языкѣ какъ у теоретическихъ, такъ и у практическихъ юристовъ. Рѣчь эта, впрочемъ, ограничивается всегда приведеніемъ нѣсколькихъ пословицъ въ родѣ: «лучше оправдать десять виновныхъ, чѣмъ осудить одного невиновнаго», «въ сомнительныхъ случаяхъ нужно отдавать предпочтеніе мнѣнію въ пользу подсудимаго» и т. д.

Фразы эти, вслѣдствіе неразборчиваго употребленія ихъ повсѣмъ дѣламъ разными ораторами трибуны, поистерлись и какъ бы потеряли свой глубокой смыслъ въ глазахъ тѣхъ, на кого они должны были бы дѣйствовать съ особою силою. Но старыя эти фразы имѣютъ вѣчно юное содержаніе. Пока сердце человѣческое способно содрогаться при мысли, что проливается неповинная кровь, что претерпѣваются незаслуженныя страданія, до тѣхъ поръ фразы тѣ будутъ говорить краснорѣчиво всякому, кто мыслить, чувствуетъ и имѣетъ жалость въ сердцѣ своемъ.

Теоріи доказательствъ не слѣдуетъ ограничиваться только установленіемъ правилъ о собираніи, разработкѣ и пользованіи доказательствами. Необходимо также выработать правила о доказываніи на судѣ, которыя указывали бы лучшіе пути для изслѣдованія истины на основаніи матеріаловъ. Матеріалы добыты съ соблюденіемъ правилъ, ограждающихъ ихъ достовѣрность; но матеріалы эти могутъ вести къ тому или другому окончательному выводу, изъ нихъ можно построить то или другое зданіе. Какими правилами слѣдуетъ руководствоваться при пользованіи этими матеріалами, при изслѣдованіи истины на ихъ основаніи? Наука, въ дѣлѣ преподаванія своихъ совѣтовъ въ этомъ случаѣ, можетъ дѣйствовать двумя путями. Она можетъ дать положительныя правила, показывающія, какъ именно слѣдуетъ вести доказываніе, и она можетъ дать правила отрицательныя, выясняя, въ какія ошибки не слѣдуетъ впадать, какіе приѣмы, опасные для истины, должны быть избѣгаемы. Ученіе объ ошибкахъ въ доказываніи, представляя отрицательныя правила, даетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и положительныя поученія: «*contrarium est eadem scientia*».

Но прежде чѣмъ перейдемъ къ изложенію обычныхъ ошибокъ въ доказываніи, посмотримъ, въ чемъ должны заключаться основныя

руководящія правила для изслѣдованія истины. Въ этомъ отношеніи, мы не знаемъ лучшихъ совѣтовъ, чѣмъ тѣ, которые даетъ Декартъ въ своихъ безсмертныхъ «Разсужденіяхъ о методѣ»¹⁾. Когда такой великій изслѣдователь истины, какъ Декартъ, говоритъ, что онъ, въ своихъ изслѣдованіяхъ руководствовался опредѣленными правилами и многими имъ обязанъ, то такія правила должны считаться золотыми, независимо отъ школьнаго вопроса о томъ, къ какой именно методѣ слѣдуетъ ихъ отчислить вполнѣ или отчасти.

Декартъ даетъ четыре правила для каждаго изслѣдователя истины²⁾.

1) Никогда ничего не признавать достовѣрнымъ, пока достовѣрность эта не сдѣлается совершенно очевидною, т. е. старательно избѣгать предвзятости и послѣдственности въ заключеніяхъ и основывать свои сужденія только на томъ, что представляется уму настолько ясно и отчетливо, что не возникаетъ повода для сомнѣнія.

2) Всякую трудную задачу дробить на столько частей, насколько это возможно и потребно для наилучшаго ея разрѣшенія.

3) Изслѣдованіе вести въ извѣстномъ порядкѣ, начиная съ вещей самыхъ простыхъ и наиболѣе удобныхъ для познанаія, чтобы мало-по-малу достигъ, какъ-бы по ступенямъ, познанаія вещей, наиболѣе сложныхъ, предполагая связь даже и между такими предметами, которые не слѣдуютъ одинъ за другимъ въ естественномъ порядкѣ.

4) Вести всѣмъ фактамъ счетъ и дѣлать обзорѣнія ихъ настолько исчерпывающія, чтобы можно было быть увѣреннымъ, что ничто не пропущено.

Эти основныя правила должны быть прилагаемы вездѣ, гдѣ только человѣкъ ищетъ истины на основаніи фактовъ, при помощи которыхъ раскрывается или дѣйствіе закона природы, или причина, вызвавшая какія-либо измѣненія въ мірѣ внѣшнемъ или внутреннемъ.

Приспособляя правила эти къ изслѣдованію достовѣрности въ уголовномъ судѣ, мы получаемъ слѣдующія руководящія начала, которыя должны быть соблюдаемы при доказываніи:

1) Избѣгать предубѣжденія и предвзятой идеи о виновности, доколѣ не получатся факты, не оставляющіе серьезнаго сомнѣнія ни

¹⁾ Descartes, Discours de la méthode, см. «Oeuvres de Descartes», изд. Кузена, т. I.

²⁾ 1) Le premier (правило) étoit de ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être telle; c'est-à-dire, d'éviter soigneusement la précipitation et la prévention, et de ne comprendre rien de plus en mes jugemens que ce qui se présenteroit si clairement et si distinctément à mon esprit, que je n'eusse aucune occasion de la mettre en doute.

2) Le second, de diviser chacune des difficultés que j'examinerois, en autant de parcelles qu'il se pourroit et qu'il seroit requis pour les mieux résoudre.

3) Le troisième, de conduire par ordre mes pensées, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connoître, pour monter peu à peu comme par degrés jusques à la connoissance des plus composés, et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne précèdent point naturellement les uns les autres.

4) Et le dernier de faire partout des dénombrements si entier et des revues si générales, que je fusse assuré de rien omettre.

въ томъ, что преступленіе дѣйствительно имѣло мѣсто, ни въ томъ, что оно совершенно подсуднымъ. Судья долженъ слушать свидѣтелей честно, воспринимая все, а не только то, что годно для обвиненія. держа свою душу открытою, какъ говорятъ англичане (*keep his mind open!*) и не поддаваясь вліянію общественнаго аффекта, который Вольтеръ заклеимиль мѣткимъ словомъ: «*la démençe de la sanaille*» (безуміе сволочи). Въ каждомъ уголовномъ дѣлѣ должно непременно быть такое рѣшительное, опорное доказательство, которое, при самыхъ разнообразныхъ личныхъ взглядахъ на дѣло, само по себѣ оставалось бы твердымъ и исходнымъ пунктомъ для обвиненія. Такъ, въ дѣлѣ объ убійствѣ, найденный трупъ, съ несомнѣнными признаками насилія, служить неподвижною исходною точкою при изслѣдованіи дѣла. Тотъ израненный трупъ служить опорнымъ доказательствомъ, что совершено преступленіе. Также точно и при доказываніи виновности какого-либо лица должна быть исходная точка, такой несомнѣнный фактъ, который не вызывалъ бы сомнѣній. Понятно, что когда мы здѣсь говоримъ о сомнѣніи, то имѣемъ въ виду практическое, разумное сомнѣніе. О теоретическомъ сомнѣніи, всегда мыслимомъ въ дѣлѣ изслѣдованія фактической достовѣрности, здѣсь не можетъ быть рѣчи. *Поспѣшность* въ заключеніяхъ и *предубѣжденіе*—вотъ зло, котораго долженъ избѣгать тотъ, на кого пала обязанность доказывать виновность. Мы здѣсь, конечно, не говоримъ объ умышленной предвзятости мнѣнія, которую совершенно оставляемъ въ сторонѣ; кто по предвзятой мысли осуждаетъ человѣка, тотъ самъ преступникъ. Честной предвзятости, которою часто оправдываютъ тенденціозность въ правосудіи, мы не допускаемъ. Кто честенъ, тотъ стремится къ справедливости, а справедливость не допускаетъ предвзятой мысли о виновности.

Въ книгѣ, написанной гораздо позже перваго изданія настоящей работы, Гроссъ¹⁾ съ большою силою обращаетъ вниманіе на тотъ вредъ, который получается отъ предвзятаго мнѣнія въ уголовномъ процессѣ. Предвзятое мнѣніе въ уголовномъ судѣ играетъ особую роль, по нашему глубокому убѣжденію, вынесенному изъ практики,—уже потому, что все вообще производство до суда располагаетъ къ созданію у судей предрѣшающаго мнѣнія о виновности подсудимаго. «Вѣдь недаромъ же его привлечь слѣдователь», «вѣдь не даромъ же его предали суду», эти фразы часто вполнѣ основательны, но бываютъ случаи, когда онѣ ведутъ къ ошибкамъ. Я не могу забыть, какъ меня ввела въ заблужденіе манера человѣка держаться въ одномъ случаѣ установленной впоследствии вѣдствіи судебной ошибки. Подсудимый, оказавшійся послѣ судебного засѣданія невиновнымъ, ибо былъ открытъ настоящій виновникъ, обратился ко мнѣ за защитою. Виновность его для меня была такъ ясна, что я уклонился отъ защиты. Главное, что на меня произвело неблагоприятное впечатлѣніе, было то, что когда я сказалъ подсудимому: «Вѣдь кто же другой

¹⁾ Criminalpsychologie, Graz, 1898, S. 560.

могъ совершить это похищеніе», онъ совершенно пассивно отвѣтилъ: «да, такъ всѣ говорятъ!». А между тѣмъ въ самый день его осужденія установлено было, что преступленіе совершилъ не онъ. Его пассивность происходила отъ его убитости, подавленности, отъ страннаго стеченія обстоятельствъ, свалившихся на его голову обвиненіе, а вовсе не отъ сознанія виновности. Это было горе, а не раскаяніе. «Предвзятость мнѣнія» дается уже самимъ положеніемъ подсудимости. Нужна большая привычка къ безпристрастному изслѣдованію истины, къ управленію своимъ чувствомъ, чтобы избавляться отъ предвзятости мнѣнія, когда эта предвзятость мнѣнія в н у ш а е т с я всею обстановкою самаго суда. Прослѣдите свои симпатіи и антипатіи, какъ часто онѣ связаны съ какимъ-нибудь чистѣйшимъ пустякомъ, лишены всякаго основанія. Темныя очки, надѣваемые для защиты большихъ глазъ отъ рѣзкаго свѣта, сколькимъ людямъ вредятъ! Иной всегда долженъ дѣлать надъ собою усиліе, чтобы внушить себѣ, что темныя очки вѣдь ничего не доказываютъ, кромѣ слабости зрѣнія. Бѣльмо на глазу,—сколько вреда оно причиняетъ несчастнымъ! Въ одномъ дѣлѣ мой подзащитный, обвинявшійся въ убійствѣ, имѣлъ бѣльмо на глазу. Онъ былъ осужденъ, хотя и не за убійство. Послѣ дѣла, въ разговорѣ съ однимъ изъ присяжныхъ, я замѣтилъ: «для обвиненія въ убійствѣ вы вѣдь не имѣли данныхъ, — почему же вы его признали виновнымъ въ нанесеніи ранъ?» Присяжный, не отвѣчая на вопросъ, замѣтилъ вскользь: «Пренеприятная у него фізіономія,—бѣльмо! Богъ шельму мѣтитъ». «Богъ шельму мѣтитъ», эта фраза не мало, должно быть, причинила бѣдъ въ уголовномъ правосудіи.

2) При доказываніи необходимо дробить дѣло на части, насколько возможно; при такомъ дѣленіи отчетливѣе выдѣляются трудныя задачи въ дѣлѣ и основательнѣе можно разсмотрѣть каждую въ отдѣльности. Это правило имѣетъ особенное значеніе для дѣлъ сложныхъ, въ которыхъ много обстоятельствъ и, слѣдовательно, большое количество доказательствъ. Даже, при разработкѣ доказательствъ на судебномъ слѣдствіи, гораздо лучше разбить большое дѣло на отдѣлы и разсматривать доказательства по группамъ. Нашъ уставъ уголовн. судопр. даетъ полную возможность дѣйствовать такимъ образомъ. Въ ст. 613 читаемъ: «Направляя ходъ дѣла къ тому порядку, который наиболѣе способствуетъ раскрытію истины, предсѣдатель суда можетъ распорядиться, чтобы судебное слѣдствіе производилось сначала въ отношеніи къ одному, а потомъ въ отношеніи къ другому изъ обвиняемыхъ въ совмѣстномъ совершеніи преступленія; но онъ не въ правѣ устранить никого изъ нихъ отъ предъявленія замѣчаній какъ по существу всего дѣла вообще, такъ и относительно способа его производства на судѣ». Высшая обязанность предсѣдателя — такъ поставить дѣло, чтобы присяжнымъ легко было воспользоваться доказательственнымъ матеріаломъ, чтобы онъ имъ доставлялся въ отчетливыхъ группахъ — за и противъ подсудимаго. Предсѣдатель, незаботящійся объ этомъ, — не судья, а чиновникъ, годный, пожалуй, для канцеляріи, но никакъ, не для живого дѣла правосудія; предсѣдатель, неумѣю-

нцій этого сдѣлать, есть бездарный человекъ, вредный для суда. На присяжныхъ часто вваливаютъ ответственность за неудачные приговоры, забывая, что въ промахахъ суда присяжныхъ обыкновенно виноваты неспособные люди, дѣйствующіе въ роли судей.

3) При доказываніи нужно начинать съ простѣйшихъ вещей и постепенно восходить до болѣе сложныхъ, предполагая связь между отдѣльными фактами даже тогда, когда они какъ-бы не находятся между собою въ послѣдовательномъ порядкѣ. Въ дѣлахъ уголовныхъ, съ сложными обстоятельствами, чрезвычайно важно вести доказываніе въ порядкѣ, при которомъ анализъ начинается съ самыхъ простѣйшихъ вещей. Въ особенности примѣненіе этого правила важно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ все дѣло основано на косвенныхъ доказательствахъ, на уликахъ. Не менѣе потребно соблюденіе этого правила въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ необходимо, на основаніи разрозненныхъ фактовъ, производить психологическій анализъ дѣянія подсудимаго. Психологическій анализъ кажется многимъ дѣломъ легкимъ, такъ какъ они разумѣютъ подъ нимъ совершенно произвольныя предположенія, основанныя не столько на положительныхъ данныхъ, сколько на фразахъ, полученныхъ изъ романовъ и повѣстей¹⁾. Но мы здѣсь говоримъ о научномъ психологическомъ анализѣ, опирающемся на факты, раскрытые судебнымъ слѣдствіемъ. Въ этомъ случаѣ, чрезвычайно важно, не увлекаясь предвзятою идейкою, начать анализъ съ простѣйшихъ вещей и восходить до болѣе сложныхъ, мало-по-малу, какъ бы по ступенямъ. Такой методъ можетъ удержать отъ насилія надъ фактами, производимаго часто совершенно незамѣтно—путьемъ прилагиванія фактовъ къ произвольной гипотезѣ. Великую ответственность беретъ на себя тотъ, кто возстановляетъ предъ судомъ душевныя движенія подсудимаго при совершеніи дѣянія. Такое изображеніе душевныхъ движеній можетъ вліять на присяжныхъ, и оно можетъ быть, въ то же время, лишь фантазіей оратора. Между тѣмъ, какъ бы мы ни сторонились отъ психологическихъ анализовъ, избѣгнуть ихъ невозможно: раскрыть мотивъ преступленія необходимо въ каждомъ преступленіи.

4) При доказываніи, слѣдуетъ дѣлать исчерпывающія обзорѣнія имѣющихся фактовъ. Факты любятъ счетъ. Вѣрный счетъ мѣшаетъ односторонности, подрываетъ произвольныя предположенія, останавливаетъ черезчуръ смѣлую кисть судебныхъ артистовъ, любящихъ рисовать «картинны», на основаніи доказательствъ и собственной неупражненной мысли.

Изложенныя правила, извлеченныя изъ метода Декарта, кажутся простыми, элементарными. Но они имѣютъ важное значеніе, какъ наставленія для правильного веденія доказыванія. Этихъ правилъ совершенно достаточно, чтобы, насколько возможно, обезпечить истину, при выводѣ заключенія изъ добытыхъ матеріаловъ. Конечно, при этомъ дѣлается предположеніе, что, выражаясь сло-

¹⁾ См. мое Психологическое изслѣдованіе въ уголовномъ судѣ. Москва 1902 г.

вами Декарта¹⁾), мы примемъ твердое рѣшеніе никогда не отступать отъ примѣненія каждаго изъ этихъ правилъ. Методъ изслѣдованія истины тогда приноситъ пользу, когда онъ входитъ въ привычку человѣка, дѣлается его обычнымъ приемомъ. Недостаточно знать, что есть на свѣтѣ такой-то методъ, что онъ складывается изъ такихъ-то приемовъ: его нужно практиковать на дѣлѣ.

Приступая къ изложенію обычныхъ ошибокъ въ доказываніи, мы должны, прежде всего, замѣтить, что не столько заботимся о систематизаціи ихъ, сколько о томъ, чтобы указать на тѣ изъ нихъ, которыя, наиболѣе встрѣчаясь, наиболѣе вредятъ уголовному правосудію. Доказываніе есть логическій процессъ; слѣдовательно, ученіе объ ошибкахъ, въ этомъ процессѣ, относится къ логикѣ, и мы бы вторглись въ область послѣдней, еслибы вздумали излагать полное ученіе о логическихъ ошибкахъ. Далѣе, мы должны обратить вниманіе на то, что дѣло здѣсь идетъ о доказываніи, а не о сужденіи, — о сторонахъ, а не о судьяхъ. Поэтому, мы здѣсь не будемъ разсматривать причинъ судебныхъ ошибокъ²⁾ — интеллектуальныхъ и моральныхъ. Какія процессуальныя ошибки дѣлаются сторонами въ доказываніи на судѣ — вотъ нашъ предметъ. При этомъ для насъ безразлично, есть ли причина ошибки умственное несовершенство, увлеченіе, недобросовѣстность или какое-либо другое состояніе. Каково бы ни было настроеніе судебной стороны, она стремится доказывать; это доказываніе и занимаетъ насъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Отсутствіе доказательствъ невиновности не слѣдуетъ превращать въ доказательство виновности.

ОСНОВАНІЯ.

Какъ уже выше указано, сколько бы ни говорили о томъ, что подсудимый почитается невиновнымъ, доколѣ не доказано противное, но подсудимость сама по себѣ, нахожденіе на скамьѣ подсудимыхъ, создаетъ для человѣка крайне неблагоприятное положеніе въ судебномъ состояніи.

Въ лучшемъ случаѣ думаютъ: «что-то есть». Этимъ «что-то есть», незамѣтно поддерживающимъ обвинителя, послѣдній часто пользуется къ своей выгодѣ. Свои слабыя положительныя доказательства онъ старается укрѣпить тѣмъ, что подсудимый не представилъ никакихъ доказательствъ невиновности. Указывая съ особою силою на то, что подсудимый не далъ никакихъ оправданій,

¹⁾ Descartes: «Ainsi, au lieu de ce grand nombre de préceptes dont la logique est composée, je crus que j'aurais assez des quatre... pourvu que je prisse une ferme et constante résolution de ne menquer pas une seule fois à les observer».

²⁾ Поучительна для изученія судебныхъ ошибокъ книга: M. L a i l l e r et V e n o v e n, Les erreurs judiciaires et leurs causes. Paris.

обвинитель, въ пылу спора, часто какъ будто забываетъ, что онъ и самъ не представилъ никакихъ положительныхъ доказательствъ. Въ хаосѣ судебного состязанія, бремя доказанія часто незамѣтно перемѣщается, даже тогда, когда подобное перемѣщеніе не имѣетъ никакого основанія. Судебный споръ не есть ученый диспутъ; онъ производится безцеремонно и весьма часто крайне недобросовѣстно. Гдѣ не достаетъ довода, тамъ его замѣняютъ ловкимъ словомъ; гдѣ нѣтъ доказательствъ, тамъ его восполняютъ подозрѣніемъ, высказаннымъ рѣшительнымъ и убѣжденнымъ тономъ. Разгулу слова здѣсь иногда не бываетъ границъ, и аргументъ, безцеремонный, какъ кулакъ, часто потому только приводится, что вообще его можно привести физически, хотя бы, въ интеллектуальномъ или нравственномъ отношеніи, онъ и былъ совершенно неумѣстенъ, лишентъ всякой правды. Презумпція о томъ, что подсудимый предполагается невиновнымъ, доколѣ противное не доказано, конечно, не останавливаетъ крайняго обвинителя; она, вѣдь, идетъ не ему въ пользу, а подсудимому. При томъ, какъ мы уже замѣтили, подсудимость создаетъ также свою презумпцію, если не формальную, то, во всякомъ случаѣ, способную вліять на присяжныхъ, во вредъ подсудимому.

Ошибка, о которой здѣсь ведется рѣчь, очень часто совершается, по тѣмъ или другимъ мотивамъ, обвинителями. Конечно, знающій защитникъ сумѣетъ указать присяжнымъ, что обвинитель, въ этомъ случаѣ, дѣйствуетъ неправильно, что онъ черпаетъ свою силу не изъ положительныхъ доказательствъ виновности, а изъ отсутствія доказательствъ невиновности.

Предсѣдатель обязанъ разъяснить присяжнымъ, въ разсматриваемомъ случаѣ, что обвиненіе должно имѣть собственныя свои силы, а не питаться безилемъ подсудимаго. Онъ долженъ разъяснить присяжнымъ, что презумпція о невиновности подсудимаго должна быть положительнымъ образомъ опровергнута обвинителемъ. Презумпція о невиновности, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Уэтли¹⁾, не означаетъ, что мы должны считать невиновность подсудимаго признанною, — будь это такъ, его бы слѣдовало освободить—или что его невиновность уже a priori болѣе вѣроятна, или же, что большинство привлекаемыхъ къ суду невиновно. Она означаетъ только, что бремя доказанія лежитъ на обвинителѣ. Конечно, правило о бремени доказанія почти не имѣетъ значенія въ чисто ученномъ спорѣ, гдѣ добывается истина ради истины, безъ всякихъ практическихъ цѣлей; но въ житейскомъ дѣлѣ, гдѣ исходъ спора влечетъ важныя послѣдствія для лица или лицъ, правило это играетъ важную роль. Отъ примѣненія правила этого на судѣ зависитъ тотъ или другой результатъ для права, государства, и отдѣльнаго лица. Возможное соображеніе обвинителя, что не въ томъ дѣло, кто доказалъ и какимъ путемъ доказалъ, а въ томъ, чтобы вообще было доказано и чтобы вообще была добыта истина, не имѣетъ никакого

¹⁾ Whately, Elements of Rhetoric, 1873, p. 72.

значенія въ смыслѣ аргумента. «Намъ нужна истина, а не распредѣленіе бремени доказанія, намъ нужна правда, а не соблюденіе формалистики въ спорѣ!» — могутъ воскликнуть обвинители. Но подобныя соображенія могутъ имѣть успѣхъ только предъ людьми, неспособными ни къ какой логической работѣ. Истина добывается на судѣ въ организованномъ состязаніи, обставленномъ опредѣленными условіями, обезпечивающими, въ большинствѣ случаевъ, отъ ошибокъ. Соблюденіе этихъ условій является главною гарантіею суда въ государствѣ, которое не есть семья, гдѣ несправедливо данная затрещина заглаживается ласкою. Государство есть область права, а приговоръ судебный—актъ юридическій, основанный на постановленіяхъ закона. Дѣло идетъ объ истинѣ судебной.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Доказательства лжности оправданій подсудимаго не могутъ восполнить собою недостатку въ положительныхъ доказательствахъ виновности.

О С Н О В А Н І Я .

Одна изъ весьма обыкновенныхъ ошибокъ обвинителя заключается въ томъ, что онъ замѣняетъ положительныя доказательства виновности доказательствами лжности оправданій, приводимыхъ подсудимымъ. Подъ вліяніемъ страха грозящаго наказанія, и совершенно невинный человѣкъ можетъ прибѣгнуть къ ложнымъ показаніямъ. Обвинителю весьма часто удается исполнѣ доказать лжность представленныхъ подсудимымъ объясненій, и дѣло затѣмъ принимаетъ такой видъ, какъ будто обвинитель исполнилъ свою задачу — подтвердилъ свое обвиненіе. При неискренности подсудимаго, обвинитель весьма часто пользуется этимъ приѣмомъ, который требуетъ и меньше труда, и меньше остроумія. Конечно, изблеченная лживость оправданій подсудимаго, при положительныхъ доказательствахъ его виновности всегда будетъ играть въ глазахъ судей рѣшающую роль. Но мы здѣсь говоримъ о тѣхъ случаяхъ, когда обвинитель стремится замѣнить доказательства виновности единымъ лишь изблеченіемъ лживости оправданій, представленныхъ подсудимымъ. При отсутствіи положительныхъ доказательствъ виновности, подобныя ложныя объясненія подсудимаго не должны считаться доказательствомъ противъ него. Бываетъ такое несчастное стеченіе обстоятельствъ, когда подозрѣніе, павшее на невиннаго человѣка, имѣетъ какую-то фатальную вѣроподобность. Подозрѣваемый, сознавая это несчастное стеченіе обстоятельствъ, теряетъ, подъ вліяніемъ испуга, волненія, душевное равновѣсіе, приходитъ въ отчаяніе и начинаетъ лгать самымъ пагубнымъ для себя образомъ. Раскрыть такую ложь часто очень легко. Но развѣ такое разоблаченіе доказываетъ основательность обвиненія?

Невинные подсудимые не только даютъ ложныя показанія, они иногда подтасовываютъ фальшивыя доказательства для того только,

чтобы доказать свою невиновность. Старый англійскій судья, Эдуардъ Кокъ, рассказываетъ, въ этомъ отношеніи, чрезвычайно интересный случай, пользующійся большою популярностію въ англійской литературѣ по теоріи доказательствъ. Одному дядѣ поручено было воспитаніе племянницы, имѣвшей право на кусокъ земли по завѣщанію отца,—наслѣдникомъ послѣ нея долженъ былъ быть дядя. Владѣлицей земли она должна была сдѣлаться по наступленіи 16-ти лѣтняго возраста. Однажды, когда ей было лѣтъ 8 или 9, дядя наказалъ ее за какой-то проступокъ. Свидѣтели слышали ея крики: «Дяденька, дяденька, не убивай меня?». Послѣ этого дѣвочка исчезла; не смотря на всѣ старанія, ее не могли найти. Дядю привлекли къ суду по подозрѣнію въ убійствѣ, и судьи потребовали отъ него, чтобы онъ нашолъ дѣвочку къ ближайшей сессіи. Будучи не въ состояніи отыскать ее, онъ досталъ другую дѣвочку и выдалъ ее на судѣ за свою племянницу. Обманъ былъ, однако, раскрытъ, подсудимый изобличенъ въ немъ, осужденъ по обвиненію въ убійствѣ и затѣмъ казненъ. Впослѣдствіи открылось, что, послѣ домашняго наказанія, племянница сбѣжала отъ дяди, скрывалась въ сосѣдней мѣстности, а, по наступленіи 16 лѣтъ, явилась за полученіемъ наслѣдства. Приводя этотъ случай, судья Кокъ говоритъ: «Этотъ случай я рассказалъ для двоякаго предостереженія: во-первыхъ, для предостереженія судьямъ, дабы, когда вопросъ идетъ о жизни, не рѣшали дѣлъ поспѣшно, на основаніи одного простого подозрѣнія; во-вторыхъ, для предостереженія невиннымъ и добрымъ людямъ, дабы никогда не оправдывались ложными средствами, ибо, оскорбляя Бога, творца правды, они сами себя губятъ, какъ тотъ дядя, о которомъ шла рѣчь». Въ приведенномъ случаѣ, обвиненіе имѣло весьма слабыя положительныя доказательства на своей сторонѣ. *Cogrus delicti* не былъ найденъ, никакимъ другимъ путемъ, не было доказано, чтобы убійство дѣйствительно совершилось. Крикъ — «не убивай меня!» могъ быть объясненъ просто тѣмъ, что эта фраза испуганной дѣвочки была равнозначуща словамъ — «не бей меня». Исчезновеніе дѣвочки оставалось, правда, ничѣмъ, не объясненнымъ; но оно все-таки не было положительнымъ доказательствомъ совершенія преступленія. Самую роковую роль разыгралъ обманъ, совершенный подсудимымъ, для спасенія своей дѣйствительной невиновности. Вообще, судебный опытъ убѣждаетъ, что обманныя показанія и даже дѣйствія подсудимыхъ, предпринимаемая для самооправданія, не могутъ служить основой для судебныхъ приговоровъ. Настоящимъ основаніемъ для послѣднихъ можетъ быть только доказанное обвиненіе, опирающееся на собственные, независимые матеріалы. Конечно, въ дѣйствительности рѣдко бываетъ, чтобы обвинитель, кромѣ изобличенія объясненій подсудимаго, съ своей стороны, ничего не представилъ, въ качествѣ обвинительныхъ доказательствъ. Но дѣло въ томъ, что слабость послѣднихъ ловко затушевывается силою изобличенія ложныхъ объясненій подсудимаго. Выдвинувши нѣсколько слабыхъ подозрѣній противъ подсудимаго, нѣсколько сбивчивыхъ свидѣтельскихъ показаній, обвинитель переходитъ къ доказательствамъ обвиняемаго, громить и разрушаетъ

ихъ и, за тѣмъ, въ нѣсколькихъ громкихъ фразахъ, дѣлаетъ свои выводы, не заботясь особенно о томъ, на сколько его обвиненіе подтверждено въ дѣйствительности. Разоблаченіе такой методы — обязанность защиты. Послѣдняя вовсе не обязана поддерживать ложныя объясненія своего кліента; она стоитъ самостоятельно и независимо, какъ интегральная часть самого суда. Защита должна требовать доказательствъ отъ обвиненія—въ этомъ ея главная задача. Не на личные пререканія съ обвинителемъ должна она тратить свое время, а на критику положительныхъ основъ обвиненія. Судебное состязаніе, какъ словесная борьба, имѣетъ одинъ весьма важный недостатокъ: подъ фразою можно скрыть слабость довода, подъ легкимъ искаженіемъ факта можно скрыть его недостаточность, а подъ декламаторскимъ тономъ—общую шаткость доказательственной стороны дѣла. Плохъ тотъ защитникъ, который, думая не столько о подсудимомъ, сколько о себѣ, заботится не столько о выясненіи дѣла, сколько о томъ, чтобы показаться слушателямъ дѣльнымъ и энергичнымъ борцомъ. Можно на судѣ вопить, кричать, рвать на себѣ волосы, сыпать блестящими фразами и, въ сущности, ничего путнаго не сдѣлать для защиты подсудимаго. Иногда плохая и крикливая защита не только ничего не дѣлаетъ въ пользу подсудимаго, но даже прямо ему вредитъ. Только опытный глазъ знающаго юриста замѣчаемъ промахи подобной защиты, промахи, которые не только остаются безнаказанными, но даже оплачиваются деньгами.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

При счетѣ доказательствъ единицею принимается отдѣльный источникъ достовѣрности.

ОСНОВАНІЯ.

Хотя при системѣ внутренняго убѣжденія, какъ мѣрилѣ силы доказательствъ, не можетъ быть рѣчи о какомъ-нибудь правилѣ, опредѣляющемъ потребное количество фактовъ, тѣмъ не менѣе, въ каждомъ уголовномъ дѣлѣ, слѣдуетъ вести счетъ доказательствамъ, хотя бы для того, чтобы не смѣшивать выводовъ съ обстоятельствами, изъ которыхъ эти выводы дѣлаются. Основнымъ правиломъ, для избѣжанія подобной ошибки, является положеніе, что въ дѣлѣ имѣется столько доказательствъ, сколько отдѣльныхъ фактовъ, подтверждающихъ тотъ или другой моментъ въ *quid probandum*. Изъ одного и того-же факта, служащаго доказательствомъ, можетъ быть сдѣлано нѣсколько выводовъ и почерпнуто нѣсколько данныхъ. И хотя имѣется нѣсколько такихъ данныхъ и выводовъ, доказательство, изъ котораго они сдѣланы, остается все таки одно. При счетѣ доказательствъ слѣдуетъ держаться отдѣльныхъ фактовъ, подтверждающихъ *quid probandum*. Подъ фактомъ мы здѣсь разумѣемъ отдѣльный источникъ достовѣрности, такъ какъ самый счетъ

можетъ имѣть одинъ только смыслъ—указать, сколько въ данномъ случаѣ мы имѣемъ источниковъ достовѣрности. Если количество доказательствъ само по себѣ имѣетъ какое-нибудь значеніе, независимо отъ внутренняго ихъ качества, то только въ томъ отношеніи, что мы можемъ контролировать одинъ источникъ достовѣрности при помощи другого. Слѣдовательно, при счетѣ доказательствъ, мы всегда должны имѣть въ виду отдѣльные источники достовѣрности. Такъ, изъ одного и того же свидѣтельскаго показанія можно почерпнуть много данныхъ, положимъ—10; но это не будетъ 10 доказательствъ, ибо источникъ достовѣрности одинъ. Хорошъ онъ—всѣ данныя достовѣрны; нехорошъ—всѣ недостовѣрны.

Данныя, извлеченныя изъ одного и того же свидѣтельскаго показанія, потому не составляютъ отдѣльныхъ доказательствъ, что они не могутъ другъ друга повѣрять, будучи добыты изъ одного и того же источника достовѣрности. Такъ, изъ одного и того же акта судейскаго осмотра могутъ быть извлечены многія данныя и сдѣланы различные выводы; но доказательство мы будемъ имѣть одно, ибо источникъ достовѣрности одинъ. Изъ одного и того же факта, составляющаго улику, можно сдѣлать нѣсколько выводовъ; но доказательство будетъ одно, такъ какъ имѣется одинъ только источникъ достовѣрности. Письменный документъ, напр. письмо, можетъ содержать въ себѣ цѣлое описаніе какого-либо событія; но всѣ отдѣльныя данныя такого описанія не будутъ составлять отдѣльныхъ доказательствъ, ибо источникъ достовѣрности одинъ—письменный документъ. Замѣтимъ, что выставленнаго нами принципа держалась и формальная теорія доказательствъ, опредѣлявшая напередъ ихъ силу, между прочимъ, на основаніи числа ихъ. Она принимала за единицу не данныя, а источники достовѣрности.

Заключенія могутъ быть дѣлаемы изъ одного доказательства и изъ цѣлой ихъ совокупности. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ заключеніе не есть доказательство, а только извѣстное логическое отношеніе, въ которое аргументаторъ ставитъ фактъ къ *thesis probanda*. Это нужно постоянно имѣть въ виду. Конечно, доказательства для того и представляются суду, чтобы изъ нихъ дѣлать заключенія къ *factum probandum*. Но самое заключеніе, какъ личный взглядъ аргументатора, не есть доказательство, а только объясненіе. Вотъ почему, при оцѣнкѣ доказательственнаго матеріала, слѣдуетъ строго различать самыя доказательства, источники достовѣрности, и выводы, сдѣланные изъ нихъ сторонами. Конечно, въ пылу судебной битвы, подобные выводы часто смѣшиваются съ самими доказательствами; но въ теоріи, гдѣ вопросы разсматриваются въ отрѣшенности ихъ отъ условій дѣятельности, эти вещи должны различаться. Въ предѣлахъ, установленныхъ условіями процессуальнаго доказыванія, сторона можетъ дѣлать двоякаго рода выводы:

а) Она можетъ устанавливать отношеніе между доказательствомъ и *factum probandum*. Такъ, изъ найденнаго на пескѣ слѣда можно сдѣлать заключеніе, что это—слѣдъ подозрѣваемаго. Далѣе, изъ этого заключенія можно сдѣлать другое,—что на этомъ мѣстѣ былъ

подозрѣваемый, такъ какъ его ноги оставили слѣдъ. Такимъ образомъ, мы имѣемъ два вывода изъ одного и того же источника достовѣрности (слѣдъ); но это—выводы, а не доказательства. Ибо изъ того, что на пескѣ найденъ слѣдъ, сдѣланный обувью подозрѣваемаго или такою, какъ у подозрѣваемаго, можно сдѣлать цѣлый рядъ болѣе или менѣе произвольныхъ заключеній; но всѣ эти заключенія не доказательства, а только тѣ или другія обьясненія аргументатора.

b) Сторона можетъ изъ той или другой собственной группировки источниковъ достовѣрности, представленныхъ по данному дѣлу, сдѣлать общій выводъ о доказанности *thesis probanda*. Такая группировка, произведенная стороною, представляетъ общій взглядъ на всю массу доказательствъ; но самъ по себѣ онъ—не доказательство. Конечно, въ массѣ доказательствъ всегда слѣдуетъ искать связи, факты всегда слѣдуетъ соотношать. Но все это—выводы, а не доказательства, выводы, весьма часто смѣлые и поспѣшные. Было бы роковой ошибкой смѣшивать, при доказываніи, источники достовѣрности съ подобными группировками ихъ. Сама по себѣ группировка представляетъ богатый источникъ ошибокъ, ибо человѣкъ иногда предполагаетъ связь тамъ, гдѣ ея въ дѣйствительности нѣтъ. Но исканіе такой связи—особенность человѣческаго ума и настоящая необходимостъ. Группировка доказательствъ связываетъ ихъ въ одно и превращаетъ въ плотную массу, составляющую основу судебного приговора.

c) Сторона дѣлаетъ, наконецъ, выводы о степени достовѣрности того или другого доказательства. Конечно, эта категория заключеній ни кѣмъ и не можетъ быть смѣшана съ доказательствами, ибо она—только оцѣнка силы этихъ послѣднихъ. Подобная оцѣнка не возстановляетъ прошлаго событія, на основаніи источниковъ достовѣрности, а опредѣляетъ, по тѣмъ или другимъ признакамъ, годностъ этихъ послѣднихъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Обвинитель не долженъ преувеличивать значенія имѣющихся въ дѣлѣ доказательствъ.

ОСНОВАНІЯ.

Оцѣнивая, по тѣмъ или другимъ признакамъ, силу представленныхъ по дѣлу доказательствъ, обвинитель не долженъ преувеличивать ихъ значенія. Такое преувеличеніе—серьезная ошибка, каковъ бы ни былъ побудительный мотивъ его. Нашъ уставъ уголовного судопроизводства, въ ст. 739, предусматриваетъ подобную ошибку. Въ этой статьѣ сказано: «Прокуроръ въ обвинительной рѣчи не долженъ ни представлять дѣло въ одностороннемъ видѣ, извлекая изъ него только обстоятельства, уличающія подсудимаго, ни преувеличивать значенія имѣющихся въ дѣлѣ доказательствъ»

и уликъ, или важности разсматриваемаго преступленія»¹⁾). Преувеличеніе силы имѣющихся доказательствъ можетъ быть сдѣлано двоякимъ образомъ:

а) Обвинитель можетъ указывать только на обвинительныя доказательства, совершенно упуская изъ виду обстоятельства, ослабляющія представленныя имъ доказательства. Такъ, онъ можетъ говорить только объ обвинительномъ свидѣтельскомъ показаніи, не упоминая о томъ, что на судебномъ слѣдствіи было и другое показаніе, ослабляющее то показаніе. Онъ можетъ комбинировать обвинительныя улики, не упоминая о томъ, что есть улики оправданія или противоулики. Онъ можетъ цѣликомъ основываться на заключеніи одного эксперта, не обращая должнаго вниманія на мнѣнія другихъ свѣдущихъ лицъ. Дѣйствуя такимъ образомъ, умышленно или не умышленно, обвинитель отступаетъ отъ настоящаго своего призванія—преслѣдовать истину, а не партіонную цѣль. Всѣ подобныя ошибки обвинителя уловимы; ихъ можно указать ему, такъ какъ судебное слѣдствіе проходитъ предъ судомъ и присяжными и составляетъ общій для всѣхъ источникъ, изъ котораго черпаются свѣдѣнія для рѣшенія дѣла.

б) Обвинитель можетъ преувеличивать значеніе имѣющихся доказательствъ въ противность закону, который нѣкоторымъ доказательствамъ самъ косвенно придаетъ меньшее значеніе. Такъ, по нашему уставу уголовного судопроизводства, не всѣмъ свидѣтелямъ дается присяга. Есть категоріи свидѣтелей, совсѣмъ недопускаемая къ ней по требованію стороны. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, безприсяжное показаніе должно считаться, по косвенному указанію закона, какъ бы менѣе достовѣрнымъ, чѣмъ показаніе, данное подъ гарантіей присяги. Понятно, что обвинитель преувеличиваетъ значеніе безприсяжнаго показанія, если онъ доказываетъ, что оно имѣетъ такое же значеніе, какъ и присяжное. Мы конечно, не желаемъ этимъ сказать, что безприсяжное показаніе есть доказательство несовершенное, мы не намѣрены возвращаться къ преданіямъ формальной теоріи доказательствъ; но что безприсяжное показаніе стоитъ, по общему значенію своему, ниже присяжнаго, въ этомъ не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія. Было бы странно слышать отъ обвинителя такую фразу: «Правда, что законъ, по отводу стороны, не допускаетъ потерпѣвшее лицо къ присягѣ, но отъ того показаніе потерпѣвшаго не стоитъ ниже показанія присяжнаго свидѣтеля». Такое заявленіе, иногда дѣйствительно дѣлаемое на судѣ обвинителемъ, неправильно по существу. Оцѣнка силы показаній свидѣтелей принадлежитъ присяжнымъ, по внутреннему убѣжденію ихъ. Но изъ закона, опредѣляющаго процессуальныя условія судебного слѣдствія, вытекаютъ извѣстные признаки для оцѣнки силы доказательствъ. Эти признаки являются предостереженіями при

¹⁾ Въ цѣломъ рядѣ кассационныхъ рѣшеній Правительствующимъ Сенатомъ признано, что преувеличеніе прокуроромъ значенія доказательствъ не можетъ влечь за собою отмѣны приговора, въ виду права подсудимаго опровергать неправильные выводы прокурора.

опредѣленіи вѣса доказательствъ. Не обращать на нихъ вниманія нельзя; это, во всякомъ случаѣ, ошибка, могущая повлечь иногда неправильный приговоръ. Признаки достовѣрности доказательствъ, почерпаемые изъ закона, должны быть излагаемы присяжнымъ, дабы имъ извѣстно было, что, даже при системѣ внутренняго убѣжденія, законодатель различаетъ болѣе или менѣе достовѣрныя (конечно, in abstracto) доказательства.

Мы здѣсь не касаемся другихъ способовъ искусственнаго возвышенія силы доказательствъ, въ глазахъ судей, посредствомъ возбужденія въ послѣднихъ различныхъ страстей. Обращеніе къ страстямъ есть очень обыкновенный приемъ ораторовъ. Было бы наивно требовать отъ нихъ, чтобы они не дѣлали подобныхъ обращеній. Апелляція къ страстямъ малообразованныхъ людей есть такое годное орудіе, отъ котораго плутоватые ораторы едва ли могутъ отказаться. Возбуждая страсти судей, ораторы дѣлаютъ ихъ, смотря по надобности, болѣе требовательными или менѣе требовательными къ доказательствамъ. Человѣкъ, возмущенный жестокостію преступленія, скорѣе склоненъ къ осужденію, чѣмъ къ оправданію; въ этомъ случаѣ онъ дѣлается, помимо даже сознанія, менѣе осторожнымъ и строгимъ въ разборѣ доказательствъ. Вотъ почему уставъ уголовного судопроизводства требуетъ, чтобы обвинитель не преувеличивалъ важности разсматриваемаго преступленія. Но допуская обращеніе къ страстямъ, какъ неизбѣжное зло въ судебныхъ состязаніяхъ, мы можемъ требовать одного, чтобы въ доказываніи совершенія преступленія избѣгаемы были всѣ ошибки, способныя вводить въ заблужденіе. Мы имѣемъ полное право требовать, чтобы доказываніе индивидуальнаго событія не было основываемо на аналогіяхъ, а только на обстоятельствевахъ даннаго дѣла. Вообще всѣ соображенія, въ видѣ аналогій, примѣровъ, пословицъ, когда они направлены къ подкрѣпленію доказательствъ факта прошлаго событія, къ дѣлу не относятся и ничего не доказываютъ. То, что позволительно въ научномъ изложеніи и даже доказываніи какого-нибудь историческаго событія, совершенно недозволительно въ судѣ, при установленіи прошлыхъ фактовъ. Совершившееся преступленіе есть событіе единичное, индивидуальное, которое только и можетъ быть доказываемо ему свойственными и индивидуальными доказательствами. Обобщенія и аналогіи, даже только предпологающія слушателя къ вѣрѣ въ то, что данное событіе имѣло мѣсто, не должны быть допускаемы въ доказываніи. Доказываніе прошлаго событія должно быть на судѣ просто, отчетливо и экономно на слова, какъ рѣшеніе ариметической задачи. Точности математической достигъ, конечно, нельзя; но процедура должна быть избавлена отъ постороннихъ и вредныхъ примѣсей, не относящихся къ дѣлу. Доказываніе прошлаго событія, для установленія его достовѣрности, складывается изъ слѣдующихъ элементовъ:

а) изложенія имѣющихся доказательствъ;

в) ихъ анализа;

с) оцѣнки ихъ силы по извѣстнымъ признакамъ.

Все, выходящее изъ этихъ рамокъ, не можетъ быть доводомъ при установленіи фактовъ. Обязанность предсѣдателя наблюдать, чтобы, при доказываніи, не приводились вещи, не могущія быть доказательствами. Въ ст. 611 уст. угол. судопр. сказано: «Предсѣдатель суда управляетъ ходомъ судебного слѣдствія, наблюдаетъ за порядкомъ объясненій» и устраняетъ «въ преніяхъ все, что не имѣетъ прямого отношенія къ дѣлу». Слово на судѣ дается сторонамъ не для того, чтобы онѣ излагали всякій вздоръ, какой имъ придетъ въ голову. Нужно помнить, что участвъ подсудимаго зависить отъ той ясности, съ какою предлагаются присяжнымъ доказательства. Истинное краснорѣчіе судебныхъ ораторовъ заключается не въ многословныхъ изліяніяхъ, а въ дѣловомъ разборѣ доказательствъ. Ораторъ, исполняющій эту задачу какъ слѣдуетъ, помогаетъ суду и присяжнымъ. Фразеръ, обращающій вниманіе не на дѣло, а на эффектъ отъ словъ, увеличиваетъ только трудности въ процессѣ. Извѣстный англійскій судья, Стивенъ, въ своемъ новѣйшемъ трудѣ¹⁾, воздастъ хвалу англійскимъ адвокатамъ за ихъ достойную и спокойную манеру веденія защиты на судѣ. Онъ говоритъ: «только немного можно представить болѣе сильныхъ доказательствъ простоты англійскаго вкуса въ дѣлѣ краснорѣчія, чѣмъ тотъ крайне прозаическій характеръ, которымъ отличаются судебныя рѣчи въ защиту подсудимыхъ. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда преступленіе выдается своими патетическими или драматическими обстоятельствами, адвокаты обѣихъ сторонъ ведутъ дѣло съ такимъ спокойствіемъ, какъ если бы вопросъ шолъ о взысканіи по векселю. Такой способъ заслуживаетъ полнаго одобренія. Краснорѣчіе, въ смыслѣ взыванія къ чувствамъ, невозможно безъ большей или меньшей при этомъ дозы лжи, а неудачное покушеніе на страстное краснорѣчіе есть одна изъ самыхъ презрѣнныхъ и смѣшныхъ вещей, не говоря уже о томъ, что оно почти всегда пошло».

Этимъ мы заканчиваемъ изложеніе процессуальныхъ ошибокъ въ доказываніи, не входя въ разсмотрѣніе ошибокъ, обыкновенно указываемыхъ въ логикахъ. Полагаемъ, что изслѣдованіе чисто логическихъ ошибокъ не входитъ въ ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ, такъ какъ устраненіе подобныхъ ошибокъ есть обязанность, общая для всякой умственной операціи, въ какой бы сферѣ она ни примѣнялась. Процессуалистъ Китка²⁾, затронувшій вопросъ объ ошибкахъ въ доказываніи, занимается совсѣмъ не тѣмъ, чѣмъ онъ долженъ былъ бы заняться. Онъ ничего не говоритъ о чисто процессуальныхъ ошибкахъ, а даетъ только краткое изложеніе ошибокъ логическихъ. Такъ, онъ отмѣчаетъ слѣдующія правила:

1) Не слѣдуетъ дѣлать ошибку, извѣстную въ логикѣ подъ названіемъ *petitio principii*

¹⁾ Stephen, A history of the criminal law of England. 1883, v. I, p. 454.

²⁾ Kitka, Die Beveislehre. Wien, 1841. § 10.

с і р і і, т. е. не слѣдуетъ предполагать доказаннымъ то, что, при помощи требуемаго доказательства, само еще нуждается въ доказательствѣ. Напр., А. обвиняется въ воровствѣ. Онъ доказываетъ свое *alibi*, отсутствіе отъ мѣста совершенія преступленія и пребываніе въ другомъ мѣстѣ, ссылаясь при этомъ на двухъ свидѣтелей, В. и С. Но свидѣтели эти не видѣли А. въ указанномъ имъ мѣстѣ; слѣд., можно сдѣлать заключеніе, что А. не былъ въ томъ мѣстѣ. Но такое заключеніе невѣрно, ибо В. и С. могли не видѣть А., хотя онъ и могъ тамъ быть. *Alibi* не опровергнуто, такъ какъ показаніе В. и С. должно быть само доказано. Изъ ихъ показанія слѣдуетъ только, что они А. не видѣли; но отсюда не слѣдуетъ, что указанное *alibi* опровергнуто.

2) Не слѣдуетъ измѣнять цѣли доказательства (*mutatio elenchi*); напр., свидѣтели видѣли В. съ уворованными вещами у дома, гдѣ совершена была кража похожихъ вещей, и въ то время, когда совершилось преступленіе. Такое свидѣтельское показаніе доказало бы только сходство вещей и еще то, что подсудимый несъ эти вещи мимо дома, гдѣ совершена была кража, и въ то время, когда преступленіе это случилось. Но все это еще не есть доказательство, что подсудимый совершилъ самую кражу.

3) Не слѣдуетъ дѣлать ошибку, извѣстную подъ названіемъ *orbis in demonstrando*. Но эта ошибка многими признается тождественною съ *petitio principii*.

4) Не слѣдуетъ дѣлать прыжковъ въ доказываніи—*saltus in demonstrando*: А. былъ на мѣстѣ совершенія преступленія. Было бы прыжкомъ въ доказываніи, если бы мы прибавили: «слѣдовательно, онъ совершилъ самое преступленіе»,—ибо онъ могъ тамъ быть и по другой причинѣ.

Закачивая главу объ ошибкахъ въ уголовномъ процессѣ, вы скажемъ, что только введеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи избавить судъ отъ массы ошибокъ.

УСЛОВІЕ ПЯТОЕ.

Сроки при представленіи доказательствъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТЫРНАДЦАТОЕ.

Уголовный процессъ не знаетъ безусловныхъ сроковъ, по истеченіи которыхъ не допускалось бы представленія новыхъ доказательствъ, разъ судебное слѣдствіе еще не заключено.

ОСНОВАНІЯ.

Уголовное судопроизводство стремится къ матеріальной истинѣ, а потому и не можетъ ставить представленіе доказательствъ въ за-

висимость отъ какихъ-либо безусловныхъ сроковъ. Но совершаясь во времени и при извѣстныхъ процессуальныхъ условіяхъ, представленіе доказательствъ, неограниченное безусловными сроками, находить, однако, свои границы въ періодахъ процесса и въ извѣстныхъ судопроизводственныхъ началахъ. Укажемъ эти границы.

1) Интересы государства, общества и личности одинаково требуютъ, чтобы уголовныя дѣла рѣшались, по возможности, скоро. Какъ бы ни были недостаточны доказательства для вполне удовлетворяющаго судъ возстановленія прошлаго событія, разслѣдованіе дѣла все же не можетъ быть ведено безконечно, въ надеждѣ, что дѣло, съ теченіемъ времени, выяснится лучше и полнѣе. Судъ долженъ, по открытымъ даннымъ, постановить свой приговоръ. Представленіе доказательствъ, такимъ образомъ, находить свою естественную границу въ необходимости порѣшить дѣло, и порѣшить какъ можно скорѣе. Рѣшеніе суда считается истиною, если исполнено, въ процессуальномъ смыслѣ, все необходимое для того, чтобы рѣшеніе вошло въ законную силу.

Извѣстная максима права—«*res judicata pro veritate habetur*» есть только одно изъ послѣдствій другого правила, по которому государство заинтересовано въ томъ, чтобы судебныя дѣла скорѣе вершались — *interest reipublicae, ut sit finis litium*. Понятіе *res judicata* влечетъ за собою правило о незыблемости судебныхъ приговоровъ. Вотъ какъ объясняютъ мотивы къ Уставу угол. судопроизводства начало незыблемости судебныхъ приговоровъ. «Какъ бы ни были широки устанавливаемые закономъ средства для открытія истины, какъ бы ни были многосложны формы и обряды судопроизводства, для сей цѣли учрежденные, какъ бы ни было велико количество судебныхъ инстанцій, тѣмъ не менѣе наступаетъ моментъ, когда всѣ эти средства исчерпаны, когда всѣ эти формы соблюдены, когда судъ, исполнивъ все то, что въ силахъ человѣческихъ выполнить, торжественно произноситъ свой приговоръ. Съ этого момента приговоръ суда получаетъ значеніе непоколебимаго памятника человѣческаго правосудія, съ этого момента ему безусловно должны подчиниться и подсудимый и общество: какъ подсудимый не въ правѣ уже оспаривать свою невинность, такъ и общество не въ правѣ уже доказывать его виновность. Наступаетъ время, когда судебное рѣшеніе должно почтяться истиною». Вотъ почему въ нашемъ Уставѣ уголовн. судопр. и находимъ слѣдующія постановленія: Ст. 21. «Оправданный вошедшимъ въ законную силу приговоромъ надлежащаго суда не можетъ быть вторично подвергнутъ слѣдствію и суду по тому же самому преступленію, если бы даже открылись къ его изобличенію новыя обстоятельства». Ст. 22. «Присужденный вошедшимъ въ законную силу приговоромъ къ наказанію или взысканію не можетъ быть вновь судимъ по тому же дѣлу, хотя бы впослѣдствіи были обнаружены обстоятельства, увеличивающія его вину». Это начало незыблемости судебныхъ приговоровъ терпитъ слѣдующія необходимыя исключенія: Ст. 23. «Правила, постановленные въ ст. 21 и 22, не распространяются на тѣ случаи,

когда судомъ будетъ признано, что прежде состоявшійся приговоръ былъ послѣдствіемъ подлога, подкупа или иного преступленія», и ст. 25: «Открытіе доказательствъ невинности осужденнаго, или понесенія имъ наказанія по судебной ошибкѣ, свыше мѣры сосѣдняго, признается законнымъ поводомъ къ возобновленію о немъ дѣла въ установленномъ нами порядкѣ». Итакъ, представленіе новаго доказательства невинности поставлено внѣ всякихъ сроковъ даже въ противность началу неизблемости судебныхъ приговоровъ.

2. Представленіе доказательствъ, въ отношеніи времени, находитъ свои границы въ періодахъ процесса. Какъ бы ни было обстоятельно и продолжительно предварительное слѣдствіе, все же оно должно завершиться — долженъ наступить моментъ заключенія предварительнаго слѣдствія, когда подсудимому, въ этотъ періодъ процесса, уже нельзя представлять доказательства. Ст. 476 Устава угол. судопр. говоритъ: «По окончаніи предварительнаго слѣдствія, судебный слѣдователь, предъявивъ обвиняемому, если онъ о томъ просить будетъ, слѣдственное производство, спрашиваетъ его: не желаетъ ли онъ представить еще что либо въ свое оправданіе?». Ст. 477: «Если обвиняемый укажетъ на какія-нибудь новыя обстоятельства, то слѣдователь обязанъ повѣрить тѣ изъ нихъ, которыя могутъ имѣть вліяніе на рѣшеніе дѣла». Ст. 478: «Затѣмъ, слѣдователь объявляетъ всѣмъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, что слѣдствіе заключено, и отсылаетъ все производство къ прокурору или его товарищу». Этимъ заключительнымъ моментомъ предварительнаго слѣдствія естественно заканчивается для подсудимаго возможность представлять доказательства въ этотъ періодъ процесса, конечно, если дѣло не подвергается дополненіямъ или дослѣдованію, по требованію прокурорскаго надзора (ст. 512), или же по опредѣленію судебной палаты (ст. 534). Хотя, какъ мы уже сказали, уголовный процессъ стремится къ матеріальной истинѣ и потому не знаетъ безусловныхъ сроковъ, тѣмъ не менѣе заключеніе предварительнаго слѣдствія не меньше можетъ повліять на судьбу подсудимаго, чѣмъ и какой-нибудь безусловный срокъ. Дѣло въ томъ, что не одно и то же представить доказательство на слѣдствіи предварительномъ и на слѣдствіи судебномъ. Въ первомъ случаѣ, новое доказательство можетъ быть полнѣе и основательнѣе обслѣдовано. Здѣсь имѣется, кромѣ того, много времени впереди, здѣсь не близится, какъ на слѣдствіи судебномъ, окончательный актъ — приговоръ рѣшающихъ судей. Иногда новое доказательство, для надлежащей его постановки, требуетъ много развѣтвляющихся справокъ, дознаній и боковыхъ слѣдствій. Понятно, что когда новое доказательство представляется на предварительномъ слѣдствіи, положеніе подсудимаго далеко благоприятнѣе, такъ какъ есть время для розысковъ.

3. Представленіе новыхъ доказательствъ къ судебному слѣдствію можетъ быть совершено, прежде всего, во время приготовительныхъ къ суду распоряженій, въ опредѣленные сроки. Однако, сроки эти не безусловны (см. ст. 575 — 577 Уст. уголовн. судопроиз-

водства). По окончаніи и повѣркѣ всѣхъ собранныхъ по дѣлу доказательствъ, на судебномъ слѣдствіи, ни одною стороною не могутъ быть приводимы новыя доказательства. Но если сторона признаетъ необходимымъ представить по дѣлу вновь открывшееся доказательство, то объявляетъ о томъ суду (ст. 733 Уст. угол. судопр.). По ст. 734 «по новому доказательству, представленному которою либо стороною, судъ обязанъ дать противной сторонѣ возможность приготовиться къ состязанію. Въ семь случаевъ отъ суда зависитъ, на основаніи 634 ст., отложить окончаніе судебного засѣданія¹⁾. — Изъ сказаннаго ясно, что сторонамъ дана широкая возможность представлять новыя доказательства на судебномъ слѣдствіи. Но нельзя не замѣтить, что представленіе новыхъ доказательствъ на судебномъ слѣдствіи должно имѣть только значеніе необходимаго дополненія. Далеко нежелательно, чтобы судебное слѣдствіе было превращаемо въ предварительное! Совершенно справедливо, что судебное слѣдствіе есть не только повѣрка предварительнаго, но отчасти и самостоятельное изслѣдованіе истины. Справедливо, что на судебномъ слѣдствіи могутъ разсматриваться и новыя доказательства, не бывшія на предварительномъ. Но нужно всегда помнить, что судебное слѣдствіе тогда только можетъ быть вполне удовлетворительнымъ изслѣдованіемъ, когда матеріалы для него заблаговременно приготовлены и надлежащимъ образомъ установлены.

Превращеніе судебного слѣдствія въ предварительное, что правильнѣе можетъ быть названо извращеніемъ процесса, какъ явленіе совершенно нормальное, можетъ развѣ случиться подъ влияніемъ двухъ причинъ: или предварительное слѣдствіе на столько неудовлетворительно, что сторонамъ приходится производить его вновь на судѣ, или за спиною сторонъ стоятъ партіи, которыя борются и парализуютъ ходъ процесса новыми, быть можетъ, даже фальшивыми доказательствами.

Первая причина можетъ зависѣть отъ недостатковъ слѣдственной части; вторая—отъ зараженія правосудія духомъ партійной борьбы, какое бы основаніе послѣдняя ни имѣла: религіозное, національное, или чисто политическое. Но какова бы ни была причина превращенія, въ данномъ случаѣ, судебного слѣдствія въ предварительное, явленіе это вредно для правосудія и не должно быть терпимо. Оно противорѣчитъ основнымъ условіямъ правильного хода разслѣдованія уголовного дѣла.

а) Представленіе массы новыхъ доказательствъ на судебномъ слѣдствіи, хотя бы противной сторонѣ и дано было нѣкоторое время на приготовленіе, опасно для правильнаго хода правосудія, такъ какъ новыя доказательства должны быть разслѣдованы надлежащимъ образомъ, что иногда и не можетъ быть сдѣлано въ короткое

¹⁾ Прав. Сенатъ (касс. рѣш. ⁷¹/₁₂₆₆ Мѣшкова) разъяснилъ, что судъ въ такомъ только случаѣ обязанъ признать доказательство вновь открывшимся, если признаетъ его относящимся къ дѣйствительно новому обстоятельству, которое не было предметомъ предварительнаго и судебного слѣдствія и не могло поэтому быть разъяснено на судебномъ слѣдствіи инымъ путемъ.

время, а именно, въ теченіе срока, на который прервано засѣданіе суда. Иное доказательство можетъ потребовать самыхъ сложныхъ развѣдокъ, справокъ и даже слѣдствія. Какъ же это можетъ быть все сдѣлано въ теченіе времени отсрочки засѣданія?

б) Если подобныхъ новыхъ доказательствъ будетъ много, а слѣдовательно и много отсрочекъ засѣданій, то присяжнымъ едва ли возможно будетъ получить цѣльное впечатлѣніе о дѣлѣ. Совершенно справедливо замѣчаютъ мотивы къ нашему Уставу угол. судопр. по этому поводу: «Безъ предварительнаго слѣдствія, самыя положительныя доказательства, при разсмотрѣніи ихъ на судѣ, могутъ потребовать различныхъ изысканій, для которыхъ необходимо будетъ прерывать судебное засѣданіе, въ противность одному изъ самыхъ существенныхъ условий для правильнаго отправленія суда чрезъ присяжныхъ, которые только при непрерывности устнаго слѣдствія могутъ произвести рѣшеніе по совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла». Но обширное и многовѣтвистое разслѣдованіе новыхъ обстоятельствъ на самомъ судебномъ слѣдствіи не только противорѣчило бы началу непрерывности, оно наполнило бы голову присяжныхъ многими обстоятельствами и справками, имѣющими чисто временное значеніе и которыя, какъ черновая работа предварительнаго слѣдствія, на судебное, при нормальномъ ходѣ дѣла, вовсе и не попали бы. Часто эта черная работа ни къ какимъ положительнымъ результатамъ и не ведетъ. Между тѣмъ, при превращеніи судебного слѣдствія въ предварительное, всѣ тѣ лѣса, которые имѣютъ только временное значеніе при установкѣ доказательствъ, будутъ загромаждать дѣло, обрекая его свѣдѣніями, несущественными для судей, хотя и важными для слѣдователя. Такое затемнѣніе дѣла побочными свѣдѣніями мѣшало бы отчетливости впечатлѣнія присяжныхъ засѣдателей. По всѣмъ этимъ основаніямъ мы думаемъ, что допущеніе на судѣ новыхъ доказательствъ должно быть допускаемо только въ предѣлахъ ограниченныхъ. Гдѣ найти предѣлы этого ограниченаго представленія новыхъ доказательствъ на судебномъ слѣдствіи — это не можетъ быть рѣшено какимъ-нибудь общимъ, обязательнымъ для суда, правиломъ. Здѣсь, какъ бы мы ни боялись расширить предѣлы судейскаго усмотрѣнія, мы ему должны предоставить рѣшеніе этого вопроса. Напрасно бы юриспруденція пыталась отмѣнить это усмотрѣніе: оно неизбѣжно. При извѣстномъ состояніи магистратуры, это усмотрѣніе, — опасная вещь. Но противъ этой опасной вещи нѣтъ средствъ въ наукѣ права.

Представленіе новыхъ доказательствъ въ апелляціонную инстанцію не связано апелляціоннымъ срокомъ и можетъ быть сдѣлано до открытія заключительныхъ преній (Касс. рѣш. ^{70/429} Молова и Твардовской).

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

КНИГА ПЕРВАЯ.

Личный судейскій осмотръ.



ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Личнымъ судебскимъ осмотромъ называется такое судебное дѣйствіе, при помощи котораго судья непосредственно убѣждается въ существованіи или несуществованіи какаго-либо факта, имѣющаго значеніе доказательства при изслѣдованіи уголовного дѣла.

ОСНОВАНІЯ.

Анализъ опредѣленія:

1) Личный осмотръ есть «судебное дѣйствіе». Процессуальное значеніе этого дѣйствія заключается въ томъ, что судья, при помощи его, получаетъ чувственную очевидность, которая и составляетъ, въ этомъ случаѣ, доказательство, что данный фактъ существуетъ, или не существуетъ. Допросъ, дѣлаемый судьей свидѣтелю, есть тоже судебное дѣйствіе; но здѣсь доказательствомъ является то, что рассказано свидѣтелемъ, показаніе послѣдняго; самое же судебное дѣйствіе, т. е. непосредственное допрашиваніе свидѣтеля, даетъ судѣ случай провѣрить свидѣтеля, наблюдать его, каковое наблюденіе составляетъ одно изъ важныхъ средствъ убѣдиться въ правдивости его словъ. Судья, органами своихъ внѣшнихъ чувствъ, не воспринимаетъ тѣхъ впечатлѣній, которыя были получены свидѣтелемъ: онъ выслушиваетъ только отчетъ свидѣтеля о томъ, что было видѣно или слышано послѣднимъ. Здѣсь чувственной очевидности фактовъ, передаваемыхъ свидѣтелемъ, для судьи нѣтъ.

2) «Непосредственное убѣжденіе».

При личномъ осмотрѣ, судья является самъ передъ собою свидѣтелемъ известнаго факта. Слѣдовательно, если рѣшающій судья удостовѣряется въ какомъ-либо фактѣ не на основаніи личнаго осмотра, а на основаніи осмотра, произведеннаго другимъ судьей, то онъ не получаетъ непосредственной (чувственной) очевидности, а просто — отчетъ о чужихъ впечатлѣніяхъ, нѣчто въ родѣ свидѣтельскаго показанія.

Такое свидѣтельское показаніе отличается, однако, отъ обык-

новеннаго тѣмъ, что наблюденіе сдѣлано не случайнымъ лицомъ, а компетентнымъ, закономъ на то уполномоченнымъ, сдѣлано не по игрѣ обстоятельствъ, а нарочито, и при томъ съ соблюденіемъ указанныхъ, въ судопроизводствѣ, условій осмотра, обезпечивающихъ in abstracto правильность какъ самого наблюденія, такъ и описанія наблюденнаго.

3) «Какого либо факта».

Подъ словомъ «фактъ» здѣсь разумѣются не только вещи, мѣстность, слѣды и тому подобныя моменты изслѣдуемаго событія, но также испытанія, доказывающія возможность или невозможность какого-либо явленія. Путемъ личнаго осмотра, можно убѣдиться, могъ ли свидѣтель, въ описываемой имъ позиціи, видѣть показанное имъ, или нѣтъ; могъ ли подсудимый поднять такую тяжесть, или нѣтъ и т. д. Словомъ, личнымъ осмотромъ устанавливается не только существованіе какихъ-либо фактовъ, но также изслѣдуется возможность или вѣроятность какихъ-либо дѣйствій, составляющихъ данныя изслѣдуемаго событія.

4) Фактъ, устанавливаемый личнымъ осмотромъ, имѣетъ «значеніе доказательства въ дѣлѣ».

Личный осмотръ есть судебное дѣйствіе, при помощи котораго судья убѣждается въ существованіи или несуществованіи какого-либо факта; но этотъ фактъ есть доказательство въ дѣлѣ. Судья, личнымъ осмотромъ, убѣждается въ существованіи слѣдовъ преступленія; но эти слѣды — доказательства, служащія источникомъ для самыхъ разнообразныхъ заключеній. Осмотромъ, наприм., измѣреніемъ, устанавливается такое то разстояніе между подоженнымъ строеніемъ и хатою подсудимаго; но самое разстояніе является доказательствомъ, изъ котораго дѣлается заключеніе о томъ, могъ ли подсудимый его пробѣжать въ теченіе такого то времени.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Личный осмотръ долженъ быть производимъ компетентнымъ, по закону, лицомъ.

ОСНОВАНІЯ.

Достовѣрность каждаго наблюденія обусловливается личными качествами наблюдателя. Кромѣ необходимыхъ для всякаго наблюденія здоровыхъ органовъ чувствъ, производящій его долженъ имѣть привычку быть объективнымъ, т. е., отличать наблюденное отъ своихъ личныхъ о немъ заключеній. Судопроизводство, предписывающее условія правильнаго изслѣдованія матеріальной истины, опредѣляетъ, кто именно имѣетъ право производить осмотры, пользующіеся значеніемъ юридически-достовѣрнаго доказательства.

Въ Уставѣ Уг. Судопр. находимъ слѣдующія постановленія по этому поводу:

Ст. 105: «Осмотры, освидѣтельствованія и обыски производятся или самимъ мировымъ судьей, или, по его порученію, чинами мѣстной полиціи». Ст. 106: «Производство осмотровъ, освидѣтельствований и обысковъ возлагается мировымъ судьей на полицію тогда только, когда, по какимъ-либо обстоятельствамъ, дѣйствія эти не могутъ быть исполнены имъ лично и не представляется возможности отложить ихъ до другого времени». Ст. 107: «Въ случаяхъ представленія которою либо изъ сторонъ уважительныхъ причинъ сомнѣнія въ достовѣрности произведеннаго полиціею осмотра, освидѣтельствованія или обыска, мировой судья обязанъ повѣрить эти дѣйствія лично». Ст. 258: «Въ тѣхъ случаяхъ, когда полицію застигнуто совершающееся или только что совершившееся преступное дѣяніе, а также когда, до прибытія судебного слѣдователя, слѣды преступления могли изгладиться, полиція замѣняетъ судебного слѣдователя во всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, не терпящихъ отлагательства, какъ-то: въ осмотрахъ, освидѣтельствованияхъ, обыскахъ и выемкахъ». Ст. 269: «Судебный слѣдователь имѣетъ право повѣрять, дополнять и отмѣнять дѣйствія полиціи по произведенному ею первоначальному изслѣдованію». Ст. 315: «Осмотры и освидѣтельствованія производятся... или непосредственно судебнымъ слѣдователемъ, или чрезъ свѣдущихъ лицъ». Ст. 688: «Когда судъ, по замѣчанію сторонъ, или присяжныхъ засѣдателей, или по собственному усмотрѣнію, признаетъ протоколъ осмотра не имѣющимъ законной достовѣрности или надлежащей полноты, а повѣрку осмотра невозможною, то поручаетъ одному изъ своихъ членовъ или судебныхъ слѣдователей произвести новый осмотръ». Ст. 689: «Въ чрезвычайныхъ случаяхъ, для мѣстныхъ осмотровъ и вообще для ближайшаго удостовѣренія въ событіи, когда оно заключаетъ въ себѣ важное преступленіе, судъ выѣзжаетъ, въ узаконенномъ составѣ, на мѣсто преступленія, гдѣ и открываетъ судебное засѣданіе установленнымъ порядкомъ». Ст. 690: «Для объясненія освидѣтельствованія или испытанія, произведеннаго слѣдователемъ или свѣдущими лицами, судъ можетъ вызвать въ свое засѣданіе лица, производившія освидѣтельствованіе или испытаніе, и потребовать отъ нихъ обстоятельнаго отчета въ ихъ дѣйствіяхъ».

Изъ приведенныхъ статей Устава видно, что:

1) законъ указываетъ точно лица, имѣющія право производить осмотры;

2) рѣшающій дѣло судья рѣдко самъ производитъ осмотры; онъ обыкновенно пользуется осмотровъ, сдѣланнымъ другимъ лицомъ, указаннымъ въ законѣ;

3) рѣшающій судья можетъ, однако, всегда повѣрять осмотры установленнымъ въ законѣ порядкомъ;

4) рѣшающій судья, въ важныхъ случаяхъ, можетъ вновь произвести осмотръ, если подобный новый осмотръ возможенъ по существу дѣла.

И такъ, когда въ судопроизводствѣ говорится о личномъ судейскомъ осмотрѣ, то имѣется въ виду личный осмотръ компетентнаго, по закону, лица, но это компетентное лицо не всегда—рѣшающій судья. Конечно, въ идеальномъ судопроизводствѣ — если бы такое существовало гдѣ нибудь на землѣ — компетентнымъ лицомъ долженъ бы быть всегда тотъ судья, которому подлежитъ самое рѣшеніе дѣла; въ дѣйствительномъ же судопроизводствѣ это невыполнимо, и рѣшающему судѣбѣ остается только пользоваться личнымъ осмотромъ другого лица.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Личный осмотръ долженъ быть производимъ въ присутствіи свидѣтелей.

ОСНОВАНІЯ.

Свидѣтели осмотра необходимы, такъ какъ они могутъ служить доказательствомъ, что все, описанное лицомъ, произведшимъ осмотръ, было дѣйствительно найдено, что осмотръ дѣйствительно былъ сдѣланъ, и что ничто изъ найденнаго въ протоколѣ осмотра не опущено. По Уставу Уг. Судопр. (ст. 315) осмотры и освидѣтельствванія производятся въ присутствіи понятыхъ.

Понятыми, по ст. 320, къ осмотру или освидѣтельствванію приглашаются изъ ближайшихъ жителей: въ городахъ—хозяйева домовъ, лавокъ, промышленныхъ и торговыхъ заведеній, а также ихъ управляющіе и повѣренные; въ мѣстечкахъ и селеніяхъ, кромѣ вышеупомянутыхъ лицъ, землевладѣльцы, волостныя и сельскія должностныя лица и церковныя старосты. Въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства, судебный слѣдователь можетъ пригласить и другія лица, пользующіяся общественнымъ довѣріемъ. При осмотрахъ и освидѣтельствваніяхъ дозволяется присутствовать всѣмъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, но слѣдователь не обязанъ выжидать ихъ прибытія (ст. 316). Число понятыхъ не должно быть менѣ двухъ (ст. 321); для осмотра женщинъ приглашаются замужнія женщины (ст. 322). Приглашенные, въ качествѣ свидѣтелей, понятые должны имѣть право дѣлать свои замѣчанія на протоколѣ, въ случаяхъ, когда они не согласны съ содержаніемъ его. Правда, въ Уставѣ Уг. Судопр. объ этомъ нѣтъ никакого постановленія. Но подобное право понятыхъ вытекаетъ изъ самаго существа ихъ обязанности. Они приглашаются для удостовѣренія фактовъ; разъ они замѣчаютъ, что слѣдователь не такъ описываетъ найденное, какъ оно въ дѣйствительности есть, они обязаны сдѣлать объ этомъ замѣчаніе на протоколѣ. При осмотрахъ, производимыхъ врачомъ, такое право понятыхъ и установлено въ ст. 343 Уст. Уг. Судопр., гласящей: «Судебный слѣдователь и понятые, а также другія лица, приглашенные къ осмотру мертваго тѣла, имѣютъ право заявлять свое мнѣніе о тѣхъ дѣйствіяхъ и объясненіяхъ врача, которыя имъ покажутся

сомнительными. Мнѣнія ихъ вносятся въ протоколъ». Если понятые пользуются такимъ правомъ при осмотрѣ врача, то нѣтъ основанія имъ отказывать въ этомъ правѣ при производствѣ осмотра слѣдователемъ, тѣмъ болѣе, что здѣсь осмотръ гораздо доступнѣе для пониманія всѣхъ и каждаго. По общегерманскому Уставу Уг. Судопр. (ст. 185), при производствѣ осмотра слѣдователемъ, долженъ присутствовать секретарь; понятыхъ нѣтъ.

Лэвэ (Die Strafprozessordnung, Kommentar, p. 330 — 332) замѣчаетъ по этому поводу, что, безъ участія секретаря, осмотръ не можетъ имѣть силы судебного дѣйствія; что секретарь принимаетъ въ осмотрѣ такое же участіе, какъ и судья, такъ какъ они оба отвѣчаютъ за правильное составленіе протокола, имѣющаго значеніе свидѣтельства, исходящаго отъ нихъ обоихъ. Поэтому, всякое разногласіе этихъ лицъ, по поводу найденнаго при осмотрѣ, если такое разногласіе не устранено обсужденіемъ и послѣдовавшимъ за нимъ соглашеніемъ, должно быть занесено въ протоколъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Протоколъ осмотра долженъ отличаться объективностью.

О С Н О В А Н І Я .

Вообще, при производствѣ осмотра, слѣдуетъ обращать вниманіе на все, что только замѣчается въ осматриваемомъ объектѣ. Уставъ Уг. Судопр. имѣетъ въ виду самый разносторонній осмотръ, когда въ ст. 318 постановляетъ: «При производствѣ осмотровъ и освидѣтельствующей судебный слѣдователь обращаетъ вниманіе не только на явные признаки преступленія, но также на мѣстность и предметы, окружающіе слѣды преступленія». Объективность осмотра заключается въ описаніи предмета, не преслѣдуя никакой цѣли, кромѣ точнаго его изображенія. Составитель протокола осмотра долженъ понимать, что, на основаніи его осмотра, будутъ дѣлать различныя заключенія, что его будутъ эксплуатировать самымъ многообразнымъ способомъ, впоследствии, уже на судебномъ слѣдствіи. Преслѣдуя въ своихъ правилахъ объ осмотровѣ о б ъ е к т и в н о с т ь, Уставъ Угол. Судопр., въ ст. 319, постановляетъ: «объ оказавшемся при осмотровѣ и освидѣтельствующемъ судебный слѣдователь составляетъ протоколъ, по возможности, на самомъ мѣстѣ производства сихъ дѣйствій. Все оказавшееся описывается въ той послѣдовательности, какъ осматривалось и открывалось». Въ случаѣ надобности, слѣдователь дѣлаетъ надлежащія измѣренія, а, если возможно, то и чертежи осмотровенныхъ мѣстъ и предметовъ (ст. 318). Если слѣдователь считаетъ нужнымъ сдѣлать какое-либо предположеніе, могущее имѣть значеніе для разъясненія истины, то изъ протокола должно быть ясно видно, гдѣ идетъ рѣчь о фактѣ и гдѣ — о предположеніи. Обще-германскій Уст. Уг. судопр. (ст. 86) постановляетъ: «При осмотровѣ, въ протоколѣ описывается все найденное;

при этомъ должно быть указано, какихъ слѣдовъ и признаковъ, существованіе которыхъ, по особенностямъ даннаго случая, можетъ быть предположено, недоставало».

Составить вполне объективный протоколъ осмотра—дѣло очень не легкое, требующее искусства и навыка. Гораздо легче написать какое нибудь заурядное логическое разсужденіе, чѣмъ хорошо, т. е. полно и объективно, описать какую нибудь самую обыкновенную комнату, въ которой много разнообразныхъ предметовъ и слѣдовъ. Точности, ясности и полнотѣ протокола сильно помогаютъ чертежи, фотографическіе снимки и модели.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Протоколъ осмотра, читаемый на судѣ, рѣшающемъ дѣло, не есть доказательство съ предустановленною достовѣрностью, кановое доказательство, въ современномъ уголовномъ процессѣ, при началѣ внутренняго убѣжденія, и не мыслимо, а свидѣтельское показаніе *sui generis* лицъ, его подпавшихъ. Лица, производившія осмотръ, могутъ быть вызваны въ судѣ, для объясненія протокола.

О С Н О В А Н І Я .

Уставъ Уг. Судопр., хотя нигдѣ не называетъ акта осмотра письменнымъ показаніемъ свидѣтелей, однако, дозволяетъ вызывать на судѣ лица, производившія осмотръ, для полученія отъ нихъ обстоятельнаго отчета. Слѣдователь, въ этомъ случаѣ, допрашивается, какъ свидѣтель по предмету осмотра. Самое чтеніе протокола осмотра, по ст. 687, имѣетъ мѣсто только тогда, когда этого потребуютъ стороны или когда судьи или присяжные признаютъ это нужнымъ. Другими словами, свѣдѣнія, содержащіяся въ протоколѣ, могутъ получаться на судѣ и изъ другого источника, напр., изъ допроса свидѣтелей, слѣдователя, понятыхъ. Изъ сказаннаго ясно, что протоколъ осмотра не долженъ быть разсматриваемъ, какъ актъ, имѣющій предустановленную достовѣрность. Онъ — письменное показаніе лицъ, производившихъ осмотръ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Протоколъ осмотра есть доказательство производное.

О С Н О В А Н І Я .

Положеніе это не требуетъ дальнѣйшихъ объясненій: протоколъ осмотра, какъ бы достовѣренъ онъ ни былъ въ отдѣльномъ случаѣ, есть письменное показаніе лицъ, на судѣ не присутствующихъ и не подвергающихся перекрестному допросу, слѣдовательно, онъ — доказательство второстепенное, производное.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Протоколъ осмотра, прочитываемый предъ рѣшающими судьями, не можетъ быть разсматриваемъ, какъ личный судейскій осмотръ, дающій чувственную очевидность.

ОСНОВАНІЯ.

Личный судейскій осмотръ даетъ чувственную очевидность только тому судѣ, который его самъ сдѣлалъ, а не тому, кто слушаетъ отчетъ объ осмотрѣ, произведенномъ другимъ лицомъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Осмотръ, произведенный судомъ, рѣшающимъ дѣло, даетъ чувственную очевидность, не нуждающуюся въ удостовѣреніи какихъ-либо еще другихъ лицъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

При оцѣнкѣ доказательной силы судейскаго осмотра принимаются во вниманіе внѣшніе и внутренніе признаки. Къ внѣшнимъ признакамъ достовѣрности относится соблюденіе всѣхъ установленныхъ закономъ формальныхъ условій производства осмотра; къ внутреннимъ относятся два признака: а) согласіе содержанія осмотра съ другими несомнѣнно установленными обстоятельствами дѣла и б) полнота его, дающая отвѣты на возникающіе въ дѣлѣ вопросы:

ОСНОВАНІЯ.

Получаются слѣдующіе признаки достовѣрности личнаго осмотра.

Внѣшніе:

- 1) производство осмотра уполномоченнымъ на то закономъ лицомъ;
- 2) присутствіе, при производствѣ его, понятыхъ;
- 3) составленіе протокола на мѣстѣ осмотра, за исключеніемъ случаевъ, когда это было невозможно;
- 4) объективное изложеніе всего найденнаго въ такомъ порядкѣ, какъ все открывалось.

Внутренніе:

- 1) Согласіе осмотра съ другими несомнѣнно установленными обстоятельствами дѣла.

Уставъ Уг. Судопр. не упоминаетъ объ этомъ признакъ при осмотрахъ, производимыхъ слѣдователемъ, а только при осмотрахъ, дѣлаемыхъ врачами. Тѣмъ не менѣе, этотъ внутренній признакъ достовѣрности имѣетъ полное примѣненіе и къ слѣдовательскимъ осмотрамъ. Довѣріе къ протоколу осмотра, конечно, будетъ поколеблено, если содержаніе его будетъ опровергаться, въ томъ или другомъ отношеніи, какими нибудь несомнѣнно достовѣрными данными дѣла.

2) Полнота протокола осмотра.

Этотъ признакъ упоминается и въ Уставѣ Уг. Судопр., какъ качество, отсутствіе котораго дѣлаетъ протоколъ недостовѣрнымъ. Въ ст. 688 читаемъ: «Если судъ, по замѣчанію сторонъ, или при- сяжныхъ засѣдателей, или по собственному усмотрѣнію, признаетъ протоколъ осмотра не имѣющимъ законной достовѣрности или надлежащей **п о л н о т ы**, а повѣрку осмотра возможною, то поручаетъ одному изъ своихъ членовъ или судебныхъ слѣдователей произвести новый осмотръ».

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Протоколы осмотра должны быть, по возможности, дополняемы техническими воспроизведеніями.

О С Н О В А Н І Я .

Изложенное нами только что ученіе объ общихъ условіяхъ достовѣрности судейскаго осмотра будетъ неполно, а, главное, архаично, если мы не прибавимъ слѣдующихъ соображеній.

Описаніе мѣста преступленія и вообще всего, что осталось вещественнаго отъ совершившагося событія, никогда не даетъ такого яснаго представленія, какъ фотографіи, модели и тому подобныя вещественныя воспроизведенія. Необходимо возвести судейскій осмотръ на степень **научнаго обслѣдованія—точнаго, яснаго и осязательнаго**. Именно этою задачею теперь занимается одна отрасль уголовного процесса, которую называютъ «**научно-судебнымъ слѣдствіемъ**». Недавно появилась книга А. Ницефоро¹⁾, собравшая воедино всѣ технические способы установленія вещественной обстановки преступленія и стоитъ посмотреть на планъ, а еще лучше на фотографіи картины мѣста преступленія и потомъ прочесть многословное и все же недостаточное слѣдовательское описаніе осмотра, чтобы убѣдиться въ несравненномъ превосходствѣ техническихъ способовъ. Но этими техническими способами нужно заниматься практически, чтобы ихъ вполне усвоить. Въ этомъ отношеніи, полезно было бы

¹⁾ А. Niceforo, La police et l'enquête judiciaire scientifique, preface du Dr. Lacassagne, Paris, 1907 г. См. также вступительную лекцію проф. Рейса въ Лозаннѣ по кафедрѣ научной фотографіи для судебныхъ и политическихъ цѣлей Zeitschrift für gesammte Strafrechtswissenschaft, 1908, 28 т.

создать, въ университетѣ, особый отдѣлъ кафедры уголовного права, который былъ бы посвященъ всецѣло изученію научнаго обслѣдованія вещественной стороны преступленія. Сюда же можно присоединить и психологическое обслѣдованіе какъ совершеннаго преступленія, такъ и доказательствъ, т. е. психологию уголовного процесса. Если наряду съ этимъ изучать не формы и обряды процесса, а логику уголовного процесса, то мы и получимъ собственно то, что, въ послѣднее время, заслуживало бы названія науки уголовного процесса, т. е. логику и психологию уголовного процесса. Соединенные въ одинъ отдѣлъ, логика и психология уголовного процесса вывели бы послѣдній, наконецъ, изъ стадіи ненаучнаго повторенія статей закона, разбавленныхъ водянистыми разсужденіями, и привели бы къ философіи уголовного процесса. Создана была бы такимъ образомъ дѣйствительная теорія уголовного процесса, какъ метода изслѣдованія истины въ области уголовного суда.

Несмотря, однако, на то, что способы обслѣдованія *corpus delicti*, въ послѣдніе годы, улучшились и умножились—говоря вообще, раскрытіе преступленій мало сдѣлало успѣховъ сравнительно съ тѣми, вмѣстѣ съ культурою народившимися, средствами ускользанія изъ рукъ правосудія, какими пользуется современный преступникъ. Министръ юстиціи, въ рапортѣ президенту французской республики, въ 1907 г., говоритъ: «Никакихъ успѣховъ не сдѣлано въ способахъ раскрытія истины, а между тѣмъ преступники пользуются всѣми удобствами, которыя имъ даетъ быстрота сообщеній, чтобы удалиться отъ мѣста совершенія преступленія и создать себѣ *alibi*. Ихъ способы преступнаго дѣйствованія улучшаются съ прогрессомъ науки, между тѣмъ какъ приемы уголовного преслѣдованія остаются неизмѣнными, неподвижными (J. Cruet, *la vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 231). Но еще меньше сдѣлано въ способахъ предупрежденія и пресѣченія преступленій. Въ этомъ отношеніи, особенно у насъ, человѣкъ вполнѣ беззащитенъ. Человѣкъ, получающій угрозы убійствомъ отъ извѣстнаго ему лица, все таки ничего не можетъ сдѣлать въ свою защиту. Конечно, письма и тому подобныя доказательства могутъ въ послѣдствіи послужить доказательствомъ для изобличенія, но для ожидающаго исполненія угрозы это будущее изобличеніе не представляетъ утѣшенія.

Техническіе способы возстановленія *corpus delicti* и психологическіе методы испытанія лицъ, дающихъ матеріалы для раскрытія событія преступленія и изобличенія виновника, никогда не сведуть процесса, въ дѣлѣ воспроизведенія прошлаго факта, во всѣхъ случаяхъ, на степень безусловной достовѣрности. Въ области исторіи человѣческой дѣятельности нашему уму никогда не удастся свести дѣло воспроизведенія прошлаго къ точности математики.

Прекрасно говорить Круазэ¹⁾ о задачахъ и ресурсахъ исто-

¹⁾ А. Croiset, *Les démocraties antiques*, Paris, 1909, p. 9.

ри, — что всё построения исторической науки имѣютъ характеръ лишь вѣроятности, иногда и очень близкой къ достовѣрности, но всегда оставляющей мѣсто для нѣкотораго сомнѣнія. «Если это— несовершенство, то историческая наука его раздѣляетъ со всякимъ знаніемъ, касающимся человѣческой активности. Когда я рѣшаюсь дѣйствовать такъ или иначе, то какъ бы я при этомъ ни старался вооружиться точнѣйшими свѣдѣніями и практически обследовать ихъ, я всегда могу ошибиться... При всякомъ дѣйствованіи необходимо рисковать! Также точно нужно рисковать—устанавливая тотъ или другой фактъ въ исторіи и разъясняя его смыслъ. Выбросить изъ работы историка всякое участіе интуиціи, быстрой и гипотетической индукціи, не значило бы сдѣлать изъ исторіи точную науку—вещь невозможную—но значило бы ее совсѣмъ уничтожить». То же самое можно сказать и о возстановленіи прошлаго факта преступленія. Это—маленькая исторія, и она раздѣляетъ участь исторіи большой. Юристы знаютъ, какъ приходится рисковать въ уголовномъ судѣ, когда строится приговоръ, а строится онъ на вѣроятностяхъ. Вотъ почему слѣдуетъ обращать особенное вниманіе на начало уголовного слѣдствія и почему слѣдуетъ ставить предварительное слѣдствіе на почву строгаго метода. Опаснѣе всего въ данномъ случаѣ субъективность слѣдователя, выражающаяся въ томъ, что онъ судить о дѣйствующихъ лицахъ въ процессѣ по своей манерѣ мыслить и чувствовать: уголовная психологія показываетъ, что преступникъ часто отклоняется, въ своей манерѣ мыслить и чувствовать, отъ нормальнаго человѣка. Но даже и нормальный человѣкъ, по логикѣ обстоятельствъ своей жизни, можетъ отклониться, въ своей психологіи, отъ психологіи слѣдователя, дѣйствующаго совсѣмъ при другихъ условіяхъ и для другихъ цѣлей. Ницефоро¹⁾ придаетъ большое значеніе правильной классификаціи собранныхъ данныхъ, для чего лучше всего примѣнить графическій способъ.

Вотъ его схема.

	I.	
Слѣдствіе раздѣляется теоретически на три части:	{	a) Оно собираетъ данныя.
		b) Оно пользуется данными, чтобы, обсуждать, ставить и провѣрять гипотезы.
		b) Допрашивается извѣстное лицо, какъ предполагаемый виновникъ преступленія, обвиняется.

II.

Какъ собирать данныя.

1) Исслѣдованіе:	{	a) Мѣста совершенія преступленія.
		b) Труппа.
		b) Предметовъ найденныхъ.

¹⁾ Niccifero, La police et l'Enquête judiciaire scientifique, p. 408

- 2) Допросъ: {
 1) Свидѣтелей факта.
 2) Свидѣтелей о прецедентахъ факта.
 3) Людей, знавшихъ жертву преступленія
 и вообще всѣхъ лицъ, имѣвшихъ отношеніе къ
 преступленію.
- 3) Возсозданіе картины совершенія преступленія.

III.

Какъ изучать данныя и какъ ими пользоваться.

- Классификація ихъ: {
 а) Перечисленіе.
 б) Распредѣленіе (главныя и второстепенныя).
- Первыя логическія построенія: {
 Анализъ; синтезъ; индукція; дедукція.
- Созданіе и провѣрка гипотезы. {
 а) Созданіе. {
 а) По ассоціаціи идей.
 б) По аналогіи (съ другими преступленіями).
 б) Мѣры предосторожности. {
 а) Отсутствіе предвзятой идеи.
 б) Скептицизмъ.
 в) Провѣрка. {
 а) Опытами.
 б) Наблюденіемъ фактовъ.
 в) Новымъ обзоромъ данныхъ собранныхъ (principium divisionis—методъ графическій).

IV.

Какъ обслѣдовать предполагаемаго виновника.

- Изслѣдованіемъ: {
 Установленіе тождества субъекта.
 Установленіе его прецедентовъ.
- Осмотромъ: {
 а) Обиталища субъекта.
 б) Самого субъекта (для открытія слѣдовъ).
- Изученіемъ личности его, физической, духовной и социальной: {
 а) Физическія и фізіологическія особенности субъекта.
 б) чувствительность.
 в) умственная сторона.
 г) условія жизни.
 д) патологическія и наслѣдственные черты.
 (Можно примѣнять методъ графической регистраціи и т. назыв. mental tests).

Посредствомъ допроса
о самомъ преступленіи:

Отвѣты субъекта провѣряются и обелѣ-
дуются по отношенію къ мотивамъ преступле-
нія, къ собраннѣмъ даннымъ и къ физико-
психическому состоянію субъекта.

Посредствомъ испыта-
нія:

а) Очная ставка съ жертвою преступления.
б) Очная ставка со свидѣтелями.
(Должны быть отмѣнены всѣ жестокіе и
недостойные методы испытанія, какъ-то: вне-
запное разбуживаніе, анестезированіе, гипно-
тизмъ, моральная пытка.

Наблюденіемъ надъ
субъектомъ:

а) на свободѣ.
б) въ тюрьмѣ.
в) въ больницѣ.
г) въ санаторіи.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что классификація, особливо гра-
фическая, удобная для обзорнія, можетъ сильно помогать соблю-
денію объективности при составленіи убѣжденія.

Нельзя при этомъ не вспомнить нравственной алгеб-
ры Бенжамена Франклина. Сущность ея заключается въ
слѣдующемъ приѣмѣ. Когда намъ нужно на что нибудь рѣшиться,
мы обдумываемъ разные доводы за и противъ; но они не по-
стоянно во всей своей полнотѣ представляются нашему уму въ
одно и то же время. Отсюда—колебаніе между различными рѣше-
ніями и мучительная неопредѣленность. Чтобы ничего не упускать
изъ виду и всегда имѣть предъ собою одновременно всѣ доводы за
и противъ, Франклинъ предлагаетъ раздѣлить листъ бумаги на
двѣ колонны, надписавъ надъ одной Pro, а надъ другой Contra
и подъ этими заголовками помѣщать всѣ приходящіе въ голову до-
воды за и противъ. Когда всѣ доводы записаны, Франклинъ взвѣ-
шиваетъ ихъ сравнительно, взаимно другъ друга уравновѣшивающіе
вычеркиваетъ вонъ, хотя бы одинъ доводъ повлекъ за собою уда-
леніе двухъ противоположныхъ, если онъ по вѣсу рав-
няется двумъ. Затѣмъ Франклинъ, выбросивъ такимъ образомъ рав-
носильныя pro и contra, получаетъ итогъ доводовъ и ихъ
балансъ. При такомъ способѣ, замѣчаетъ Франклинъ, лучше обсу-
ждается дѣло и рѣшеніе принимается болѣе мотивированное¹⁾.
Нѣтъ никакого сомнѣнія что обзорніе доводовъ, предъ рѣше-
ніемъ вопроса, полезно; но Франклинъ совсѣмъ не обращаетъ вни-
манія на тотъ процессъ безсознательнаго мышленія,
который совершается въ нашей головѣ, во снѣ, напримѣръ. Откла-
дывается людьми рѣшеніе на утро, въ ожиданіи, что ночью, во снѣ,
въ мозгу будетъ работа, и вопросъ выяснится къ утру, которое «муд-
реннѣе» вечера.

¹⁾ B. Franklin, Mélanges de morale, d'économie, Paris, 1853, p. 75.

КНИГА ВТОРАЯ.

Заключенія экспертовъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Эксперты, основывающіе свои заключенія на какой-либо наукѣ, суть научные судьи, приговоръ которыхъ является рѣшеніемъ спеціальнаго вопроса въ дѣлѣ ¹⁾).

ОСНОВАНІЯ.

Этотъ приговоръ принимается за доказательство. Но онъ доказательство не потому, что судьи и присяжные дѣйствительно убѣдились въ научной правильности заключенія эксперта, а потому что онъ исходитъ отъ специалистовъ, имѣющихъ всѣ данныя для основательнаго рѣшенія вопроса. Судьи и присяжные не могутъ быть посвящены въ тайны науки, въ теченіе одного судебного засѣданія; они не могутъ критически относиться къ экспертизѣ, для пониманія основаній которой требуется цѣлый рядъ лѣтъ научныхъ занятій. Имъ остается только слѣдовать авторитетному указанію эксперта. Судья самостоятеленъ въ выборѣ экспертовъ. Но разъ послѣдніе выбраны, судья слѣдуетъ за ними, какъ слѣпой за своимъ поводитаремъ. Конечно, и судья имѣетъ кое какіе внѣшніе признаки для заключенія о достоинствѣ данной на судѣ экспертизы. Но понятно, что эти внѣшніе признаки правильности экспертизы не дѣлаютъ для судьи доступною критическую оцѣнку научной

¹⁾ Этотъ взглядъ, впервые мною высказанный въ 1870 г., вызывалъ и вызываетъ противъ себя очень много возраженій, но лишь въ кругахъ юридическихъ. Прошло много лѣтъ съ тѣхъ поръ, какъ я, въ судебномъ засѣданіи по дѣлу Андрусенко, записалъ у себя въ книжкѣ и высказалъ мысль, что *экспертъ—судья по спеціальному вопросу*; въ теченіе этихъ лѣтъ, въ цѣломъ рядѣ судебныхъ засѣданій, я только утверждался въ жизненной и научной правильности своего взгляда. Въ судебномъ засѣданіи по дѣлу Андрусенко дѣйствовалъ составъ такихъ блестящихъ дѣятелей, рѣчи которыхъ были только благоприятны для разработки самыхъ трудныхъ вопросовъ: председательствовали Э. Я. Фуксъ, обвинялъ А. О. Кони, а экспертомъ былъ Д. О. Лямбль, котораго, послушавъ разъ, нельзя уже было забыть цѣлую жизнь. Всякій, занимавшійся вопросомъ объ экспертизѣ, понимаетъ что успѣхъ экспертизы въ значительной степени зависитъ отъ положенія эксперта въ уголовномъ процессѣ. Особенно это ясно въ дѣлахъ съ психопатологическими вопросами. Одинъ изъ новѣйшихъ психопатологовъ (Sommer, Kriminalpsychologie und strafrechtliche Psychopathologie, 1904, S. 4) тоже смотритъ на экспертизу, какъ на рѣшеніе (Urtheil) спеціальное.

ея стороны. Вотъ почему научный экспертъ и является судьей научнаго вопроса въ уголовномъ дѣлѣ.

Такое значеніе эксперта не нравится юристамъ; но оно тѣмъ не менѣе основано на сущности научной экспертизы въ судѣ. Много лѣтъ назадъ я издалъ монографію «О значеніи врачей-экспертовъ въ уголовномъ судопроизводствѣ». Она появилась въ то время, когда въ нашей еше зарождавшейся практикѣ новаго процесса еще возможны были споры о томъ, слѣдуетъ-ли смотрѣть на эксперта, какъ на свидѣтеля. Моя монографія впервые провела мысль, что экспертъ не есть свидѣтель, а научный судья специальной стороны дѣла, и что сообразно съ этимъ его значеніемъ должно быть определено его положеніе въ процессѣ, должны быть выработаны его права и обязанности. Монографія моя вызвала оживленные толки. Медики, и между ними раньше всѣхъ извѣстный токсикологъ покойный Пеликанъ, высказались за мой взглядъ; юристы, напротивъ, никакъ не соглашались признать за экспертомъ значенія научнаго судьи. Но практика, болѣе разумная, чѣмъ раздраженные оппоненты, скоро усвоила себѣ мой взглядъ. Это выразилось въ томъ, что теперь почти всегда, въ нашихъ судахъ, экспертовъ ставятъ въ положеніе специальной жури: ихъ оставляютъ въ залѣ засѣданія, во время судебного слѣдствія; имъ позволяютъ совѣщаться; отъ нихъ отбираютъ общее заключеніе, если они единогласны въ своемъ рѣшеніи. Въ судебно-медицинской литературѣ нашей взглядъ на научнаго эксперта, какъ на судью фактовъ, давно утвердился. Авторъ «Руководства къ изученію судебной медицины, написаннаго для юристовъ, 1885 г.» г. Штольцъ говоритъ, между прочимъ, слѣдующее: «Разъ экспертъ—судья фактовъ, онъ равноправенъ, на судебномъ слѣдствіи, съ присяжными, и, слѣдовательно, имѣетъ возможность съ пользою служить дѣлу правосудія. Нѣтъ этого—руки эксперта связаны. Судебная практика и кассаціонныя рѣшенія отчасти уже разрѣшили этотъ вопросъ въ положительномъ смыслѣ, хотя я еще помню то время, когда эксперта запирали въ одну комнату со свидѣтелями и не дозволяли находиться въ засѣданіи суда, при судебномъ слѣдствіи. Но безъ санкціи правъ, присушихъ эксперту, со стороны закона, пользованіе этими правами условно и зависитъ отъ персонала суда. Еще до настоящаго времени, для оставленія эксперта, во время судебного слѣдствія, въ залѣ засѣданія суда, требуются заключенія прокурора и защитника. Изъ этого слѣдуетъ, что можно и не допустить эксперта присутствовать во время судебного слѣдствія (стр. 31)». Не желая обременять текстъ «Ученія о доказательствахъ» выпискою изъ монографіи «О значеніи врачей-экспертовъ», для подробнаго подтвержденія взгляда на эксперта, какъ на научнаго судью, я представляю подробное извлеченіе изъ этой монографіи въ настоящей книгѣ, какъ мотивы къ § I настоящаго отдѣла. Думаю, что это изложеніе не будетъ излишне, тѣмъ болѣе, что самая монографія сдѣлалась, въ настоящее время, библиографическою рѣдкостью, недоступною для публики.

Здѣсь же я не намѣренъ тратить время и отвлекать внима-

ніе читателя на доказываніе мысли, что судьи и присяжные не въ состояніи оцѣнивать научную экспертизу въ ея основахъ. Нелѣпное предположеніе, что присяжный засѣдатель, занявъ мѣсто въ судѣ, превращается въ какое то удивительное существо, которое, будучи иногда даже еле грамотно, способно понимать и критиковать глубочайшіе вопросы науки, кажется, уже кончило свое существованіе.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Эксперты, основывающіе свои заключенія на опытности въ какомъ-либо ремеслѣ, занятіи или промыслѣ, являются не судьями, а справочными свидѣтелями, объясненія которыхъ могутъ быть вполне усвоены и оцѣнены ¹⁾.

ОСНОВАНІЯ.

«Справочными свидѣтелями» мы назвали этотъ родъ экспертовъ для того, чтобы провести различіе между научными экспертами и тѣми свѣдущими лицами, которые даютъ, изъ области своего опыта, свѣдѣнія, освѣщающія нѣкоторыя стороны уголовныхъ дѣлъ. Судь, вооружившись этими свѣдѣніями, справками, самостоятельно, затѣмъ, рѣшаетъ возникшій вопросъ. Онъ не подчиняется здѣсь авторитету, мотивовъ заключенія котораго онъ не въ состояніи критиковать; онъ имѣетъ предъ собою истолкователей, дающихъ ему справки и свѣдѣнія, необходимыя для рѣшенія возникшаго вопроса.

Призывается, напр., бухгалтеръ, для объясненія порядка счетоводства въ какомъ нибудь торговомъ заведеніи. Конечно, судъ можетъ не знать этого порядка, можетъ не знать, какія книги и въ какомъ видѣ должны быть ведены. Но разъ судъ получилъ объясненія отъ бухгалтера, необходимыя справки, онъ вооруженъ знаніемъ и можетъ самостоятельно орудовать полученными свѣдѣніями.

Вызывается банковый чиновникъ, для объясненія хода и свойства банковыхъ операций. Получивъ такое объясненіе, судъ уже самостоятельно рѣшаетъ возникшій вопросъ. Мы вполне сознаемъ, что терминъ «справочные свидѣтели» потому одному уже неудаченъ, что слово «свидѣтель», даже въ примѣненіи къ ненаучнымъ экспертамъ, неумѣстно: вызываемое судомъ свѣдущее лицо не можетъ быть названо свидѣтелемъ, такъ какъ оно указано не обстоятельствами дѣла, а сторонами или выбрано судомъ. Но все таки этотъ терминъ проводитъ границу между экспертомъ, имѣющимъ значеніе научнаго судьи, и свѣдущимъ лицомъ, вызываемымъ для дачи справокъ. Граница эта необходима для того, чтобы не пре-

¹⁾ Смотр. не совсѣмъ основательныя возраженія противъ этого различенія у Prof. *Hoche*, *Handbûch der gerichtlichen Psychiatrie*, Berlin, 1901 «Рѣзкое различіе между *воспріятіемъ* и *заключеніемъ* нельзя поддерживать ни въ медицинѣ, ни въ юриспруденціи».

доставлять справочнымъ свидѣтелямъ тѣхъ правъ, которыя должны принадлежать исключительно экспертамъ, какъ научнымъ судьямъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Эксперты и справочные свидѣтели должны быть вызываемы въ каждомъ случаѣ, когда возникаетъ вопросъ, для рѣшенія котораго необходимы научныя свѣдѣнія или спеціальная опытность. Случайное обладаніе судомъ спеціальными знаніями, необходимыми для рѣшенія даннаго дѣла, не можетъ его избавить отъ вызова свѣдущихъ лицъ: случайное знаніе судей по спеціальному вопросу есть знаніе внѣсудебное, не могущее имѣть значенія судебного факта.

О С Н О В А Н І Я .

Въ какихъ поименно случаяхъ должны быть судомъ вызываемы свѣдущія лица, законъ опредѣлить не можетъ: исчерпывающаго вычисленія такихъ случаевъ достигъ едва ли можно a priori. Уставъ Уг. Судопр., въ ст. 325, даетъ общее постановленіе: «Свѣдущія лица приглашаются въ тѣхъ случаяхъ, когда для точнаго уразумѣнія встрѣчающагося въ дѣлѣ обстоятельства необходимы спеціальныя свѣдѣнія или опытность въ наукѣ, искусствѣ, ремеслѣ, промыслѣ или какомъ нибудь занятіи». Вопросъ о томъ, слѣдовало ли вызвать, въ данномъ случаѣ, свѣдущихъ лицъ, разрѣшается судомъ; кассационный сенатъ въ разсмотрѣніе этого вопроса не входитъ. Но отказъ сторонамъ въ просьбѣ о вызовѣ экспертовъ долженъ быть надлежащимъ образомъ мотивированъ. И если-бы судомъ, въ этой мотивировкѣ, было высказано, что онъ считалъ ненужнымъ вызовъ экспертовъ, такъ какъ самъ въ состояніи порѣшить спеціальныя вопросы, то такимъ присвоеніемъ функціи свѣдущаго лица онъ нарушилъ бы ст. 693 Устава Уг. Судопр., а такое нарушеніе составляетъ достаточный кассационный поводъ.

Принципъ внутренняго убѣжденія, принятый основнымъ началомъ, при обсужденіи силы доказательствъ, даетъ судѣ право основывать свой приговоръ на экспертизѣ, или не основывать, но не избавляетъ его отъ обязанности вызвать свѣдущее лицо въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимы спеціальныя знанія или опытность.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Судъ опредѣляетъ вопросы, надлежащіе изслѣдованію и рѣшенію экспертовъ, а также предметы для объясненія справочныхъ свидѣтелей.

О С Н О В А Н І Я .

Уставъ Уг. Судопр., въ ст. 332, говоритъ: «Судебный слѣдователь обязанъ предложить свѣдущимъ лицамъ словесно или пись-

менно вопросы, подлежащіе ихъ рѣшенію». Однако, въ своемъ изслѣдованіи, свѣдущіе люди не связаны абсолютно предѣлами, указанными слѣдователемъ. Ст. 333 говоритъ: «Свѣдущіе люди, производя освидѣтельствованіе, не должны упускать изъ виду и такихъ признаковъ, на которые слѣдователь не обратитъ вниманія, но изслѣдованіе которыхъ можетъ привести къ открытію истины». Понятно, что экспертъ, производящій самостоятельное изслѣдованіе, по указанію самого закона, можетъ выйти изъ предѣловъ, указанныхъ судомъ, если этого требуетъ раскрытіе истины.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Эксперты и справочные свидѣтели должны обладать всѣми качествами достовѣрныхъ свидѣтелей.

О С Н О В А Н І Я .

Это правило означаетъ, что къ этимъ лицамъ примѣняются всѣ постановленія объ исключеніи и отводѣ свидѣтелей, по тѣмъ или другимъ причинамъ, указаннымъ въ законѣ. Интересно, что обще-германскій Уставъ Уг. Судопр., въ ст. 74, постановляетъ, что эксперты могутъ быть отводимы по тѣмъ же основаніямъ, какъ и судьи. Въ этомъ косвенно высказывается основное воззрѣніе этого кодекса на эксперта, какъ на научнаго судью.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Экспертамъ слѣдуетъ предоставить возможность познакомиться съ обстоятельствами дѣла, по которому они должны дать свою экспертизу.

О С Н О В А Н І Я .

Едва ли есть надобность распространяться о томъ, что эксперту необходимо быть знакомымъ со всѣми обстоятельствами дѣла для того, чтобы добыть себѣ матеріалы для экспертизы. Уже на предварительномъ слѣдствіи эксперту сообщаются всѣ, какія имѣются по дѣлу, свѣдѣнія. Ст. 341 Уст. Уг. Судопр. говоритъ: «При производствѣ судебно-медицинскаго осмотра, судебный слѣдователь сообщаетъ врачу, по его требованію, тѣ изъ имѣющихся о мертвомъ тѣлѣ свѣдѣній, которыя могутъ служить указаніемъ, на что врачъ долженъ, при вскрытіи, обратить особенное вниманіе».

Эксперты, вызванные къ судебному слѣдствію, имѣютъ право обозрѣвать письменное по дѣлу производство (касс. рѣш. ^{1864/}₉₄₄ Алексѣева); судъ можетъ ихъ оставить въ залѣ засѣданія, для присутствованія при производствѣ судебного слѣдствія (к. ^{73/}₇₁₃ Кузовлева); они могутъ, съ разрѣшенія суда, предлагать вопросы сви-

дѣтелямъ, чрезъ предсѣдателя, или, съ его разрѣшенія, непосредственно (к. ⁷⁴/₄₇ Хисамутдинова). Всѣ эти права экспертовъ у насъ выработаны на практикѣ и установлены кассационнымъ судомъ. Въ обще-германскомъ Уставѣ Уг. Судопр., опубликованномъ позже нашихъ судебныхъ уставовъ, въ ст. 80, прямо постановлено, что эксперты, для получения необходимыхъ имъ свѣдѣній, могутъ просить о дальнѣйшемъ допросѣ свидѣтелей и подсудимаго; для той же цѣли (ознакомленія съ дѣломъ) они имѣютъ право обозрѣвать письменное производство по дѣлу, присутствовать при допросѣ подсудимаго и свидѣтелей и предлагать имъ вопросы непосредственно. Такимъ образомъ, тѣ права экспертовъ, которыя у насъ основываются только на кассационной практикѣ, въ Германіи установлены закономъ. За промежутокъ времени, протекшаго между изданіемъ нашихъ судебныхъ уставовъ и обще-германскаго устава уг. судопр., спорный вопросъ о правахъ экспертовъ разрѣшенъ въ законодательствѣ нѣмецкаго народа, въ пользу взгляда на эксперта, какъ на научнаго судью.

Но вышеупомянутыя права экспертовъ не должны быть предоставляемы справочнымъ свидѣтелямъ, такъ какъ они призываются въ судъ только для того, чтобы сообщить ему нѣкоторыя свѣдѣнія, необходимыя для пониманія той или другой стороны дѣла. Справочный свидѣтель, вызванный, напр., для того, чтобы дать свѣдѣнія о существовавшихъ въ банкѣ или таможенѣ порядкахъ, вовсе не нуждается въ знаніи обстоятельствъ всего дѣла, чтобы представить необходимыя объясненія. Совсѣмъ другое дѣло научный экспертъ: ему нужно знать всѣ обстоятельства дѣла, чтобы постановить свое рѣшеніе.

Такъ, психіатру нужно знать дѣло даже гораздо глубже, чѣмъ судѣ, для того, чтобы дать свою экспертизу о душевномъ состояніи подсудимаго, во время совершенія преступленія. Судебный опытъ показываетъ, что справочный свидѣтель, возведенный въ положеніе эксперта, на судѣ, выходитъ изъ своей роли и проявляетъ склонность высказать мнѣніе о томъ, что собственно уже не подлежитъ его рѣшенію: напр., могъ ли подсудимый, при данныхъ обстоятельствахъ, совершить преступленіе, или нѣтъ?

Въ нашей судебной практикѣ, къ сожалѣнію, не дѣлаютъ различія между экспертомъ, имѣющимъ значеніе научнаго судьи, и экспертомъ, имѣющимъ значеніе справочнаго свидѣтеля.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Если экспертовъ нѣсколько, то они должны имѣть право совѣщаться предъ дачею своего заключенія.

ОСНОВАНІЯ.

Право совѣщанія научныхъ экспертовъ основывается на томъ, что они не свидѣтели, а люди науки, призванные для рѣшенія

спеціального вопроса. Совѣщаніе является лучшимъ средствомъ для всесторонняго обсужденія вопроса и устраненія недоразумѣній и разногласія. Такъ какъ правосудіе заинтересовано въ наибольше правильномъ рѣшеніи вопроса, а для такого рѣшенія нужно совѣщаніе, то и право послѣдняго несомнѣнно должно принадлежать экспертамъ. Кассационною практикою установлено, что экспертамъ можетъ быть предоставлено право совокупнаго совѣщанія предъ дачею заключенія (к. 60/298 Андронникова).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Эксперты должны имѣть право представленія совокупнаго заключенія.

ОСНОВАНІЯ.

Это право вытекаетъ изъ права совѣщанія, могущаго привести экспертовъ къ единогласному заключенію. Право совокупнаго заключенія освящено нашею кассационною практикою, такъ какъ законъ не требуетъ, чтобы эксперты давали свои заключенія порознь (к. к. 68/576 Салтыкова; 72/974 Семенова и Карпова); они могутъ быть допрашиваемы совокупно въ тѣхъ случаяхъ, когда заключеніе ихъ единогласно (к. 69/288 Андронникова) и когда стороны не заявляютъ претязаній къ отобранію отъ нихъ общаго заключенія (кк. 67/178 Данилова; 68/944 Алексѣева). Если же какая либо сторона потребуетъ допроса экспертовъ порознь, то требованіе это должно быть удовлетворено (к. 70/1274 Житковой), хотя бы противная сторона просила о противномъ (к. 78/67 Ладошина).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

Судъ и стороны имѣютъ право допрашивать экспертовъ послѣ представленія ими заключеній.

ОСНОВАНІЯ.

Если эксперты дали единогласное заключеніе, то можетъ быть подвергнуто допросу тотъ изъ нихъ, кто былъ выбранъ для представленія этого общаго заключенія, результата совокупнаго совѣщанія; если же между экспертами произошли разногласія, то могутъ быть допрашиваемы представители разногласящихъ мнѣній. Право допроса экспертовъ основывается на ст. 695 Уст. Уг. Судопр., гласящей: «За представленіемъ свѣдущими людьми ихъ заключенія, имъ могутъ быть, съ разрѣшенія предсѣдателя, предложены вопросы какъ судьями и присяжными засѣдателями, такъ и сторонами». Довольно трудно опредѣлить напередъ, какихъ вопросовъ не слѣдуетъ предлагать экспертамъ. Интересно, что кассаци-

онною практикою указаны нѣкоторые вопросы, которые не могутъ быть предлагаемы экспертамъ.

Не могутъ быть предлагаемы экспертамъ вопросы:

а) Выходящіе изъ предѣловъ даннаго случая, напр., при вопросахъ о причинахъ смерти лица, предполагаемаго убитымъ, требовать отъ эксперта объясненія, существуетъ ли болѣзнь, могущая вызвать такія измѣненія въ организмѣ, какія найдены при освидѣтельствovanіи убитаго (к. 74/439 Панкова).

б) Вопросы отвлеченные, прямо не относящіеся къ дѣлу, хотя имѣющіе связь съ разсматриваемымъ дѣломъ, наприм., спрашивать экспертовъ, согласны-ли они съ теоріями, воозрѣніями и выводами извѣстныхъ ученыхъ (к. 77/78 Скачкова).

в) Имѣющіе предметомъ мнѣніе эксперта о доказанности уликъ (к. 76/237 Семенихина).

г) Не относящіеся къ предмету, для разъясненія котораго вызванъ экспертъ (к. 70/1272 Богданова).

Принимая во вниманіе, что стороны и судъ не могутъ быть компетентны въ оцѣнкѣ мотивовъ рѣшенія экспертовъ, можно сказать, что вопросы должны касаться главнымъ образомъ метода изслѣдованія экспертовъ, метода, изъ котораго можно сдѣлать заключеніе о достоинствѣ самаго результата экспертизы.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Экспертъ, мотивируя свое рѣшеніе, имѣетъ право ссылаться на мнѣнія ученыхъ авторитетовъ.

ОСНОВАНІЯ.

Правило это имѣетъ своимъ основаніемъ пріемъ, допускаемый въ медицинскихъ изслѣдованіяхъ. Какъ экспертъ долженъ доказывать свое заключеніе, рѣшается не началами уголовного процесса, а научною методологіею; ссылки же на авторитетовъ ею допускаются.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Стороны, при оцѣнкѣ экспертизы, не имѣютъ права приводить мнѣнія писателей, въ опроверженіе или подтвержденіе даннаго заключенія.

ОСНОВАНІЯ.

Основаніе этого правила находимъ въ нашемъ «Ученіи о доказательствахъ», кн. I, стр. 106—107. Такъ сказано: «стороны не имѣютъ право приводить мнѣнія изъ ученыхъ сочиненій, въ качествѣ опроверженія эксперта, давшаго заключеніе на судѣ. Во первыхъ, сторона не призвана въ качествѣ эксперта, для разъясненія

какого-либо обстоятельства; во-вторыхъ, приводя мнѣніе авторитета, изъ области, наприм., медицины, сторона какъ бы вводитъ новаго эксперта, дающаго свое заключеніе, безъ присяги, и не подвергающагося перекрестному допросу. Стороны имѣютъ процессуальное право опровергать мнѣніе одного эксперта мнѣніемъ другого, давшаго заключеніе по тому-же дѣлу и при тѣхъ-же условіяхъ».

Къ этому нужно прибавить, что, приводя мнѣніе авторитета, сторона можетъ цитировать заключеніе писателя хотя и по похожему, но далеко отличному, по специальной индивидуальности, случаю.

Разбитной прокуроръ или адвокатъ всегда можетъ набрать выписокъ изъ ученыхъ сочиненій съ тою неразборчивостью, которая вообще характеризуетъ ихъ способы доказыванія; но дѣло правосудія отъ этого будетъ страдать. Мы не можемъ согласиться, поэтому, съ рѣшеніемъ касс. сената (69/564 Насовика), по которому стороны, въ заключительныхъ преніяхъ, могутъ противопоставлять мнѣніямъ экспертовъ мнѣнія извѣстныхъ въ наукѣ и судебной практикѣ специалистовъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

Достоинство экспертизы, прежде всего, зависитъ отъ степени компетентности экспертовъ, теоретической и прантической.

ОСНОВАНІЯ.

Конечно, о такой компетентности судъ можетъ судить только по внѣшнимъ признакамъ. Тѣмъ не менѣе, научное значеніе cadaго эксперта можетъ быть болѣе или менѣе точно извѣстно суду и сторонамъ. Трудное положеніе получается для рѣшающаго суда, при разногласіи одинаково компетентныхъ экспертовъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Достоинство экспертизы, далѣе, опредѣляется согласіемъ ея съ установленными и несомнѣнными обстоятельствами дѣла.

ОСНОВАНІЯ.

Въ Уставѣ Уг. Судопр. есть статья, доказывающая, что законъ придаетъ значеніе этому признаку, при оцѣнкѣ доказательной силы экспертизы. Ст. 345 Ул. Уг. Судопр. говоритъ: «Въ случаѣ противорѣчія свидѣтельства (эксперта) съ обстоятельствами слѣдствія... судебный слѣдователь представляетъ копію свидѣтельства во врачебное отдѣленіе губернскаго правленія, которое разрѣшаетъ сомнѣніе или затребованіемъ дополнительныхъ объясненій отъ врача, или назначеніемъ переосвидѣтельствванія».

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТЫРНАДЦАТОЕ.

Достоинство экспертизы, наконецъ опредѣляется степенью согласія между собою экспертовъ.

ОСНОВАНІЯ.

Согласіе здѣсь понимается, какъ единодушное заключеніе по существеннымъ пунктамъ вопроса. Въ подробностяхъ могутъ быть мелкія разногласія, но такія разногласія не могутъ мѣшать значенію единодушія въ основныхъ положеніяхъ экспертизы. Уставъ Уг. Судопр. придаетъ значеніе этому согласію, какъ критерию достовѣрности экспертизы (см. ст. 345).

Прибавленіе къ основаніямъ перваго опредѣленія ¹⁾.

I.

Какъ ни отрывочна литература вопроса объ экспертизѣ, состоящая изъ немногихъ только работъ, но и въ ней уже можно замѣтить сильную борьбу различныхъ воззрѣній,—эту неизбежную стадію, которую, какъ показываетъ исторія науки, обыкновенно проходитъ каждый вопросъ, прежде чѣмъ достигнетъ своего разрѣшенія. Правда, борьба эта въ нашемъ вопросѣ была незначительна: она не породила богатой литературы и даже окончательно не выяснила самаго предмета. Однако, это не можетъ избавить насъ отъ необходимости рассмотретьъ идеи, въ различное время высказанныя по вопросу о юридическомъ понятіи экспертизы. Такимъ образомъ, когда намъ нужно опредѣлить юридическое понятіе экспертизы, мы не можемъ не обратить вниманія на полемику, возбужденную этимъ вопросомъ въ первой половинѣ прошлаго столѣтія. Poleмика эта имѣла своимъ главнымъ центромъ вопросъ: есть ли экспертиза доказательство, или нѣтъ; если она должна быть отнесена къ доказательствамъ, то представляетъ ли она самостоятельный ихъ видъ, или нѣтъ; если нѣтъ, то къ какому виду уголовныхъ доказательствъ она наиболѣе подходитъ и, слѣдовательно, должна быть отчислена? Вопросъ этотъ, по справедливому замѣчанію Цахаріе (Handbuch des deutschen Strafprocesses, V. II, S. 427), съ отгѣною формальной теоріи доказательствъ, вообще съ преобразованіемъ чисто слѣдственнаго процесса, не потерялъ, однако, своего значенія и для нынѣшняго, потому что то или другое его рѣшеніе должно оказать то или другое вліяніе на разъясненіе сомнѣній, могущихъ возникнуть какъ при пользованіи экспертизою, такъ и при оцѣнкѣ степени ея достовѣрности. Важность и практическое значеніе этого вопроса признаны также Фостаномъ Эли (Traité de l'instruction criminelle 2 éd. t. IV. p. 526) и Боннье (Traité des preuves, t. I, p. 128), юристами, далекими отъ всякой бесплодной

¹⁾ Въ виду того, что это прибавленіе къ основаніямъ перваго опредѣленія слишкомъ велико, оно, для удобства читателя, выдѣлено въ особое приложение.

теоріи, обращающими вниманіе преимущественно на практическую сторону дѣла. И дѣйствительно, вопросъ о сущности экспертизы, о ея роли въ системѣ доказательствъ и процессѣ вообще — вопросъ чисто практической, разрѣшеніе котораго во многихъ отношеніяхъ необходимо. Въ полемикѣ, о которой мы упоминали, было высказано три основныхъ возрѣнія на сущность экспертизы. По одному возрѣнію, она не есть самостоятельный видъ уголовныхъ доказательствъ. Этотъ взглядъ имѣетъ въ литературѣ нѣсколькихъ представителей, хотя и вполне между собою согласныхъ въ главныхъ основаніяхъ, но расходящихся въ подробностяхъ, именно — при болѣе точномъ опредѣленіи, къ какому же собственно виду доказательствъ должна быть отнесена экспертиза? Одни относятъ ее къ личному осмотру, таковы: Ярке, Фейербахъ, Титманнъ и, въ новѣйшее время, Боннье; другіе — къ свидѣтельскимъ показаніямъ. Это послѣднее мнѣніе, въ настоящее время, имѣетъ, впрочемъ, весьма мало защитниковъ. Второе возрѣніе на экспертизу состоитъ въ томъ, что она совершенно особенный и самостоятельный видъ уголовныхъ доказательствъ, съ самостоятельнымъ характеромъ, отличающимъ его отъ прочихъ доказательствъ. Наконецъ, третье возрѣніе рассматриваетъ экспертизу вовсе не какъ судебное доказательство. Защитники его доказываютъ, что эксперты — судьи фактовъ, *judices facti*, на томъ основаніи, что ихъ рѣшенію подлежатъ фактическіе вопросы, обуславливающіе рѣшеніе всего дѣла. — Разсмотримъ, по возможности, подробно всѣ эти возрѣнія, и мы, кромѣ очерка исторіи литературы вопроса, получимъ еще и достаточный матеріалъ для сильнаго его разрѣшенія.

1. Экспертиза не есть особый видъ уголовныхъ доказательствъ.

а) Экспертиза относится къ личному осмотру. Виднѣйшій представитель этого мнѣнія — Боннье. Экспертизу онъ рассматриваетъ, какъ дополненіе производимаго судьей личнаго осмотра; а экспертовъ — какъ помощниковъ судьи¹⁾. Нельзя, однако, сказать, чтобы онъ чѣмъ-нибудь аргументировалъ свое возрѣніе (*Traité des preuves*, p. 129). Вообще, сущность этого взгляда состоитъ въ томъ, что въ случаяхъ, когда для пониманія извѣстныхъ фактовъ необходимы спеціальныя свѣдѣнія по какой-

1) Интересно, что этотъ взглядъ, ничего въ сущности не выражающій, повторень, можно сказать, надняхъ при обсужденіи вопросовъ о преобразованіи нѣмецкаго уголовного процесса. При обсужденіи вопроса о положеніи врача въ уголовномъ процессѣ, Dr. Lerrmann, между прочимъ сказалъ; «Нужно совершенно оставить пожеланіе, чтобы заключеніе врача-эксперта было въ какой либо формѣ обязательно для рѣшающаго суда. Принципъ свободнаго обсужденія доказательствъ долженъ быть сохраненъ. Но въ законѣ нужно отмѣтить, что экспертъ, особливо врачъ-экспертъ, есть нѣчто болѣе, чѣмъ обычное доказательственное средство, что онъ — помощникъ судьи. Для этой цѣли необходимо предоставить эксперту-врачу, (добавляетъ докладчикъ), слѣдующія права: а) образовать дѣло

либо наукъ или искусству, слѣдователь производитъ осмотръ чрезъ экспертовъ. Такимъ образомъ, экспертъ только орудіе въ рукахъ производящаго осмотръ слѣдователя. «Экспертъ только инструментъ въ рукахъ слѣдователя; экспертиза же видъ личнаго осмотра». Невѣрность этого взгляда сама по себѣ очевидна. Все возрѣніе падаетъ, какъ только мы обратимъ вниманіе на два пункта: а) что въ случаяхъ, требующихъ специальныхъ свѣдѣній, осмотръ производится не слѣдователемъ, а экспертомъ, и б) что понятіе эксперта мыслимо и безъ производства личнаго осмотра. Разсмотримъ эти два возраженія. Что касается перваго, то нужно замѣтить, что въ тѣхъ случаяхъ, когда на предварительномъ слѣдствіи производится медицинскій осмотръ, онъ дѣлается, какъ это достаточно извѣстно, не слѣдователемъ, а врачомъ. Конечно, слѣдователь при немъ присутствуетъ; но такое присутствіе вовсе не имѣетъ значенія производства осмотра, а совсѣмъ другое, какъ это мы сейчасъ увидимъ. Лучше всего этотъ вопросъ въ свое время былъ разсмотрѣнъ Касперомъ (Practisches Handbuch der gerichtlichen Medizin, В. Т. S. 17). Онъ говоритъ: «Много спорили о томъ, необходимо и полезно ли присутствіе судьи при судебно-медицинскихъ изслѣдованіяхъ? Такъ какъ въ присутствіи судьи заинтересовано только правосудіе, то надо полагать, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ не судебною медициною, а законодательствомъ. Такъ оно въ дѣйствительности и есть. Въ Пруссіи, до изданія германскаго ул. ул. судопр., присутствіе судьи предписано было въ двухъ только случаяхъ,—при изслѣдованіи умственныхъ способностей человѣка, для опредѣленія его правоспособности, и при трупныхъ изслѣдованіяхъ. Что касается до изслѣдованій перваго рода, то при нихъ присутствуютъ судья и кураторъ изслѣдуемаго. Такое присутствіе необходимо и цѣлесообразно, потому что судья, равно какъ и кураторъ, должны и могутъ себѣ составить общее понятіе о душевномъ состояніи изслѣдуемаго. Что же касается изслѣдованій трупныхъ, то присутствіе при нихъ судьи есть внутренняя необходимостъ, потому что, какъ сказано въ законѣ, «чиновникъ, управляющій осмотромъ»—«управляющій» употреблено, конечно, не въ техническомъ смыслѣ слова—«долженъ позаботиться, чтобы, прежде всего, трупъ былъ предъявленъ какъ тѣмъ, которые знали покойнаго при жизни, такъ, по возможности, и преступнику, предполагаемому или сознавшемуся». Во всякомъ случаѣ «чиновникъ всѣми способами долженъ

б) право допрашивать свидѣтелей и обвиняемаго, добывать другія доказательства и матеріалы для составленія заключенія. (Докладчикъ не говоритъ о томъ, гдѣ именно допрашивать свидѣтелей и обвиняемаго) (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 29 т., 4 вып., 1909, S. 456). Вгляды, что врачъ-экспертъ есть помощникъ судьи есть одинъ изъ самыхъ неопредѣленныхъ неведущій къ точному выясненію положенія врача-эксперта въ процессѣ. Нужно только удивляться, что до сихъ поръ положеніе врача-эксперта въ уголовномъ процессѣ не выяснено ни врачами, ни судьями...

убѣдиться, что въ отношеніи тождества трупa не произошло никакой ошибки. Далѣе, въ случаяхъ разныхъ поврежденій «судья долженъ предъявить экспертамъ всѣ найденныя орудія и узнать, ими ли произведены тѣ поврежденія». Это все, какъ всякій можетъ видѣть, чисто судейскія функціи, и такъ какъ всѣ упомянутые закономъ вопросы должны быть рѣшены тутъ же, при вскрытіи, то присутствіе судьи при такихъ изслѣдованіяхъ, очевидно, необходимо и совершенно понятно. Такъ-же точно необходимо присутствіе судьи при изслѣдованіяхъ въ случаяхъ отравленія, потому что, какъ предписано въ законѣ, «онъ долженъ позаботиться, чтобы подлежащія изслѣдованію жидкія и твердыя вещества не были перемѣшаны или замѣнены, чтобы ихъ тождество было несомнѣнно». Законъ поѣтому и предписываетъ соблюденіе нѣкоторыхъ формальностей — опечатаніе веществъ и составленіе протокола — при передачѣ этихъ веществъ эксперту. Присутствіе судьи при другихъ медицинскихъ изслѣдованіяхъ закономъ не предписывается, да и ненужно. Такое присутствіе могло бы имѣть двоякое значеніе. Оно бы могло имѣть значеніе контроля надъ основательностью и добросовѣстностью изслѣдованія медика, но едва, ли нужно доказывать, что такой контроль существовалъ бы только въ воображеніи. Или оно могло бы имѣть то значеніе, что судья въ состояніи былъ бы ознакомиться съ важнѣйшими результатами изслѣдованія. Дѣйствительно, законъ предписываетъ судьямъ, при вскрытіяхъ труповъ, узнавать у экспертовъ объ открытыхъ ими внѣшнихъ явленіяхъ. Это можетъ быть исполнено. Судья можно указать тѣ внѣшнія явленія, которыя онъ можетъ легко усмотрѣть, напр., раны, разбитыя кости, дѣтскія легкія, плавающія на поверхности воды, и т. д. Но все таки оцѣнка всѣхъ этихъ явленій судьей сдѣлана быть не можетъ, и въ этомъ отношеніи онъ долженъ во всемъ положиться на мнѣніе эксперта. Въ особенности это можно сказать объ изслѣдованіи нѣкоторыхъ предметовъ. Спрашивается: какая, на примѣръ, выгода будетъ для обѣихъ сторонъ, если медикъ, при изслѣдованіи мышьяка въ аппаратѣ Марша, покажетъ судьямъ полученное на фарфоровой чашечкѣ зеркало мышьяка? Что же, судья получить самостоятельное убѣжденіе въ дѣйствительномъ присутствіи мышьяка? И что будетъ съ убѣжденіемъ судьи въ томъ случаѣ, если, положимъ, судебный медикъ ничего не знаетъ объ испытаніи мышьяковыхъ и другихъ пятенъ? Далѣе спрашивается: какая польза можетъ быть отъ присутствія судьи при изслѣдованіяхъ сомнительной беременности, спорной болѣзни, предполагаемаго изнасилованія и т. д.? Конечно, ровно, никакой; даже болѣе, его присутствіе можетъ иногда мѣшать самому изслѣдованію». Изъ приведеннаго мѣста Каспера ясно видно, въ чемъ состоитъ роль слѣдователя при медицинскихъ изслѣдованіяхъ. Присутствіе его имѣетъ значеніе чисто судебное. Онъ наблюдаетъ за осмотромъ, съ цѣлью — указать въ общихъ чертахъ пункты для экспертизы, охранять предписанія закона о медицинскихъ изслѣдованіяхъ, а также, по возможности, ознакомиться какъ съ явленіями, открытыми экспертомъ, такъ и съ результатами медицинскаго изслѣдованія вообще. Но слѣдователь ни въ какомъ случаѣ не главное

лицо при осмотрѣ. Эта мысль можетъ быть доказана и нашимъ законодательствомъ. Хотя въ нашемъ Уставѣ Уг. Судопр. и употреблена фраза: «осмотръ и освидѣтельствованіе чрезъ врачей» (ст. 336), но это, однако, нисколько не означаетъ, что медицинское изслѣдованіе производится слѣдователемъ чрезъ врача. Главное лицо при медицинскомъ осмотрѣ, по нашему закону, не кто иной, какъ врачъ. Это ясно видно изъ ст. 1744 Устава судебной медицины; въ которой сказано: «врачъ, производящій судебное изслѣдованіе, какъ чиновникъ, долженствующій имѣть по сему предмету особенныя свѣдѣнія, считается въ семъ случаѣ первымъ лицомъ». Кромѣ того, присутствіе слѣдователя при медицинскихъ осмотрахъ, по нашему Уставу Уголовнаго Судопроизводства, даже не считается безусловною необходимостью¹⁾. Это видно изъ двухъ статей: 331 и 351-й. Въ первой изъ нихъ сказано: «освидѣтельствованіе чрезъ свѣдущихъ людей, когда къ тому не встрѣчается особыя препятствія, производится въ присутствіи слѣдователя и понятыхъ». Уже изъ этой статьи видно, что не слѣдователь главное лицо при медицинскихъ изслѣдованіяхъ. Въ самомъ дѣлѣ, если-бы онъ былъ главнымъ лицомъ при осмотрѣ, то какія же «особыя препятствія» могли бы помѣшать его присутствію? Во второй изъ приведенныхъ статей сказано: «судебный слѣдователь не присутствуетъ при такомъ освидѣтствованіи женщинъ, которое сопровождается обнаженіемъ скрытыхъ частей тѣла, если свидѣтельствуемыя потребуютъ, чтобы онъ при этомъ не находился». Изъ этой статьи видно, что присутствіе слѣдователя устраняется, между прочимъ, такими мотивами, которые никогда бы не имѣли силы, будь это присутствіе безусловно необходимо. Что касается Устава судебной медицины, имѣющаго силу дѣйствующаго закона и при новомъ порядкѣ судопроизводства (ст. 342 Уст. Уг. Судопр.), то онъ понимаетъ присутствіе слѣдователя чисто юридически. Это видно изъ статьи 1745, въ которой сказано: «законными свидѣтелями считаются всѣ, находящіеся при семъ актѣ (осмотрѣ), полицейскіе чиновники (по Уст. Уг. Судопр. — слѣдователь) и понятые на сей случай люди. Они смотрятъ, чтобы форма, законами предписанная, была соблюдена въ точности; предупреждаютъ безпорядки и упущенія, могущіе повлечь сомнѣнія въ справедливости осмотра». Ясно, что Уставъ судебной медицины разсматриваетъ присутствіе чиновника при осмотрѣ, какъ фактъ, необходимый для удостовѣренія соблюденія врачомъ закономъ предписанныхъ формъ. Въ этомъ отношеніи значеніе слѣдователя такое-же, какъ и понятыхъ. И если, согласно ст. 342 и 343 Уст. Уг. Судопр., присутствіе его можетъ быть объяснено и тѣмъ, что врачъ сообщаетъ ему результаты изслѣдованія, а онъ имѣетъ право заявлять свое мнѣніе о дѣйствіяхъ и объясненіяхъ врача, то такія-же права, по тѣмъ-же статьямъ закона, предоставлены понятымъ и другимъ, приглашеннымъ къ ос-

¹⁾ То-же самое можно сказать и о присутствіи судей, см. ст. 692 Уст. Уг. Судопр., «чтобы (эксперты) производили свои дѣйствія въ засѣданіи суда, если это возможно, или по крайней мѣрѣ представили въ судебномъ засѣданіи обстоятельный объ оказавшемся при освидѣтствованіи или испытаніи отчетъ».

мотру мертвѣго тѣла, лицамъ, слѣдовательно, тѣмъ менѣе дѣлають изъ него главное лицо при осмотрѣ. Единственная статья въ Уставѣ Уголовн. Судопр., могущая навести на мысль, что слѣдователь самъ производитъ медицинское изслѣдованіе, при помощи врача, и, такимъ образомъ, поддержать разбираемое нами воззрѣніе, есть ст. 353. Въ ней сказано: «Если по слѣдствію окажется, что обвиняемый не имѣетъ здраваго разсудка, или страдаетъ умственнымъ расстройствомъ, то слѣдователь, удостовѣривъ въ томъ, какъ чрезъ освидѣтельствованіе обвиняемаго судебнымъ врачомъ, такъ и чрезъ распросъ самаго обвиняемаго и тѣхъ лицъ, коимъ ближе извѣстенъ образъ его дѣйствій и сужденій, передаетъ на дальнѣйшее распоряженіе прокурора все производство по этому предмету»... Эта статья, дѣйствительно, можетъ подать поводъ къ мысли, что въ обозначенныхъ ею случаяхъ самъ слѣдователь производитъ изслѣдованіе. Нужно, однако, замѣтить, что порядокъ освидѣтельствованія безумныхъ и сумасшедшихъ отличается совершенно самобытнымъ характеромъ, имѣющимъ свое основаніе въ томъ, кажется, предположеніи законодателя, что вопросы о безуміи и сумасшествіи могутъ быть обсуждаемы и неспеціалистами. И если даже допустить, что освидѣтельствованіе безумныхъ и сумасшедшихъ составляетъ исключеніе изъ общаго правила, то отъ этого послѣднее нисколько не страдаетъ. Совсѣмъ другое дѣло вопросъ: на сколько такое исключеніе разумно? Изъ всего предъидущаго можно, кажется, съ достовѣрностью сдѣлать выводъ, что при судебно-медицинскихъ изслѣдованіяхъ врачъ нисколько не является орудіемъ въ рукахъ слѣдователя, а этотъ послѣдній ни въ какомъ случаѣ не является главнымъ лицомъ. До сихъ поръ мы доказывали эту мысль законодательнымъ матеріаломъ. Такой способъ доказыванія былъ потому необходимъ, что мысль, будто экспертиза — видъ личнаго осмотра, главнымъ образомъ, выводится изъ положительнаго законодательства. Что же касается теоретической стороны вопроса, то разбираемое мнѣніе и подавно не выдерживаетъ никакой критики. «Судья, говоритъ Миттермайеръ (Beweislehre, S. 182), призываетъ экспертовъ не для того, чтобы они сдѣлали возможнымъ для него личный осмотръ. Если даже слѣдователь и наблюдаетъ, вмѣстѣ съ экспертомъ, извѣстные предметы, то и это не имѣетъ никакого значенія, потому что только опытный глазъ эксперта способенъ оцѣнить значеніе наблюдаемыхъ фактовъ. Во всѣхъ случаяхъ производства экспертами осмотра, главная цѣль не осмотръ. Осмотръ только средство. Цѣль эксперта — составить себѣ извѣстное мнѣніе, вывести заключеніе. Врачъ вскрываетъ трупъ не для чего инаго, какъ для опредѣленія значенія, напр., раны; химикъ дѣлаетъ свои пробы для рѣшенія вопроса, есть ли въ трупѣ ядъ, и т. д.» Такимъ образомъ, экспертъ дѣлаетъ осмотръ для того, чтобы составить себѣ определенное убѣжденіе, котораго судья себѣ не можетъ выработать по предмету чуждой ему спеціальности. — Второе возраженіе противъ разсматриваемаго взгляда состоитъ въ томъ, что понятіе эксперта мыслимо и безъ производства личнаго осмотра. Весьма часто эксперты даютъ свои заключенія только на основаніи акта обдудента и сви-

дѣтельскихъ показаній. Такія экспертизы — вещь очень обыкновенная. Наконецъ, часто экспертамъ предлагаютъ вопросы о какой-нибудь возможности или вѣроятности, для провѣрки достовѣрности показанія подсудимаго или свидѣтеля. Напр., эксперта спрашиваютъ: можно ли отравить человѣка такимъ и такимъ-то веществомъ: могъ ли человѣкъ, находившійся въ такомъ и такомъ-то болѣзненномъ состояннн отъ полученныхъ, положимъ, ранъ, такъ громко кричать, что его могъ услышать свидѣтель на такомъ и такомъ-то разстояннн отъ мѣста, гдѣ лежалъ раненый? Во всѣхъ этихъ случаяхъ врачъ даетъ экспертизу, между тѣмъ какъ осмотровъ при этомъ не дѣлается. — Все сказанное приводитъ насъ къ заключеннн, что взглядъ на экспертизу, какъ на видъ личнаго осмотра, производимаго судьей, невѣренъ и потому рѣшительно не можетъ объяснить сущности ея. Но прежде чѣмъ окончательно оставимъ разобранное нами воззрѣнн, мы должны сдѣлать нѣсколько замѣчанн еще объ одномъ взглядѣ на экспертовъ, — какъ на помощниковъ судьи. Такъ, между прочимъ, смотреть на нихъ Боннье. Мнѣнн это есть явное послѣдствнн взгляда на экспертизу, какъ на видъ личнаго осмотра. Оно послѣдовательно вытекаетъ изъ основнаго воззрѣнн: слѣдователь производитъ осмотръ; ему при этомъ помогаетъ экспертъ, отсюда — экспертъ его помощникъ. Въ этой мысли нельзя не замѣтить стремленн точно опредѣлить положенн эксперта по отношенн къ судѣѣ. Къ сожалѣнн, выраженн «помощникъ судьи», на сколько понятн это не имѣетъ въ себѣ ничего формальнаго, ровно ничего не означаетъ, въ особенности у писателей, не раздѣляющихъ мнѣнн, что экспертиза — видъ личнаго осмотра. Помощникомъ судьи можно вѣдъ назвать и свидѣтеля, потому что и онъ помогаетъ судѣѣ въ дѣлѣ открытн истины. Такимъ образомъ, понятн эксперта нисколько не уяснитъ отъ того, что въ литературу вопроса внесутъ новое слово. Съ другой стороны, не выясняя ничего въ дѣлѣ, это воззрѣнн можетъ, однако, подать поводъ къ не совсѣмъ вѣрнымъ и благопрнятнымъ для уголовного процесса выводамъ. На это указываетъ Цахарн (Handbuch, В. II, S. 426). Онъ говоритъ: «Взглядъ на экспертовъ, какъ на помощниковъ судьи, основывается на внѣшнемъ, даже не всегда имѣющемъ мѣсто, моментѣ, который если ему придавать значенн, можетъ повести къ самымъ невѣрнымъ выводамъ объ отношеннхъ судей и экспертовъ, а именно: что судѣѣ, сверхъ указанн экспертамъ пунктовъ для изслѣдованн и дачи заключенн, принадлежитъ еще и рѣшенн, при разногласн въ послѣднихъ, какое изъ нихъ вѣрнѣе въ научномъ отношенн». Оригинально отдѣляется отъ разсматриваемаго нами взгляда Касперъ (Handbuch, В. Т. S. 14). Онъ говоритъ: «Это разсужденн о положенн судебного врача въ отношенн къ судѣѣ есть одно изъ множества праздныхъ сужденн, внесенныхъ въ судебную медицину, не имѣющее ровно никакого значенн, потому что всякн судебный врачъ отлично знаетъ, что онъ вовсе никакого положенн на судѣѣ не занимаетъ, вовсе никакого отношенн къ судѣѣ не имѣетъ, не можетъ и не долженъ имѣть... Врачъ предъ судьей есть врачъ и ничего болѣе. Откуда

же здѣсь рѣчь о «положеніи его въ отношеніи судьи»? Все, что здѣсь высказано было обѣими сторонами, указываетъ только на непрактичность исходной точки зрѣнія, есть просто суета и послѣдствіе ложнаго взгляда, имѣющаго за себя одинъ только авторитетъ — старость нѣсколькихъ столѣтій, — взгляда, будто судебная медицина и правосудіе, врачъ и судья состоятъ въ какомъ то особенномъ бракѣ. Понятно, что тѣ, которые признавали этотъ бракъ, были сильно озабочены опредѣленіемъ отношеній супруговъ. «Aber, заключаетъ Касперъ, eine solche Connubium existirt nicht und nirgends; die Richter haben sich von jeher mit Recht dagegen gesträubt, hervorragende Juristen im 18 Jahrhundert das Kind sogar mit dem Bade ausschütten wollen, und es ist auffallend dass die Aertzte ihrerseits, in der That gegen ihre Interesse, immer wieder auf diese Verbindung zurückgekommen sind»¹⁾).

Само собою разумѣется, что все это гораздо болѣе рѣзко, чѣмъ справедливо. Выраженія: «врачъ—врачъ и ничего болѣе», «врачъ на судѣ никакого положенія не занимаетъ, никакого отношенія къ судѣ не имѣетъ, не долженъ и не можетъ имѣть», хотя и очень энергичны, но ничего не объясняютъ. Вопросъ о положеніи судебного медика потому и разрабатывался, что процессуальная сущность экспертизы и юридическое понятіе эксперта оставались невыясненными. Для Каспера дѣло ясно, потому что по его мнѣнію экспертъ — «технической свидѣтель». Но правильно ли такое мнѣніе, это еще вопросъ. Вообще же названіе «помощникъ судьи», не давая ничего для разъясненія дѣла, можетъ, какъ мы показали выше, повести къ невѣрнымъ выводамъ. Вотъ почему слѣдовало бы совсѣмъ выбросить это названіе изъ литературы вопроса, въ который вообще можно найдти много лишняго и ничего не объясняющаго (см. еще по этому вопросу замѣчаніе Миттермайера, Beweislehre. S. 183 слѣд.).

б) Экспертиза относится къ свидѣтельскимъ показаніямъ.

Чаще всего смѣшиваютъ экспертовъ со свидѣтелями. Такое смѣшеніе, однако, имѣя весьма мало защитниковъ въ теоріи, чаще всего встрѣчается на практикѣ и оказываетъ весьма неблагоприятное вліяніе, какъ на пользование экспертизой, такъ и на правильную оцѣнку ея достоинства и значенія. Обращаясь къ литературѣ, нужно замѣтить, что въ теоріи отнесеніе экспертовъ къ свидѣтелямъ ограничено одною только стороною экспертизы и имѣетъ, по крайней мѣрѣ, на первый взглядъ, видъ истины. Изъ прежнихъ юристовъ, сюда относящихся, достойнъ вниманія Пратобевра. Экспертизу онъ рассматриваетъ отчасти какъ свидѣтельское показаніе, отчасти какъ сужденіе. Въ первомъ отношеніи онъ называетъ эксперта ученымъ или свѣдущимъ свидѣтелемъ; во

¹⁾ Въ руководствѣ къ судебной медицинѣ, изданномъ Машка (Handbuch der gerichtlichen Medizin, herausg. von Maschka, Tübingen, 1881, В. I), вопросъ объ отношеніяхъ суда и эксперта совсѣмъ брошенъ безъ разсмотрѣнія, и вполне разумно. Этотъ вопросъ подлѣжитъ юристамъ.

второмъ отношеніи онъ видитъ въ немъ судью. «Какъ только, говоритъ Пратобевра, экспертъ переходитъ къ умозаключенію, къ сужденію, онъ дѣлается судьей (Arch. d. Criminalrechts, 1833, 241). Съ этимъ мнѣніемъ объ экспертизѣ исполнѣ соглашается Бирнбаумъ (ib. S. 241). Другіе писатели этой категоріи называютъ экспертовъ р а ц і о н а л ь н ы м и свидѣтелями на томъ основаніи, что ихъ показанія связаны съ умозаключеніемъ, сужденіемъ, ratiocinium. Учеными свидѣтелями называютъ экспертовъ также Титманнъ и Шнейдеръ (ib. 242). Самъ Миттермайеръ, далекій отъ смѣшенія экспертизы со свидѣтельствомъ, соглашается, однако, что въ тѣхъ случаяхъ, когда эксперты дѣлаютъ осмотръ, ихъ отчетъ о результатахъ изслѣдованія можетъ быть названъ свидѣльскимъ показаніемъ. При этомъ онъ прибавляетъ: «конечно, совершенно вѣрно мнѣніе, что опытный глазъ медика также быстро и точно опредѣляетъ признаки, положимъ, беременности, какъ глазъ обыкновеннаго свидѣтеля различаетъ, напримѣръ цвѣта». Впрочемъ, въ позднѣйшихъ его статьяхъ объ экспертизѣ, мы уже не находимъ и этой уступки разсматриваемому здѣсь взгляду, а встрѣчаемъ только постоянныя нападенія на это воззрѣніе, оказывающееся весьма вреднымъ на практикѣ. Что касается до французскихъ юристовъ, то лучшіе изъ нихъ, Фостэнъ Эли и Боннье, проводятъ рѣзкую границу между экспертомъ и свидѣтелемъ¹⁾. Изъ вышеприведенныхъ мнѣній видно, что, въ теоріи, сравненіе со свидѣтелями выпадаетъ только на долю экспертовъ, производившихъ, на предварительномъ слѣдствіи, осмотры, вообще медицинскія изслѣдованія. По мнѣнію приведенныхъ писателей, такіе эксперты, давая на судѣ показаніе, въ той части гдѣ представляютъ отчетъ о видѣнныхъ фактахъ, являются свидѣтелями. Такимъ образомъ, нашему обсужденію подлежить вопросъ — на сколько можно сравнять со свидѣтелемъ эксперта, производившаго медицинское изслѣдованіе и представляющаго суду отчетъ о видѣнныхъ явленіяхъ? Для рѣшенія этого вопроса, посмотримъ прежде всего, что такое свидѣтель? Свидѣтелемъ называется лицо, передающее суду свѣдѣнія о дѣлѣ, пріобрѣтенныя путемъ внѣшнихъ чувствъ. Обыкновенно говорятъ: «свидѣтель не высказываетъ никакихъ мнѣній; онъ передаетъ только факты». Опредѣленіе это довольно вѣрно и годно для практическихъ цѣлей. Но что же такое фактъ? «Подъ фактомъ, говоритъ К. Льюизъ (An essay on the influence of authority in

¹⁾ Въ особенности хорошо устанавливаетъ это различіе Ф. Эли (Traité, t. 4, p. 526). «Свидѣтели и эксперты, говоритъ онъ, отправляютъ двѣ совершенно различныя функціи, которыя ни въ какомъ случаѣ не должны быть смѣшиваемы. Свидѣтелей создаетъ само преступленіе; они призываются въ судъ не по чьей либо волѣ, произвольно, а самими обстоятельствами, приведшими ихъ туда, гдѣ совершено было преступленіе, или поставившими ихъ въ какія либо отношенія съ подсудимымъ. Ихъ дѣло на судѣ—изложить только факты, видѣнные или вообще имъ извѣстные. Напротивъ, эксперты выбираютъ судью; призваніе того или другаго эксперта дѣло произвольное, не обусловленное обстоятельствами дѣла. На судѣ они не излагаютъ фактовъ, видѣнныхъ или случайно узнанныхъ, а даютъ судѣ специальныя свѣдѣнія, которыми обладаютъ; изслѣдуютъ и оцѣниваютъ факты, получаемые имъ для этой цѣли правосудіемъ, и объявляютъ свое мнѣніе, сужденіе о нихъ».

matters of opinion, § 1), я разумѣю или нѣ что такое, въ чемъ мы убѣждаемся путемъ внутренняго сознанія, или же событіе, явленіе, воспринимаемое нашими внѣшними чувствами. Совершенно справедливо, что самое даже простѣйшее предствленіе предполагаетъ извѣстное сужденіе: свидѣтель, показывающій, что онъ видѣлъ какой-нибудь предметъ такого-то вида, размѣра или на такомъ-то разстояніи, описываетъ нѣчто болѣе сложное, чѣмъ одно ощущеніе чувства зрѣнія, — въ его показаніи есть теорія и объясненіе абстракта того явленія. Если это сужденіе такъ просто, что производится совершенно безсознательно, а истолкованіе явленія составляетъ предметъ общаго согласія, то объектъ нашихъ ощущеній можетъ быть названъ ф а к т о м ъ». Опредѣливъ такимъ образомъ фактъ, К. Льюизъ ограничиваетъ это понятіе отдѣльными, воспринимаемыми нашими внѣшними чувствами, предметами. По его мнѣнію, это понятіе не должно быть распространяемо на общія выраженія или формулы, описывающія цѣлые классы фактовъ или ряды явленій, наприм., кровь обращается, и т. д. «Предположенія такого рода, говоритъ онъ, хотя и описываютъ реальныя явленія и, слѣдовательно, въ извѣстномъ смыслѣ, суть факты, относятся, однако, къ цѣлому ряду феноменовъ, которые не могутъ быть обнимаемы однимъ простымъ ощущеніемъ, а опредѣляются цѣлымъ рядомъ наблюденій и констатируются сложнымъ процессомъ мышленія». Мнѣніемъ К. Льюизъ называется всякій вопросъ, возбуждающій сомнѣнія, вопросъ, о которомъ два человѣка, безъ всякаго абсурда, могутъ думать различно¹⁾.

Изъ этихъ практическихъ опредѣленій понятій факта и мнѣнія видно, что они не могутъ быть противоположаемы, какъ актъ простаго ощущенія и процессъ мышленія, потому что и фактъ предполагаетъ сужденіе. Но фактъ и мнѣніе могутъ быть противоположаемы, какъ выраженія различныхъ степеней достовѣрности. Всякій фактъ, какъ предметъ сознанія, сказали мы, предполагаетъ извѣстное сужденіе. Но это сужденіе такое обычное, такое незамѣтное и, вмѣстѣ съ тѣмъ, по простотѣ и обыденности, по отсутствію возможности разумно сомнѣваться въ его правильности въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, такое вѣрное, что въ практической жизни оно не принимается во вниманіе, такъ что, когда свидѣтель передаетъ фактъ, то ни онъ, ни судья не берутъ въ расчетъ сужденія, совершеннаго при воспринятіи извѣстнаго явленія. Слушая свидѣтеля, мы задаемся вопросомъ не о томъ, сдѣлалъ ли онъ правильное сужденіе при воспринятіи извѣстнаго явленія, а говоритъ ли онъ правду, т. е. дѣйствительно ли онъ воспринялъ фактъ, и такъ ли онъ его передаетъ, какъ воспринялъ. Что онъ воспринялъ фактъ, вѣрно, что онъ совершилъ необходимое при этомъ сужденіе правильно, въ этомъ мы въ высшей степени убѣждены, за вычетомъ случаевъ, въ которыхъ можно предположить болѣзненное состояніе, напр., галлюцинаціи

¹⁾ Any proposition, говоритъ Льюизъ въ другомъ мѣстѣ (стр. 4), the contradictory of which can be maintained with probability, is a matter of opinion. Ср. W ú n d t, Grundriss der Psychologie, S. 250.

или иллюзии. Для уясненія нашей мысли, возьмемъ какойнибудь примѣръ. Свидѣтель говоритъ, что онъ видѣлъ лошадь. Слушая его, мы задаемся вопросомъ не о томъ, правильно ли онъ опредѣлилъ видѣнный предметъ, не принялъ ли онъ, напримѣръ, курицы за лошадь и т. д., а о томъ, правду ли онъ говоритъ, что вообще видѣлъ предметъ. Сужденіе же, необходимое въ этомъ случаѣ, до того просто и обыденно, что мы и не задаемся даже вопросомъ — правильно ли оно совершено свидѣтелемъ? Такъ, въ приведенномъ примѣрѣ сужденіе это должно состоять въ слѣдующемъ: большою посылкой должно быть представленіе о лошади, малую — данный предметъ, заключеніемъ—подведеніе второй посылки подъ первую. Вообще правильное сужденіе въ дѣлѣ факта предполагаетъ свѣдѣнія столь общечеловѣческія, что мы безусловно вѣримъ въ ихъ существованіе у каждаго человѣка, и сравненіе, столь простое (обыкновенное до инстинктивности), что мы безусловно вѣримъ въ полную способность къ нему каждаго человѣка. Спрашивается теперь: можно ли тоже самое сказать и о наблюденіяхъ ученаго медика, можно ли эти наблюденія называть фактами? Ученое наблюденіе предполагаетъ, во-первыхъ, свѣдѣнія не общечеловѣческія, а спеціальныя, и, во-вторыхъ, сравненіе научное. Эти два условія не заключаютъ въ себѣ ни той простоты, ни той обыденности, какими отличаются тѣ же элементы въ дѣлѣ воспріятія фактовъ свидѣтелемъ. Мы сталкиваемся здѣсь съ вопросомъ о значеніи наблюденія въ медицинѣ. Значеніе это слишкомъ велико и очевидно, чтобы много о немъ распространяться. Достаточно вспомнить знаменитыя слова: «*medicina tota in observatione*». Далѣе, что научное наблюденіе дѣло трудное, что оно требуетъ и способностей, и знаній, и навыка, это также достаточно извѣстно: въ рукахъ знатока оно — великій рычагъ для открытія истины, въ рукахъ неумѣлаго—поводъ къ безчисленнымъ ошибкамъ. Фонтеннель имѣлъ полное право сказать: «*l'art d'observer, qui n'est que le fondement de la science, est lui même une très-grandescience*». Едвали нужно кого-нибудь увѣрять, что наблюденіе въ медицинѣ бываетъ часто ошибочно. Слабости и пороки медицинскаго наблюденія слишкомъ извѣстны всѣмъ и каждому. Если-бы медицинскія наблюденія давали не мнѣнія, а факты, то эти наблюденія никогда бы не противорѣчили другъ другу. Но извѣстно, что наблюденія медиковъ весьма часто противорѣчатъ другъ другу. Не помню, кто именно остроумно замѣтилъ, что стоитъ призвать къ большому двухъ медиковъ, чтобы выслушать отъ нихъ три мнѣнія. «Весьма часто, говоритъ Эстерленъ (*Medizinische Logik*, S. 272), наши наблюденія болѣе или менѣе противорѣчатъ другъ другу, и по этому поводу ежедневно возгораются ужаснѣйшіе споры». По однимъ и тѣмъ же признакамъ, одинъ медикъ обрекаетъ больного на воспаленіе какогонибудь внутренняго органа, другой — на разстройство нервной системы, а третій — на какуюнибудь третью болѣзнь. Одинъ экспертъ видитъ трупное пятно, другой—знакъ насилия; одинъ видитъ у подсудимаго, подвергнутаго психіатрическому

изслѣдованію, малую голову, другой — великую, сравнительно съ туловищемъ; одинъ видитъ въ сыпи — признакъ сифилиса, другой добродушно улыбается и объявляетъ, что это—слѣды крайней неопытности. Такой характеръ медицинскаго изслѣдованія совершенно понятенъ: наблюдения медиковъ всегда будутъ имѣть различное значеніе (въ отношеніи достовѣрности), смотря по научному развитію, по способностямъ и другимъ индивидуальнымъ особенностямъ наблюдателей¹⁾. Но кромѣ этихъ общихъ неизбѣжныхъ причинъ различія въ результатахъ медицинскихъ наблюденій, есть еще много другихъ, играющихъ не менѣе важную роль. Медицинское наблюденіе можетъ дать различные результаты, смотря, наприм., по условіямъ, при которыхъ оно производится. Это очень важный пунктъ. При какихъ бы условіяхъ свидѣтель ни смотрѣлъ на проходящаго человѣка, за воробья онъ его не приметъ. Совсѣмъ не то въ сферѣ медицинскаго наблюденія: есть масса объективныхъ условій, могущихъ такъ или иначе повліять на результатъ изслѣдованія и ввести наблюдателя въ заблужденіе. Сколько ошибокъ можетъ сдѣлать неопытный медикъ при вскрытіи и изслѣдованіи трупа, вслѣдствіе тѣхъ или другихъ условій, въ которыхъ находился послѣдній; въ сколькихъ случаяхъ собственная рука анатома, по неопытности, бываетъ причиною грубѣйшихъ ошибокъ! Въ своемъ «ученіи о трупныхъ явленіяхъ и значеніи ихъ при судебно-медицинскихъ и патологическихъ вскрытіяхъ человѣческихъ тѣлъ», Энгель (Военно-медицинскій журналъ, 1856, ч. XVIII) представляетъ цѣлый рядъ возможностей ошибокъ не только вслѣдствіе трупныхъ явленій, но и по разнымъ другимъ причинамъ. Такъ, онъ говоритъ: «я не могу не обратить вниманія на нѣкоторыя другія явленія, которыя въ строгомъ смыслѣ не принадлежатъ къ трупнымъ, потому—что они производятся часто самимъ изслѣдователемъ, — но они производятся такъ быстро и такъ незамѣтно, что ихъ открываютъ, какъ нѣчто объективное и, такъ какъ ихъ не сознають, то они дѣлаются источниками многихъ ошибокъ. Къ сожалѣнію, эти ошибки дѣлаются всего чаще». Очень важны условія, при которыхъ производится изслѣдованіе, напримѣръ, трупа. Далеко не все равно, при какой погодѣ оно производится, въ частномъ домѣ или секціонномъ залѣ, при томъ или другомъ положеніи трупа, скоро или нескоро послѣ смерти... «Въ судебныхъ случаяхъ», говоритъ Энгель (ib. 37), «какъ будто съ намѣреніемъ предпринимаютъ трупныя изслѣдованія какъ можно позже. Какой изъ этого выходитъ результатъ — можетъ себѣ представить всякій, сколько нибудь знакомый съ дѣ-

¹⁾ Милль, Логика, стр. 433: «всякому извѣстно, что въ способѣ производить анализъ, предшествующій наблюденію, одинъ умъ чрезвычайно разнится отъ другаго. Анализъ этотъ составляетъ сущность акта наблюденія. Наблюдателемъ слѣдуетъ называть не того, кто только видитъ находящуюся предъ его глазами вещь, а того, кто видитъ, изъ какихъ она частей состоитъ. Исполнить это хорошо—есть рѣдкое дарованіе. Одинъ человѣкъ отъ невниманія, или отъ того, что надлежащимъ образомъ направляетъ свое вниманіе, не замѣчаетъ половины того, что видитъ; другой отмѣчаетъ болѣе того, что видитъ, смѣшивая видимое съ воображаемымъ, или съ выводимымъ; другой отмѣчаетъ родъ всѣхъ обстоятельствъ, но, будучи неопытенъ въ оцѣнкѣ ихъ степени, оставляетъ

ломъ. Что сказать на счетъ того, что трупы, ужъ нѣсколько дней лежавшіе въ могилѣ, выкапываютъ опять, чтобы подвергнуть анатомическому изслѣдованію». Множество ошибокъ въ медицинскомъ наблюденіи происходитъ отъ того, что, какъ говоритъ Эстерленъ (Medizinische Logik, S. 273), «люди смѣшиваютъ, при наблюденіяхъ, двѣ различныя вещи: то, что было въ дѣйствительности видѣно, съ тѣмъ, что составляетъ собственно впечатлѣніе отъ видѣннаго, сужденіе о немъ, кратко—выводъ изъ видѣннаго. Такимъ образомъ, то, что иному наблюдателю кажется его объективнымъ наблюденіемъ, содержитъ въ себѣ, кромѣ наблюденія, т. е. кромѣ воспринятаго внѣшними чувствами, еще и сужденіе объ этомъ видѣнномъ, истолкованіе его». Это весьма понятно: наблюдая какое нибудь явленіе, мы сейчасъ подводимъ его подъ извѣстный типъ явленій, намъ неизвѣстныхъ. Мы квалифицируемъ то, что видимъ. Для квалификаціи мы употребляемъ наши знанія, опытъ, навыкъ. Понятно, что результатъ этой операціи будетъ такой или другой, смотря по качеству нашихъ знаній, объему нашего опыта, силѣ нашего навыка. Квалификація явленій есть одна изъ главнѣйшихъ причинъ различныхъ ошибокъ. Смѣшеніе видѣннаго съ выводимымъ изъ него вовсе не есть порокъ въ наблюденіи, оно—нормальное его орудіе. Но это смѣшеніе порождаетъ множество ошибокъ. Шауэнштейнъ («Судебная Медицина», стр. 37), говоря о составленіи судебно-медицинскихъ протоколовъ, даетъ такой совѣтъ врачу: «Все видѣнное должно быть описано такимъ образомъ, чтобы человѣкъ, знакомый съ дѣломъ, не могъ оставаться въ недоумѣніи относительно того, что найдено было составителемъ описанія. Въ описаніи нужно избѣгать смѣшенія между самимъ наблюденіемъ и тѣмъ, что изъ него выведено, какъ бы ни была неоспорима вѣрность этого вывода. Такъ, напр., не слѣдуетъ говорить: «на такомъ то мѣстѣ была порѣзанная рана» или «въ такой то части легкаго было воспаленіе»; вмѣсто этого слѣдуетъ только описать видъ раны или состояніе легкаго, и тогда уже всякій экспертъ самъ можетъ вывести то же самое заключеніе, которое сдѣлалъ составитель описанія во второй части своей работы, а именно—что рана порѣзанная или что легкое было воспалено. Избѣжать этой ошибки, особенно неопытному судебному врачу, гораздо труднѣе, чѣмъ кажется; мы невольно привыкаемъ отождествлять наблюденіе съ его истолкованіемъ, и обѣ эти операціи у насъ тѣмъ легче сливаются въ одну, чѣмъ менѣе сомнительною намъ кажется вѣрность истолкованія». Совѣтъ очень хорошъ. Но дѣло въ томъ, что онъ все таки не болѣе какъ *primus desiderium*. Положимъ, медикъ не напишетъ «порѣзанная рана», а будетъ опи-

количество каждаго обстоятельства неопредѣленнымъ и неизвѣстнымъ; иной хоти и видитъ цѣлое, но неловко дѣлать его на части, соединяетъ въ одну массу вещи, которыя должны быть отдѣлены, и разъединяетъ другія, которыя удобнѣе было бы разсматривать какъ одну вещь, такъ что результатъ тотъ же, а иногда и хуже того, какъ если бы онъ и не пытался анализировать». Далѣе Милль говоритъ что искусства наблюдать нѣтъ, что могутъ быть только правила наблюденія. «Но правила эти, добавляетъ онъ, научаютъ не тому, какъ рѣшить задачу, а тому, какъ приготовить себя къ ея разрѣшенію. Они суть искусство укрѣпить члены, а не искусство управлять ими».

сывать ея признаки. Что же, при описаніи этихъ отдѣльныхъ признаковъ, медикъ развѣ не можетъ сдѣлать ту же ошибку, отъ которой его старается предостеречь и охранить Шауэнштейнъ? Развѣ при описаніи отдѣльныхъ частей раны, или ея признаковъ, медикъ уже совсѣмъ гарантированъ отъ «смѣшенія видимаго съ выводимымъ»? Какъ бы то ни было, вѣрно то, что наблюденія медиковъ часто страдаютъ отъ квалификаціи усмотрѣнныхъ явленій. Вотъ между прочимъ, причина, почему экспертиза, даваемая на основаніи акта обдуцента, бываетъ весьма часто неудовлетворительна. Наблюденіе обдуцента бываетъ нерѣдко неправильно, что зависитъ, помимо общихъ причинъ, порождающихъ ошибки въ наблюденіяхъ, еще весьма часто отъ низкой степени научнаго развитія, отъ крайней неопытности и т. д. «Опытъ показываетъ, говоритъ Орфила (Е о н н ѳ е, р. 145), что большая часть экспертизъ бываетъ неудовлетворительна потому только, что первые эксперты, по неимѣнію достаточныхъ свѣдѣній, или плохо описали видѣнные факты, или же совсѣмъ оставили безъ вниманія нѣкоторые изъ нихъ, а ихъ послѣ констатировать уже поздно». Всѣ вышеприведенныя причины ошибокъ дѣйствуютъ конечно, весьма различно, смотря по тому, кто дѣлаетъ наблюденіе. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что знаніе и опытъ во многомъ могутъ оградить наблюдателя отъ ошибокъ. Но возможность ошибокъ въ научномъ наблюденіи остается тѣмъ же менѣе фактомъ. Приводя все сказанное къ одному результату, нужно замѣтить, что медицинское наблюденіе, сущность котораго состоитъ не только въ воспріятіи, но и въ квалификаціи разныхъ явленій, даетъ за необходимыми, конечно, исключеніями, одни только мнѣнія, но не факты. Мысль эта находитъ свое подтвержденіе еще и въ слѣдующей идеѣ.

Медикъ приступаетъ къ изслѣдованію съ опредѣленною цѣлью разяснить известное явленіе. Коль-скоро изслѣдованіе имѣетъ опредѣленную цѣль, оно уже не можетъ быть такимъ объективнымъ, какъ наблюденіе, напр., свидѣтеля, безъ всякой цѣли смотрящаго на проходящаго человѣка, смотрящаго потому только, что человѣкъ подвернулся въ данную минуту²⁾. Всякое научное наблюденіе субъективно. Какъ бы мы ни хотѣли быть объективными,—вполнѣ отдѣлаться отъ себя, отъ своего я, отъ своихъ цѣлей, мы не можемъ. Цѣль изслѣдованія мѣшаетъ объективности. Мы очень склонны быстро схватывать то, что годно для нашихъ цѣлей, и мгновенно слѣпнуть, когда намъ попадаются противорѣчащія

¹⁾ Конечно, съ этимъ положеніемъ многие медики сочтутъ нужнымъ не согласиться, едва-ли, впрочемъ,—люди, желающіе и умѣющіе разсуждать безпристрастно. Мысль, что медицинское изслѣдованіе можетъ быть сдѣлано совершенно объективно, Эстерленъ называетъ иллюзією (Med. Logik. 234 ff.). Серьезный специалистъ оцѣнилъ по достоинству эту мысль авторитетнаго писателя. Что же касается большинства врачей, то между ними попадаются еще такіе, которые такъ отзываются о наблюденіяхъ: «On ne dit plus, je crois, je pense, mais j'ai vu». Само небо, восклицаетъ Эстерленъ, знаетъ, на сколько это справедливо!

²⁾ Ср. М а ш к а, Handbuch, В. I, р. 88, гдѣ не совѣтуютъ врагу знакомиться съ актами дѣла до изслѣдованія, такъ какъ обдуценты, вслѣдствіе таковаго ознакомленія, могутъ дойти «zu einer vorgefassten Meinung».

факты. По отношенію даже къ одному и тому же факту, мы видимъ его то въ одномъ, то въ другомъ свѣтѣ, смотря по степени увлеченія цѣлью, по тѣмъ или другимъ нашимъ способностямъ и т. д. Бэконъ прекрасно сказалъ: «Intellectus humanus luminis sicci non est; sed recipit infusionem a voluntate et affectibus. Quod enim mavult homo verum esse, id potius credit». При изслѣдованіи трудно отдѣлаться и отъ прежнихъ понятій, и отъ прежней привычки понимать извѣстное явленіе такъ, а не иначе. Люди часто изъ чувства умственного комфорта не оставляютъ рутины, хотя они отчасти и сознаютъ, что думаютъ извѣстнымъ образомъ только по привычкѣ. Словомъ, научное наблюденіе подвержено влиянію всѣхъ индивидуальных особенностей наблюдателя. «Странно даже думать, замѣчаетъ Эстерленъ (ib. S. 285), то что можно отдѣлаться отъ всего субъективнаго и такъ, безъ прежнихъ понятій и представленій, безъ всякихъ тенденцій, приступить къ наблюденію. Это все равно, какъ если-бы кто-нибудь захотѣлъ сперва лишить себя глазъ и потомъ посмотреть, какъ бы онъ видѣлъ безъ нихъ». «Самый безпристрастный наблюдатель, продолжаетъ тотъ же писатель, все таки, какъ и всякій другой, преслѣдуетъ извѣстную цѣль, потому что имѣетъ же его изслѣдованіе, въ концѣ концовъ, какіе нибудь виды. Онъ имѣетъ въ виду рѣшеніе какого нибудь вопроса, опредѣленіе присутствія или отсутствія какихъ нибудь явленій, иначе вѣдь это вовсе не будетъ изслѣдованіемъ, наблюденіемъ». А коль скоро является цѣль, является и субъективность самаго изслѣдованія. Кромѣ всего этого, въ медицинѣ шаткость наблюденія усиливается еще и оттого, что оно встрѣчаетъ много препятствій. Сюда относятся: сложность явленій, частая невозможность непосредственно видѣть изслѣдуемый предметъ (наблюденіе надъ живымъ человѣкомъ¹⁾, ограниченность сферы эксперимента и т. д. Наконецъ, большое значеніе имѣетъ и то обстоятельство, что въ медицинѣ, какъ ни въ одной другой наукѣ, очень мало несомнѣнныхъ истинъ (Эстерленъ, S. 7). Послѣ всего сказаннаго, можно, кажется, сдѣлать выводъ, что медицинское наблюденіе далеко отъ того, чтобы всегда давать факты. А отсюда слѣ-

¹⁾ Напр. изслѣдованіе съ цѣлью рѣшить вопросъ—беременна ли женщина, или нѣтъ. «Распознаваніе беременности, говоритъ Сканцони (Шауэнштейнъ, стр. 94)... представляетъ нерѣдко трудности, которыя могутъ быть обойдены только при самомъ заботливомъ употребленіи всѣхъ вспомогательныхъ средствъ, какими мы для этого располагаемъ. Что это дѣйствительно такъ, это доказывается частыми диагностическими ошибками, которыя еще и въ наше время случаются дѣлать даже опытнымъ акушерамъ». При этомъ Шауэнштейнъ замѣчаетъ: «если такія ошибки случаются дѣлать акушеру, къ которому беременная обращается за помощью, которому, слѣдовательно, она откровенно и правдиво отвѣчаетъ на всѣ вопросы, касающіеся ея состоянія, и въ отношеніи къ которому она не дѣлаетъ ничего такого, чтобы могло воспрепятствовать достиженію цѣли его изслѣдованія—то въ судебныхъ случаяхъ, гдѣ изслѣдуемая женщина такъ часто имѣетъ причину желать обмануть врача, затрудненія бесспорно будутъ еще больше». Послѣ этого вспомнимъ слова Миттермайера: «опытный глазъ медика такъ-же быстро отличаетъ беременность, какъ свидѣтель дѣтѣ». А неопытный? Итакъ, результатъ будетъ тотъ или другой, смотря потому, опытенъ экспертъ или нѣтъ?

дуетъ, что и медикъ, производящій наблюденіе и за тѣмъ излагающій видѣнное, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть сравненъ со свидѣтелемъ. Конечно, все, здѣсь сказанное о субъективности наблюдений медиковъ, не распространяется на тѣ научныя изслѣдованія, гдѣ самый методъ гарантируетъ объективность. Но и строжайшій методъ можетъ быть, въ рукахъ плохаго изслѣдователя, слабою гарантіею. Микроскопъ хорошъ, но микроскопистъ можетъ быть плохъ. Мы сказали выше, что свидѣтель представляетъ факты, а экспертъ—мнѣнія. Фактъ и мнѣніе мы противоположили только какъ выраженія различныхъ степеней достовѣрности. При такомъ положеніи дѣла, ясно, что если мнѣніе достигаетъ высокой степени достовѣрности,—оно дѣлается фактомъ, такъ точно, какъ показаніе свидѣтеля, потерявъ свой обычный фактическій характеръ, а съ нимъ и достовѣрность, перестаетъ быть фактомъ и дѣлается мнѣніемъ. Въ результатѣ мы получили слѣдующія положенія: Свидѣтель даетъ суду факты, экспертъ—мнѣнія; фактъ и мнѣніе представляютъ различіе только въ отношеніи достовѣрности.—Таковъ разборъ выше-приведеннаго мнѣнія, что экспертъ, производящій осмотръ и затѣмъ излагающій суду отчетъ о видѣнномъ, ничѣмъ не отличается отъ свидѣтеля. Что же касается экспертовъ, дающихъ на судѣ заключенія на основаніи акта обдуцента, то ихъ никто въ литературѣ и не пытался сравнивать со свидѣтелями. Такое смѣшеніе встрѣчается только на практикѣ, да и то рѣдко.—Теперь спрашивается: различаетъ ли нашъ Уставъ уголовного судопроизводства понятія «эксперта» и «свидѣтеля»? Вопросъ этотъ имѣетъ важное практическое значеніе для установленія правильнаго способа пользования судебно-медицинскою экспертизою. Для рѣшенія его, мы должны прежде всего обратить вниманіе на опредѣленіе понятій «свидѣтеля и «эксперта» въ нашемъ Уставѣ Уг. Судопр.¹⁾ Опредѣлимъ свидѣтеля по нашему уставу. То, что свидѣтель даетъ суду, Уставъ Уг. Судопр. называетъ показаніемъ (ст. 716, 719). Что же такое «показаніе»? Отвѣтъ находимъ въ стт. 717 и 718. На основаніи первой изъ нихъ, свидѣтель долженъ говорить «сущую правду—

¹⁾ Нужно замѣтить, что Уст. Уг. Судопр. нигдѣ не приравниваетъ экспертовъ къ свидѣтелямъ и говоритъ о нихъ вездѣ въ особіихъ статьяхъ. Стт. Уг. Судопр. 112, 325—356, 690—695. Касс. р. 1868, № 575: «подсудимый съдается на 699 ст. Уст. Угол. Судопр., относящуюся къ свидѣтелямъ, и упускаетъ изъ виду, что по словамъ закона, относящагося собственно къ экспертамъ....».—Касс. р. 1869, № 298. «Въ совокупномъ допросѣ медиковъ... видятъ нарушение какъ 645 и 699 стт. Уст. Угол. Судопр., такъ и смысла рѣшенія уг. касс. депар. по дѣлу студента Данилова, распространяющаго будто-бы на свѣдущихъ лицъ всѣ, опредѣленные для свидѣтелей, правила, но ошибочность такого взгляда явствуетъ изъ слѣдующихъ соображеній: свидѣтелями, въ юридическомъ значеніи сего слова, могутъ быть всѣ лица, которые, по случайному стеченію обстоятельствъ, или по особымъ ихъ къ обвиняемому отношеніямъ, въ состояніи разъяснить передъ судомъ фактическую сторону дѣла, рѣшеніе коего, въ каждомъ данномъ случаѣ, почти исключительно и зависитъ отъ ихъ показаній. Вотъ почему, для охраненія искренности и правдивости сихъ показаній, Уст. Уг. Судопр. тщательно заботится о предупрежденіи всякой между свидѣтелями

одну только правду, не увеличивая и не уменьшая известных ему обстоятельств, а показывая все такъ, какъ случилось»; на основаніи второй статьи, онъ долженъ рассказать все, что ему известно по дѣлу, не примѣшивая обстоятельствъ постороннихъ и не повторяя слуховъ...». Изъ разсмотрѣнія этихъ положеній закона оказывается, что показаніе свидѣтеля есть точный отчетъ о томъ, что ему известно по дѣлу. Изложеніе, такимъ образомъ, известныхъ фактовъ—такова задача свидѣтеля. Вотъ почему отъ свидѣтеля требуются здравыя внѣшнія чувства и нормальное состояніе умственныхъ способностей, и—только. Законъ требуетъ отъ свидѣтеля правды. Истина въ этомъ случаѣ гарантируется уголовнымъ наказаніемъ за ложныя показанія. Сводя все сказанное о свидѣтелѣ, мы получимъ слѣдующее опредѣленіе: свидѣтелемъ называется лицо, обязанное дать судѣ показаніе объ известныхъ фактахъ правдиво, подъ страхомъ уголовного наказанія за ложь. Посмотримъ теперь, какъ опредѣляетъ нашъ Уставъ уг. судопр. понятіе эксперта? Изъ ст. 325 Уст. уг. судопр. видно, что свѣдущими людьми (экспертами) называются лица, имѣющія спеціальныя свѣдѣнія или опытность въ наукѣ, искусствѣ и т. д. Свѣдущіе люди даютъ не показанія, какъ свидѣтели, а заключенія (ст. 334, 645). Слово заключеніе нужно понимать въ томъ смыслѣ, что это есть результатъ примѣненія къ отдѣльнымъ явленіямъ общихъ началъ науки или искусства. Каждый экспертъ, какъ и всякій человѣкъ, дѣлаетъ свои заключенія. Этотъ субъективный характеръ заключеній даетъ имъ еще и другое названіе: мнѣнія. Этимъ же названіемъ обозначена въ Уставѣ судебной медицины та часть медицинскаго свидѣтельства (*visum peritum*), въ которой медикъ дѣлаетъ свое заключеніе (ст. 1753). Такимъ образомъ, первая черта понятія эксперта состоитъ въ томъ, что онъ долженъ обладать спеціальными свѣдѣніями по какой либо наукѣ и т. д.; во вторыхъ, онъ представляетъ суду мнѣнія. Что касается до отвѣтственности экспертовъ за правильность ихъ заключеній, то объ этомъ мы скажемъ ниже, въ отдѣлѣ предварительнаго и судебного слѣдствій. Здѣсь же ограничимся приведеніемъ словъ Фостэна Эли (*Traité*, p. 526) объ этомъ предметѣ. Онъ говоритъ: «свидѣтели отвѣчаютъ за свои показанія; если послѣднія не истинны, свидѣтели подлежатъ наказанію за ложное свидѣтельство. Напротивъ, эксперты за свои заключенія отвѣчаютъ только

стачки, послѣдствія коей неминуемо отзываются, въ ущербъ правосудія (или подсудимаго), на окончательномъ приговорѣ суда. Экспертами, напротивъ, являются люди науки или практики, обладающіе спеціальными познаніями для опредѣленія свойствъ, или вѣроятныхъ послѣдствій обнаруженныхъ предварительнымъ и судебнымъ слѣдствіями фактовъ; а потому обмѣнъ между ними мыслей и совокупное съ ихъ стороны обсужденіе предложенныхъ имъ вопросовъ не только не затрудняетъ правильнаго ихъ разрѣшенія, а прямо способствуетъ ему. Наконецъ, свидѣтели по каждому дѣлу указываются обстоятельствами онаго, тогда какъ эксперты выбираются сторонами, или назначаются самимъ судомъ. Въ виду столь рѣзкихъ и существенныхъ, между свидѣтелями и экспертами, различій, правительствующій сенатъ, въ отношеніи порядка допроса послѣднихъ, никогда не приравнивалъ ихъ къ первымъ». Доказательствомъ послѣдняго служитъ касс. рѣшеніе по дѣлу студента Данилова.

предъ судомъ своей совѣсти¹⁾). Если эти заключенія не искренны, эксперты могутъ потерять довѣрiе судей, но не подлежать никакому наказанiю». По французскому уставу уг. судопр., ст. 44, эксперты даютъ присягу «de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience». Изъ всего сказаннаго ясно, что нашъ уставъ уг. судопр. правильно понимаетъ различiе между свидѣтелемъ и экспертомъ. Это различiе проводится на практикѣ и кассационнымъ департаментомъ Прав. Сената. Это видно какъ изъ приведеннаго въ примѣчанiи касс. р. 1869, № 298, такъ и изъ слѣдующаго касс. рѣш. 1868, № 575: «возражая противъ представленiя экспертами своего заключенiя не каждымъ порознь, а отъ всѣхъ лицъ, производившихъ одну и ту же экспертизу, подсудимый ссылается на 699 ст. уст. уг. судопр., относящуюся къ свидѣтелямъ, и упускаетъ изъ виду, что, по словамъ закона, относящагося собственно къ экспертамъ, они представляютъ свое заключенiе и затѣмъ разрѣшаютъ вопросы, имъ предлагаемые (ст. 694), но при этомъ вовсе не требуется, чтобы они давали свои заключенiя порознь, и если совѣщанiе между свидѣтелями, которые должны передать только видѣнное или слышанное ими, безъ всякихъ догадокъ и умозаключенiй, можетъ только повредить открытiю истины, то нельзя того же сказать объ экспертахъ, совѣщанiе между которыми, какъ о приложенiи къ дѣлу научныхъ свѣдѣнiй и опыта, такъ и о результатахъ ихъ изслѣдованiя, всегда признавалось полезнымъ»²⁾). Приведенныя рѣшенiя показываютъ, что Сенатъ понимаетъ различiе между экспертомъ и свидѣтелемъ правильно и согласно новѣйшимъ результатамъ юридической науки.—Окончивъ разборъ перваго воззрѣнiя на экспертизу, переходимъ ко второму, состоящему въ томъ, что—

II. Экспертиза есть особый, самостоятельный видъ уголовныхъ доказательствъ. Представитель этого мнѣнiя—Миттермайеръ, развившiй свое ученiе въ нѣсколькихъ статьяхъ объ экспертизѣ (Beweislehre, S. 181; Gerichtssaal, 1861, и Friedreich's Blätter für gerichtliche Medizin, 1863). Взгляда Миттермайера держится и Цахарiе (Handbuch, S. 426). По его мнѣнiю, самое правильное воззрѣнiе на экспертизу то, которое принимаетъ ее за самостоятельный видъ уголовныхъ доказательствъ. Другiя мнѣнiя онъ признаетъ неправильными, хотя и находитъ въ нихъ долю истины. Ученiе Миттермайера состоитъ въ слѣдующемъ: «Чтобы установить правильное понятiе о доказательствѣ чрезъ экспертизу, нужно, прежде всего, отказаться отъ взгляда на нее, какъ на свидѣтельское показанiе, или видъ личнаго осмотра. Всѣ подобныя

¹⁾ Эксперты по франц. уставу уг. судопр. даютъ специальную присягу «дать заключенiе по чести и совѣсти» (Vidal, Cours, 1906, p. 817).

²⁾ Эта мысль находитъ свое подтвержденiе и въ Уставѣ судебной медицины, котораго ст. 1748 говоритъ: «буде при вскрытiи находился еще другой врачъ, то они обязаны дать свидѣтельство по общему сужденiю и согласiю». Только въ случаѣ разногласiя они даютъ заключенiя порознь.

аналогіи ведутъ только къ заблужденіямъ на практикѣ. Очевидно, на экспертизу нужно смотрѣть, какъ на особый видъ уголовныхъ доказательствъ, во многомъ похожій на косвенное доказательство или улики, такъ какъ и тамъ, и здѣсь дѣло сводится къ дѣлому ряду умозаключеній (Friedreich's Blätter, 1863, S. 164). «Исходнымъ пунктомъ, продолжаетъ Миттермайеръ (Gerichtssal, 1861, S. 189), должна быть мысль, что сущность этого доказательства состоитъ въ мнѣніяхъ, высказываемыхъ свѣдущими людьми по предметамъ ихъ специальности. Это было неудачное предствленіе, по которому экспертовъ относили къ разряду свидѣтелей, и только одного вреда можно ожидать отъ такой практики, какъ напр., во Франціи, гдѣ законъ не даетъ особыхъ постановленій объ экспертахъ, и прокуроръ вноситъ ихъ въ одинъ со свидѣтелями списокъ, безъ всякаго различія. Лучшая практика должна же признать, что не всѣ постановленія о свидѣтеляхъ можно примѣнять къ экспертамъ. Въ свидѣтельскихъ показаніяхъ, доказательная сила заключается въ томъ, что всякій, имѣющій здравыя физическія чувства, можетъ воспринимать факты, и его показаніе, основанное на такомъ воспріятіи, заслуживаетъ довѣрія, какъ только свойства свидѣтеля ручаются намъ въ томъ, что онъ способенъ сдѣлать правильное наблюденіе, вѣрно сохранить его въ памяти, и имѣетъ искреннее желаніе говорить правду. Напротивъ, мы оставляемъ совершенно безъ вниманія показанія свидѣтелей, основанныя только на ихъ мнѣніяхъ, или на слухѣ отъ другихъ. Тѣ, которымъ нужно оцѣнивать достовѣрность свидѣтеля, находятся въ довольно благопріятномъ положеніи, потому-что для такой оцѣнки употребляется легко примѣнимый и всѣмъ доступный критерій, состоящій въ рѣшеніи вопроса: способенъ ли свидѣтель къ наблюденію и находился ли онъ въ положеніи, благопріятствовавшемъ этому дѣлу? Напротивъ, въ доказательствѣ чрезъ экспертовъ главное дѣло заключается въ мнѣніи, слѣдовательно—въ убѣжденіи (Glauben) эксперта. Правда, и при оцѣнкѣ экспертизы, нужно брать во вниманіе наблюденіе эксперта, такъ какъ оно—средство для составленія заключенія. Но оцѣнка наблюденія эксперта не то, что оцѣнка наблюденія свидѣтеля. Во второмъ случаѣ все дѣло сводится къ вопросу: имѣетъ ли свидѣтель необходимыя для наблюденія здравыя физическія чувства; въ первомъ, напротивъ, къ вопросу—имѣетъ ли свѣдущій человѣкъ необходимыя свойства и знанія, при отсутствіи которыхъ нельзя ожидать, чтобы онъ сдѣлалъ научно-правильное наблюденіе? Смотря по обстоятельствамъ, одно наблюденіе можетъ быть сдѣлано только врачомъ, имѣющимъ хорошія анатомо-физиологическія или физикальныя свѣдѣнія, другое—только опытнымъ акушеромъ. Для нѣкоторыхъ наблюденій весьма трудно бываетъ найти хорошихъ наблюдателей (напр. по вопросу—сдѣланъ ли недавно выстрѣлъ изъ оружія, при чемъ нужны свѣдѣнія по химіи). Довѣріе къ наблюденію эксперта во многомъ зависитъ еще и отъ того—умѣетъ ли онъ хорошо владѣть необходи-

мыми инструментами¹⁾, имѣеть ли онъ вообще нужныя для наблюденія средства, приспособленія. Научное достоинство наблюденія эксперта оцѣнивается, наконецъ, еще существующимъ опытомъ о достоинствахъ того или другого способа наблюденія и обуславливается ловкостью, которою долженъ экспертъ обладать, чтобы не быть обманутымъ и избѣгнуть заблужденій». Указавъ, такимъ образомъ, что оцѣнка научнаго наблюденія основывается на рядѣ предположеній, Миттермайеръ, переходя къ оцѣнкѣ судьей мнѣній экспертовъ, продолжаетъ: «еще болѣе, чѣмъ при оцѣнкѣ научнаго наблюденія, зависить сужденіе судьи о достоинствахъ мнѣній эксперта отъ многихъ предположеній, которыя необходимо должны быть на лицо, чтобы судья могъ основать свой приговоръ на этихъ мнѣніяхъ. Мнѣнія же, особенно въ области наукъ естественныхъ, идѣ, вслѣдствіе постояннаго прогресса знаній, происходитъ неустанная борьба самыхъ разнообразныхъ воззрѣній, тогда только могутъ притязать на довѣріе судьи, когда они представляютъ: а) результатъ богатаго опыта по предмету специальности; б) когда экспертъ добросовѣстно разсмотрѣлъ всѣ противорѣчащіе опыты; с) хорошо знаетъ законы природы и начала науки, подъ которыя подводится данное наблюденіе, и д) обладаетъ, кромѣ того, необходимыми умственными способностями—для вывода правильныхъ заключеній. Едва ли мнѣніе эксперта, что человѣкъ умеръ отъ яду, заслужитъ довѣріе, если, описывая болѣзненные явленія при отравленіи этимъ ядомъ, онъ, однако, признается, что личнаго опыта по данному вопросу не имѣеть.

Въ особенности такая экспертиза не будетъ имѣть силы въ случаяхъ отравленія такимъ ядомъ, надѣ дѣйствіемъ котораго наука еще вообще имѣеть очень мало наблюденій. Сила экспертизы можетъ значительно ослабѣть еще и оттого, что экспертъ, изъ различныхъ, существующихъ въ наукѣ, взглядовъ, произвольно выбираетъ какой-либо одинъ за основаніе своего мнѣнія, быть можетъ, для того только, чтобы поддержать свою сторону въ процессѣ, при чемъ не только не представляетъ научныхъ основаній своего предпочтенія извѣстному взгляду, но и не упоминаетъ о существованіи другихъ, противоположныхъ воззрѣній.—Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что достовѣрность экспертизы зависить отъ цѣлаго ряда предположеній, а оцѣнка судьей ея значенія состоитъ въ логической операціи опредѣленія существованія условій, внушающихъ довѣріе къ мнѣнію эксперта. Судья при

¹⁾ Это очень важный пунктъ при оцѣнкѣ ученыхъ наблюденій. Какъ легко возможны здѣсь ошибки изслѣдователей, видно изъ знаменитаго англійскаго процесса Смитгерета. Въ этомъ дѣлѣ химическое изслѣдованіе производилъ извѣстный Тейлоръ, авторитетъ въ отдѣлѣ токсикологіи. Послѣ изслѣдованія онъ объявилъ, что нашелъ мышьякъ; но потомъ долженъ былъ сознаться, что сдѣлалъ ошибку. Въ чемъ состояла (грубая) ошибка Тейлора, читатель можетъ найти у Миттермайера (Gerichtssaal, 1860, 353), заканчивающаго свое описаніе слѣдующими словами: «если такой знаменитый химикъ, какъ Тейлоръ, могъ сдѣлать такую ошибку, то чего же нужно ожидать отъ химиковъ, менѣе опытныхъ и не съ такими богатыми вспомогательными средствами!».

этомъ находится въ такомъ положеніи, что выясняетъ достовѣрность экспертизы только путемъ изслѣдованія: есть ли въ экспертѣ условія, ручающіяся за правильность его мнѣній? Судья опредѣляетъ, есть ли ручательства за правильность мнѣнія эксперта: а) въ его личности; б) въ его желаніи говорить истину, безъ обращенія вниманія на послѣдствія его мнѣнія для кого бы то ни было, самостоятельно, внѣ всякихъ вліяній; с) въ его свойствахъ, ручающихся за правильность сдѣланнаго наблюденія и правдивую передачу результатовъ послѣдняго; d) въ его знаніяхъ и опытѣ; e) въ самомъ способѣ изложенія экспертизы, укрѣпляющемъ въ слушателяхъ убѣжденіе, что она—результатъ спокойнаго, безпристрастнаго и основательнаго изслѣдованія. Таково ученіе Миттермайера объ экспертизѣ. Сущность его заключается въ томъ, что доказательство чрезъ свѣдущихъ людей есть самостоятельный видъ уголовныхъ доказательствъ, во многомъ похожій на улики. Откровенно признаемъ, для насъ взглядъ Миттермайера не совсѣмъ ясенъ. Въ чемъ заключается специальное сходство экспертизы съ уликами—трудно усмотрѣть. Существованіе цѣлаго ряда предположеній не есть отличительная черта уликъ,—она присуща всѣмъ вообще доказательствамъ. Главная ошибка Миттермайера заключается въ неправильной постановкѣ вопроса. Онъ ставитъ его такъ: есть ли экспертиза самостоятельное доказательство? Между тѣмъ, сначала нужно рѣшить, такъ сказать, преюдиціальныи вопросъ: есть ли экспертиза вообще доказательство, въ техническомъ смыслѣ этого слова? По мнѣнію Миттермайера, экспертиза напоминаетъ улики потому, что въ ней достовѣрность добывается цѣлымъ рядомъ предположеній. Но такимъ же точно образомъ добывается она и во всѣхъ доказательствахъ. Стоитъ только бросить бѣглый взглядъ, съ этой стороны, на систему доказательствъ, чтобы убѣдиться въ правильности этой мысли. Самъ Миттермайеръ въ своемъ «ученіи объ уголовныхъ доказательствахъ», говорить (Beweislehre, S. 403): «при всѣхъ доказательствахъ мы основываемъ свое убѣжденіе на цѣломъ рядѣ предположеній». Чтобы доказать эту совершенно правильную мысль, бросимъ бѣглый взглядъ на систему уголовныхъ доказательствъ. Возьмемъ личный осмотръ. Довѣріе къ нему основывается на предположеніи, что компетентное лицо, его производившее, имѣетъ необходимыя для наблюденія способности; что оно соблюдало всѣ нужныя для открытія истины мѣры предосторожности. Довѣріе къ собственному сознанію подсудимаго основывается также на предположеніяхъ: во-первыхъ, на томъ, что ни одинъ человѣкъ не захочетъ подвергнуться наказанію за преступленіе, никогда имъ не совершенное, и, во-вторыхъ, на предположеніи, что рассказъ подсудимаго, согласный съ обстоятельствами дѣла, доказываетъ, что именно подсудимый совершилъ преступленіе. Но это вѣдь только предположеніе, потому что дѣло, въ мельчайшихъ подробностяхъ, можетъ быть извѣстно не только совершившему преступленіе, но и другому человѣку, не совершавшему его, а стоявшему къ нему, по какимъ-либо обстоятельствамъ, очень близко. Довѣріе къ свидѣ-

тельскимъ показаніямъ, къ письменнымъ документамъ и уликамъ также основывается на цѣломъ рядѣ предположеній. Вычислять ихъ нѣтъ надобности: дѣло само за себя говорить. Словомъ, предположенія — общая всѣмъ доказательствамъ черта. На присутствіи этой черты въ экспертизѣ можно, пожалуй, основать мнѣніе, что она вообще относится къ доказательствамъ, но едва ли можно доказать сходство съ тѣмъ или другимъ видомъ ихъ. Такимъ образомъ, Миттермайеръ не доказалъ сходства экспертизы съ уликами. Выбранная имъ черта сходства и вообще невѣрна. На основаніи этой черты можно внести въ систему доказательствъ разныя понятія, наприм., вердиктъ присяжныхъ, приговоръ судей и т. д. Возьмемъ вердиктъ присяжныхъ. Развѣ мы вѣримъ ему не на основаніи предположеній? Мы предполагаемъ, что присяжные способны оцѣнить доказательства, что они имѣютъ желаніе открыть истину и т. д. Слѣдовательно, и вердиктъ — уголовное доказательство? Но намъ возразятъ: «да, это такъ; но вердиктъ присяжныхъ есть оцѣнка доказательствъ. Онъ основанъ на обстоятельствахъ дѣла, но самъ не есть обстоятельство дѣла». Возраженіе совершенно справедливо; но нужно также прежде знать — есть ли экспертиза доказательство, или сужденіе о доказательствахъ; обстоятельство дѣла, или сужденіе объ обстоятельствахъ дѣла? ¹⁾ Все это приводить къ мысли, что воззрѣніе Миттермайера невѣрно, что онъ сдѣлалъ ошибку въ самой постановкѣ вопроса. Повторяемъ, прежде чѣмъ опредѣлять сходство экспертизы съ тѣмъ или другимъ видомъ доказательствъ, нужно предварительно рѣшить вопросъ: есть ли экспертиза вообще доказательство, въ техническомъ значеніи этого слова?

III. Третье воззрѣніе на экспертизу состоитъ въ томъ, что она вовсе не доказательство. Эксперты, по этому воззрѣнію, — *judices facti*, рѣшающіе фактическіе вопросы, которые, подобно преюдиціальнымъ, обуславливаютъ рѣшеніе всего дѣла. Уже итальянскіе и французскіе практики XVI столѣтія высказывали мысль, что мнѣнія экспертовъ, въ особенности медиковъ, должны пользоваться полнымъ довѣріемъ и что экспертовъ не слѣдуетъ разсматривать, какъ свидѣтелей (*Arch. des Crim.* 1833, S. 206). Старые юристы и камералисты называли свѣдущихъ людей судьями, а ихъ мнѣнія — *sententiae* (*Arch. für civil. Praxis*, II, S. 120). Впрочемъ, этотъ старый взглядъ вскорѣ былъ затертъ высокоуміемъ юристовъ. Взглядъ на экспертовъ, какъ на судей фактовъ, не затерялся, впрочемъ, и, въ новѣйшее время, нашелъ защитниковъ въ литературѣ первой половины настоящаго столѣтія. Такъ, Бирнаумъ (*Arch. des Crim.* 1833, S. 207) доказываетъ, что заключеніе свѣдущихъ людей не доказательство, а сужденіе, и, на этомъ основаніи, онъ требуетъ совершеннаго преобразо-

¹⁾ «Для рѣшенія вопроса о душевномъ состояніи подсудимаго, говоритъ кассац. р. 1869, № 135... необходимо выслушать мнѣнія экспертовъ о томъ, считаютъ ли они засвидѣтельствованные факты достаточнымъ доказательствомъ, что обвиняемый находился въ припадкѣ умоизступленія...». Такимъ образомъ, эксперты оцѣниваютъ доказательства, обстоятельства дѣла.

ванія организаціи медицинской экспертизы на судѣ. Пратобевра (ib.) и Карминьяни (Mitterm., Beweislehre, S. 186) такъ же видятъ въ экспертизѣ сужденіе, а не доказательство. Отчасти этого же взгляда придерживается и Клейншродъ (Arch. des Crim., 1802. S. 3). Хотя онъ и считаетъ «личный осмотръ чрезъ экспертовъ совершенно самостоятельнымъ доказательствомъ», однако, прибавляетъ, что «при такомъ осмотрѣ дѣло заключается не столько въ чувственномъ воспріятіи, сколько въ изслѣдованіи и анализѣ извѣстныхъ предметовъ, и доказательство, въ этихъ случаяхъ, не столько содержится въ изслѣдуемыхъ явленіяхъ, сколько въ выводимыхъ изъ нихъ заключеніяхъ, по началамъ извѣстной науки». Самъ Миттермайеръ, смотрящій на экспертизу, какъ на самостоятельный видъ уголовныхъ доказательствъ, говоря о старомъ воззрѣніи на свѣдущихъ людей, какъ на судей факта, признаетъ его правильнымъ. Нужно замѣтить, что воззрѣніе на экспертовъ, какъ на судей, нигдѣ не было проведено и доказано надлежащимъ образомъ. Но на него во всякомъ случаѣ слѣдуетъ обратить вниманіе, въ томъ смыслѣ, что, для правильного уясненія юридическаго понятія экспертизы, слѣдуетъ предварительно рѣшить вопросъ: есть ли экспертиза доказательство вообще? Слово «доказательство» употребляется нами здѣсь въ техническомъ смыслѣ. Мы обращаемъ вниманіе читателя на это ограниченіе, потому что безъ него все изслѣдованіе можетъ представиться одною праздною схоластическою забавой. Въ обширномъ смыслѣ, экспертиза, конечно, доказательство, потому что подтверждаетъ же она или отрицаетъ что-либо. Но въ такомъ обширномъ значеніи и судейскій приговоръ—доказательство. Однако, ясно, что о такихъ доказательствахъ здѣсь не можетъ быть и рѣчи. Мы здѣсь имѣемъ дѣло съ системою уголовныхъ доказательствъ. — Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній, приступимъ къ рѣшенію постановленнаго вопроса, рѣшенію матеріальнаго для котораго мы уже собрали при обзорѣ различныхъ взглядовъ на сущность экспертизы.

II.

Для рѣшенія вышепоставленнаго вопроса: можно ли внести медицинскую экспертизу въ систему уголовныхъ доказательствъ, намъ нужно сдѣлать значительное отступленіе и рассмотреть, по возможности подробно, дѣятельность эксперта на слѣдствіяхъ предварительномъ и судебномъ. Это отступленіе, во-первыхъ, познакомитъ съ положеніемъ эксперта въ процессѣ, а, во-вторыхъ, дастъ и матеріаль для рѣшенія занимающаго насъ вопроса. И такъ, посмотримъ прежде, въ чемъ заключается:

а) Дѣятельность эксперта на слѣдствіи предварительномъ.

Вопросъ о виновности состоитъ изъ трехъ частей: а) совершилось ли событіе преступленія, б) было ли оно дѣяніемъ подсудимаго

и с) должно ли оно быть ему вѣнено въ вину? Всѣ эти вопросы, разрѣшаемые окончательно на судѣ, служатъ, однако, предметомъ слѣдствія предварительнаго. Изъ нихъ, въ этомъ сочиненіи, важны для насъ первый и третій, потому-что въ изслѣдованіи этихъ вопросовъ принимаетъ участіе медицинская экспертиза. Разсмотримъ сначала первый изъ нихъ, на сколько въ него входитъ участіе врача. Вопросъ о томъ, совершилось ли событіе преступленія, составляетъ пунктъ, который долженъ быть разслѣдованъ прежде всѣхъ другихъ, если хотять, чтобы уголовное слѣдствіе соблюдало извѣстный методъ, какъ необходимую гарантію истины. Прежде чѣмъ судья переходитъ къ изобличенію кого-либо въ совершеніи преступленія, онъ долженъ убѣдиться, что событіе преступленія дѣйствительно случилось. «Corpus delicti, говоритъ Бэстъ (см. Marquand sen, Engl. Beweislehre, S. 278), долженъ быть ясно и несомнѣнно доказанъ». Уже давно, нѣсколько столѣтій назадъ, уголовное правосудіе приняло благодѣтельный принципъ, что полное возстановленіе объективнаго состава преступленія должно быть основою слѣдствія, что, только имѣя подъ ногами такую почву, слѣдователь можетъ перейти къ изобличенію подсудимаго. Принципъ этотъ, въ процессѣ инквизиціонномъ, соблюдался довольно строго: спеціальное слѣдствіе и постановленіе приговора могли имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ, когда объективный составъ преступленія былъ доказанъ, когда трупъ убитаго былъ найденъ, когда вопросъ: было-ли въ данномъ случаѣ убійство, или самоубійство, естественная смерть, или отравленіе, былъ разрѣшенъ, по возможности, основательно. Въ особенности англійское право крѣпко держалось и держится начала, что обвиненіе прежде всего должно позаботиться о полномъ возстановленіи объективнаго состава преступленія. Понятно, что такое изслѣдованіе corpus delicti можетъ имѣть мѣсто только въ преступленіяхъ, которыя оставляютъ послѣ себя вишніе слѣды (vestigia delicti). Въ особенности, сюда относятся убійства во всѣхъ видахъ, различныя поврежденія, изнасилованія и многія другія преступленія, въ которыхъ медицинская экспертиза не имѣетъ примѣненія и о которыхъ намъ, поэтому, нѣтъ нужды говорить. — Мы сказали, что англійское право строго соблюдаетъ принципъ изслѣдованія объективнаго состава преступленія. Къ сожалѣнію, нельзя сказать того-же о новомъ континентальномъ процессѣ. Вотъ что говоритъ по этому поводу Миттермайеръ: «Прежнее благодѣтельное ученіе о необходимости полного возстановленія объективнаго состава преступленія и дачи, такимъ образомъ, слѣдствію прочнаго основанія было существенно потрясено отмѣною законной теоріи доказательствъ и принятіемъ начала внутренняго убѣжденія — для рѣшенія вопросовъ о виновности подсудимаго. Удобное возрѣніе, что прежнее ученіе о доказываніи объективнаго состава преступленія было послѣдствіемъ формальной теоріи доказательствъ, нашло себѣ легкій доступъ во Франціи. Скоро привыкли къ мысли, что вопросы: совершилось ли событіе преступленія и есть ли оно дѣяніе подсудимаго, могутъ быть разсматриваемы присяжными, какъ нѣчто нераздѣльное, что имъ нѣтъ надобности предварительно рѣшать первый

вопросъ. Такимъ образомъ, французскіе прокуроры, вѣрные положенію: *les corps de délit est le délit même*, въ тѣхъ уголовныхъ случаяхъ, гдѣ объективный составъ преступленія можетъ быть изслѣдованъ только медицинскимъ экспертомъ, какъ, напр., въ процессѣ Лемуанъ, вопросъ: жилъ ли ребенокъ до сожженія, или гдѣ эксперты даютъ разнорѣчивыя заключенія, прокуроры, говоримъ, разсматриваютъ всѣ эти вопросы, какъ побочныя обстоятельства, и увѣщаютъ присяжныхъ—не обращать большого вниманія на экспертизу. Не менѣе обычно во Франціи и то, что предсѣдатель, при допросѣ подсудимаго, старается хитрыми вопросами и указаніемъ противорѣчій въ отвѣтахъ добиться явнаго или подразумеваемаго признанія; а въ заключительной рѣчи обращаетъ главное вниманіе присяжныхъ на доказательства виновности подсудимаго, вмѣсто того, чтобы внушить имъ, что первая ихъ обязанность — убѣдиться, совершилось ли событіе преступленія, служащаго предметомъ обвиненія? Напрасно будемъ мы искать во французскихъ резюмэ важное указаніе, составляющее обыкновенно первую часть заключительной рѣчи англійскаго президента, — что присяжные, прежде всего и помимо доказательствъ виновности подсудимаго, должны рѣшить вопросъ о *corpus delicti*. При этомъ добросовѣстный англійскій президентъ указываетъ присяжнымъ главные пункты вопроса, напр., умеръ ли человекъ отъ отравленія, объясняетъ существующія въ дѣлѣ сомнѣнія и предостерегаетъ отъ увлеченій. Въ особенности, сильно погрѣшаютъ французскіе предсѣдатели и прокуроры противъ принципа изслѣдованія *corpus delicti* въ процессахъ, основанныхъ исключительно на уликахъ. Обыкновенно въ такихъ случаяхъ стараются восполнить недостатокъ доказательствъ виѣшняго состава преступленія—уликами виновности подсудимаго¹⁾. Въ такихъ случаяхъ, выводы о виновности подсудимаго дѣлаются изъ того, напр., что у него былъ мотивъ для преступленія, что онъ имѣлъ полную возможность дать ядъ, что онъ имѣлъ таковой, что онъ одинъ ходилъ за больнымъ, что онъ тщательно уничтожилъ экскременты его, что онъ не согласался на вскрытіе трупа и т. д., между тѣмъ какъ всѣ подобныя улики имѣли бы значеніе тогда только, когда бы доказано было, что предполагаемая жертва преступленія умерла дѣйствительно вслѣдствіе отравленія». Что касается нашего законодательства, то по разсматриваемому вопросу есть въ немъ нѣкоторыя указанія, дающія право заключить, что оно сѣумѣло оцѣнить значеніе предварительнаго изслѣдованія судомъ — объективнаго состава преступленія. Такія указанія мы находимъ въ ст. 754 Уст. уголовн. судопр. Въ ней сказано: «вопросы о томъ: совершилось ли событіе преступленія, было ли оно дѣяніемъ подсудимаго и должно ли оно быть вѣнено ему въ вину, соединяются въ одинъ совокупный вопросъ о виновности подсудимаго, когда никѣмъ не возбуждено сомнѣнія ни въ томъ, что событіе преступленія дѣйствительно совершилось, ни въ томъ, что оно должно быть вѣнено подсудимому въ вину, если признано будетъ его дѣяніемъ». Изъ этой статьи видно, что въ тѣхъ слу-

¹⁾Объ этомъ еще будетъ рѣчь при изложеніи теоріи улики.

чаяхъ, когда въ дѣлѣ бываетъ сомнѣніе по вопросу о томъ, совершилось ли событіе преступленія, подсудимый (или его защитникъ) имѣетъ право требовать выдѣленія этого вопроса о виновности. Для болѣе всесторонняго обсужденія разсматриваемаго нами пункта, не мѣшаетъ обратить вниманіе на разсужденія, бывшія о немъ въ комиссіи, выработавшей нашъ Уставъ уголовного судопроизводства. Извѣстно, что въ послѣдній предлагалось включить нѣкоторыя общія правила о силѣ доказательствъ, въ видѣ руководства для присяжныхъ, при рѣшеніи вопроса о виновности, по внутреннему убѣжденію. Въ числѣ этихъ правилъ встрѣчается такое: «никто не можетъ быть признанъ виновнымъ въ преступленіи, если нѣтъ положительнаго удостовѣренія въ томъ, что сіе преступленіе дѣйствительно совершилось». Противъ принятія этого правила выставлены были слѣдующія возраженія: «въ ст. 3 сказано, что никто не можетъ быть признанъ виновнымъ и т. д. Въ такомъ неопредѣленномъ видѣ, правило это ничѣмъ не обязываетъ судью, потому что обусловливается положительностью удостовѣренія, на счетъ которой не дается никакихъ указаній. Нѣтъ сомнѣній, что и при дѣйствиіи этого правила судья будетъ судить о положительности удостовѣренія по своему личному усмотрѣнію. Не находя удостовѣренія въ томъ, что преступленія совершались, судья, конечно не обвинитъ подсудимаго въ этомъ преступленіи, по той простой причинѣ, что обвинитъ въ совершеніи того, что самъ судья признаетъ несовершившимся, значитъ утверждать и отрицать въ одно и то-же время существованіе преступленія. Очевидно, что нельзя вводить въ уставъ судопроизводства такое правило, которое принадлежитъ къ кореннымъ законамъ мышленія, соблюдаемымъ безсознательно всякимъ здравомыслящимъ человѣкомъ. Правда, что разсматриваемому правилу можно дать болѣе опредѣленный видъ, постановивъ, что никто не можетъ быть осужденъ за преступленіе, котораго составъ или виѣшняя оболочка (*corpus delicti*) не обнаруживается ни въ какихъ вещественныхъ уликахъ; наприм., никто не можетъ быть обвиненъ въ убійствѣ или подлогѣ, если нѣтъ на лицѣ тѣла убитаго, или поддѣланнаго акта.... Въ такомъ видѣ это правило, конечно, могло бы найти мѣсто въ Уставѣ уголовного судопроизводства; но оно не на столько непреложно справедливо, чтобы принять его за правило, безусловно обязательное. Бываютъ случаи, въ которыхъ освобожденіе отъ наказанія подсудимаго, успѣваго истребить вещественные слѣды преступленія, но уличаемаго всею совокупностью обстоятельствъ дѣла, или даже и собственнымъ его признаніемъ, было бы явнымъ неправосудіемъ. Законодательная власть не можетъ провозгласить за безусловно-обязательное такое правило, которое было бы патентомъ на безнаказанность за всѣ преступленія, которыхъ вещественные слѣды истреблены преступниками». Мы нарочно выписали весь этотъ мотивъ, чтобы показать, какія, между прочимъ, можно сдѣлать возраженія противъ требованія полнаго возстановленія объективнаго состава преступленія. Возраженія

эти неновы. Последнее изъ нихъ получило большую извѣстность послѣ словъ Бентама. По вопросу о томъ, можно ли доказывать *corpus delicti* не только свидѣтелями, но также уликами, онъ сказалъ: «Если бы это было такъ (т. е. если бы не допускать косвеннаго доказыванія *corpus delicti*), то преступнику ничего лучшаго не оставалось бы дѣлать, какъ уничтожить только трупъ убитаго человѣка». Въ сущности это возраженіе не такъ сильно, какъ кажется. Приводимый въ мотивѣ «патентъ на безнаказанность» есть пріобрѣтеніе каждаго подсудимаго, успѣвшаго уничтожить тѣ или другія доказательства своей виновности. По началамъ всякаго правильного процесса, между прочимъ и нашего, подсудимому предоставляется, напримѣръ, важное право молчать (ст. 685 Устав. уголовн. судопроизв.) и не подвергаться допросу (ст. 683) въ случаѣ непризнанія имъ своей виновности. Это правило принято въ качествѣ гарантіи. Но нужно ли доказывать, что и оно часто даетъ подсудимому возможность скрыть многое отъ суда, что оно ставитъ подсудимаго въ довольно выгодное положеніе по отношенію къ обвинителю, на плечи котораго наваливается все бремя доказыванія. Ясно, что и здѣсь можетъ быть рѣчь о патентѣ на безнаказанность. Далѣе: правило, соблюдаемое во всякой цивилизованной юридической практикѣ, именно — что всякое сомнѣніе о винѣ или степени виновности подсудимаго объясняется въ его пользу (см. стт. 169 и 813 Уст. угол. судопр.), можетъ быть укоряемо еще рѣзче, чѣмъ правило о наличности *corpus delicti* на слѣдствіи. Не даетъ ли это правило награду подсудимымъ, сумѣвшимъ такъ ловко обставить свое дѣло, что въ немъ находятъ много сомнѣній? А всякое сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимаго; за всякій пунктъ, имъ запутанный, онъ получаетъ, такимъ образомъ, награду — *in dubio in mitius!* Но истолковывать подобнымъ образомъ гарантіи подсудимаго нельзя. Всякая гарантія даетъ, конечно, возможность тому или другому злодѣю вырваться изъ рукъ правосудія, но эта же гарантія даетъ возможность оправдаться невинному — и уже одна возможность такого факта служить великою наградой законодателю! Уничтожать существующія и не давать другихъ правосудныхъ гарантій потому только, что ими можетъ воспользоваться иной преступникъ, для избѣжанія наказанія за свои преступленія, значитъ непонимать значенія осужденія судомъ невинныхъ людей. Лучше освободить десять виновныхъ, чѣмъ осудить одного невиннаго — правило, дѣйствительно старое и сильно помятое судебными ораторами разнаго пошиба, но тѣмъ не менѣе — великое и показывающее, что люди, создавшіе его, глубоко понимали сущность правосудія. Они понимали, что различныя постановленія закона о доказательствахъ даютъ тамъ и сямъ инымъ преступникамъ возможность избѣгнуть заслуженнаго наказанія, но за то дѣлаютъ возможнымъ оправданіе для невинныхъ. То правило, наконецъ, кромѣ гуманнаго, имѣетъ еще и важное социальное значеніе. Объ этомъ мы находимъ прекрасную страницу у Бэста (см. *Marquardsen, S. 41*). Устанавливая различіе между историческими доказательствами вообще и судебными въ особенности, онъ говоритъ: «Другая черта отличія

судебныхъ отъ всѣхъ прочихъ (историческихъ) доказательствъ состоитъ въ томъ, что законодатель, постановляющій о нихъ правила, долженъ, отрѣшившись отъ интересовъ сторонъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, обращать вниманіе на общественныя послѣдствія судебныхъ приговоровъ. Съ этой точки зрѣнія, вредъ отъ виновной бездѣятельности судовъ значительно превышаетъ зло, которое можетъ получиться отъ неправильной ихъ дѣятельности. Осужденіе и наказаніе невиннаго и оправданіе виновнаго, — эти два приговора, съ логической точки зрѣнія, ничѣмъ другъ отъ друга не отличаются: оба они ложны, оба далеки отъ истины. Но законодатели и судьи всѣхъ временъ и странъ согласны въ томъ, что если вычислить социальный вредъ, проистекающій отъ cadaго изъ этихъ приговоровъ въ отдѣльности, то первый изъ нихъ представится зломъ гораздо болѣе важнымъ, чѣмъ второй. Неправильныя оправданія могутъ поощрять дурныхъ людей къ нарушеніямъ закона. Это — высшая степень ихъ вреда. Но осужденія невинныхъ дѣлаютъ то, что хорошіе члены общества смотрятъ со страхомъ и отвращеніемъ на законы, отказываютъ имъ въ своемъ содѣйствіи и, такимъ образомъ, парализуютъ руки правосудія. Къ этому нужно прибавить еще два послѣдствія: побужденіе для дѣйствительно виновнаго — продолжать преступную дѣятельность, потому что онъ видитъ вмѣсто себя наказаннымъ другого, — и страданія невиннаго». — Обращаясь послѣ этого отступленія, къ главному предмету нашего разсужденія, къ вопросу о томъ — долженъ ли непремѣнно быть *corpus delicti* на лицо при изслѣдованіи объективнаго состава преступления, нужно замѣтить, что дать безусловное правило въ родѣ слѣдующаго: «при неимѣніи *corpus delicti* невозможно изысканіе событія преступления», нельзя уже и потому, что трудно себѣ а priori представить всѣ тѣ благоприятныя условія, которыя могутъ случайно явиться на помощь слѣдователю въ процессѣ, въ которомъ *corpus delicti* не найденъ. Замѣтимъ только, что отсутствіе *corpus delicti* въ случаяхъ, когда объективный составъ преступления возстановляется путемъ медицинской экспертизы, можетъ сдѣлать невозможнымъ самое изслѣдованіе. Для того, чтобы слова наши не казались голословными, намъ стоитъ только привести для примѣра нѣсколько случаевъ, въ которыхъ изслѣдованіе событія преступления производится при помощи медицинской экспертизы. Возьмемъ убійство. Правда, и не имѣя трупа, можно изслѣдовать объективный составъ преступления. Но это можетъ имѣть мѣсто только при самыхъ благоприятныхъ условіяхъ. Если свидѣтели намъ покажутъ, что они видѣли трупъ; если они намъ опишутъ въ подробностяхъ замѣченныя на немъ поврежденія; если найдено будетъ орудіе, которымъ произведены тѣ поврежденія; если намъ доставлены будутъ свѣдѣнія о личности убитаго; то мы, быть можетъ, и составимъ себѣ опредѣленное убѣжденіе о внѣшнемъ составѣ преступления. Но и въ такихъ даже, по благоприятнымъ условіямъ, рѣдкихъ случаяхъ, эксперты все-таки могутъ сильно затрудняться при установленіи причинной связи между поврежденіями и смертью. Въ значительномъ числѣ случаевъ, при неимѣніи трупа,

экспертамъ невозможно будетъ рѣшить вопросъ: было ли въ данномъ событіи убійство, или самоубійство? А между тѣмъ—это важный пунктъ во многихъ уголовныхъ дѣлахъ. Вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли въ извѣстномъ случаѣ принять убійство или самоубійство, рѣшается на основаніи всѣхъ конкретныхъ подробностей, часто самыхъ, по видимому, неважныхъ и замѣтныхъ только для опытнаго глаза медика. Я здѣсь говорю, конечно, о внѣшнихъ признакахъ. Спрашивается: возможно ли возстановить эти важныя подробности на основаніи свидѣтельскихъ показаній? Можно ли надѣяться, что глазъ обыкновеннаго свидѣтеля замѣнитъ намъ опытный взглядъ судебного медика? Едва-ли! Вопросы о томъ, имѣемъ ли мы дѣло съ убійствомъ или самоубійствомъ — очень затруднительны даже для медиковъ. Словомъ, необходимость наличности даже *corpus delicti*, при медицинскихъ изслѣдованіяхъ, должна быть принята за общее правило. Возможныя исключенія изъ этого положенія нужно считать рѣдкими явленіями.

Послѣ всего сказаннаго ясна цѣль медицинскаго изысканія на предварительномъ слѣдствіи. Она заключается въ возстановленіи объективнаго состава преступленія. Значеніе предварительнаго слѣдствія, въ этомъ отношеніи, громадно. Многіе вопросы, касающіеся возстановленія объективнаго состава преступленія, рѣшаются здѣсь часто, по необходимости, окончательно, хотя бы уже и потому, что данныя, послужившии основаніемъ этому рѣшенію, не могутъ быть сохранены для суда. Эти данныя, значеніе которыхъ для экспертизы такъ велико, имѣютъ весьма часто только временное существованіе. Ихъ слѣды уничтожаются. Свойства и величина кровяныхъ пятенъ, подробности въ положеніи трупа (какъ напримѣръ, висѣль повѣшенный высоко, или низко надъ землею; какъ затянута была вокругъ шеи веревка, — обстоятельства, важныя для рѣшенія вопроса о самоубійствѣ) и многіе другіе признаки существуютъ только на предварительномъ слѣдствіи. Такъ какъ всѣ эти обстоятельства наблюдаются на слѣдствіи врачомъ-экспертомъ, то его наблюденіе и составляетъ все, что остается отъ этихъ обстоятельствъ для судей, присяжныхъ и медиковъ на судѣ. Въ случаяхъ отравленія, одно предварительное слѣдствіе часто только и можетъ дать матеріаль для рѣшенія возникающихъ вопросовъ, и вотъ почему. Извѣстно, что химическое изслѣдованіе не всегда въ состояніи открыть въ трупѣ ядъ. Поэтому юристами и признано, что неоткрытіе яда еще не составляетъ доказательства тому, что отравленія не было. Отравленіе можетъ быть доказано и явленіями въ трупѣ, симптомами, сопровождавшими болѣзнь и смерть жертвы. Но симптомы, наприм., весьма часто могутъ быть возстановлены только путемъ допроса свидѣтелей. А этотъ путь тогда только можетъ вести къ цѣли, когда избирается въскорѣ по совершеніи преступленія. «Сильно ошибаются, замѣчаетъ Миттермайеръ, тѣ юристы, которые предполагаютъ, что такой допросъ свидѣтелей можетъ быть сдѣланъ съ одинаковымъ успѣхомъ и на судѣ, по истеченіи долгаго времени по совершеніи

преступленія. Никогда нельзя надѣяться получить отъ свидѣтелей, черезъ нѣсколько мѣсяцевъ, точныя свѣдѣнія о разныхъ мелкихъ обстоятельствахъ дѣла. Свидѣтель, которому на допросѣ подчасъ измѣняетъ память, склоненъ будетъ подтверждать р у к о в о д я щ і е вопросы о разныхъ обстоятельствахъ, мелкихъ для человѣка незнающаго, но важныхъ и полныхъ интереса для медика. Фантазія и вліяніе слышаннаго отъ другихъ людей будутъ восполнять пробѣлы въ памяти свидѣтелей». — Изъ сказаннаго не трудно убѣдиться, что въ случаяхъ, когда объективный составъ преступленія восстанавливается путемъ медицинской экспертизы, предварительное слѣдствіе составляетъ почти единственную стадію, гдѣ рѣшеніе медицинскихъ вопросовъ можетъ быть основано на матеріалахъ, болѣе или менѣе удовлетворительныхъ. Здѣсь часто только и возможно настоящее медицинское наблюденіе; здѣсь только и возможно получить достовѣрныя показанія; здѣсь только и не можетъ быть основательнаго подозрѣнія, что память измѣняетъ свидѣтелю; здѣсь только и возможно пособіе тѣхъ мелкихъ обстоятельствъ, которыя, не имѣя въ себѣ часто ничего спеціально-научнаго, помогаютъ, однако, въ рукахъ наблюдательнаго эксперта, открытію истины. Вотъ почему экспертиза на предварительномъ слѣдствіи заслуживаетъ особеннаго вниманія. Дѣло законодателя — такъ ее организовать въ этомъ отдѣлѣ процесса, чтобы медикъ имѣлъ возможность пользоваться всѣми матеріалами, необходимыми для рѣшенія подлежащихъ ему вопросовъ. Никакой экспертъ, какъ бы велики ни были его способности и какъ бы обширны ни были его свѣдѣнія, ничего не сдѣлаетъ, если онъ на судѣ долженъ дать заключеніе по медицинскому свидѣтельству, плохо составленному. Выше мы привели слова Орфины, изъ которыхъ видно, что главная причина неудовлетворительности экспертизъ на судѣ — плохія экспертизы на слѣдствіи предварительномъ. Ту же мысль высказывалъ и Миттермайеръ: «опытъ показываетъ, говоритъ онъ, что главный недостатокъ приговоровъ, считаемыхъ неправильными, заключается главнымъ образомъ въ неудовлетворительныхъ изслѣдованіяхъ объективнаго состава преступленія». (Gerichtssaal, S. 326). Въ статьѣ, помѣщенной въ Gerichtssaal'ѣ 1860 г., Миттермайеръ излагаетъ главнѣйшія препятствія, встрѣчающіяся на практикѣ правильному медицинскому изслѣдованію, и выставляетъ необходимыя условія, которыми должно обладать предварительное слѣдствіе, для успѣшнаго восстановленія объективнаго состава преступленія. Считаю не лишнимъ привести здѣсь главнѣйшіе его выводы. Прежде всего, говоритъ онъ, нужно обратить вниманіе на особенности тѣхъ случаевъ, которые, не представляя вначалѣ никакихъ подозрительныхъ фактовъ, впоследствии дѣлаются, однако, предметомъ запутанныхъ процессовъ, причемъ правосудіе часто лишено бываетъ важнѣйшихъ фактовъ для раскрытія истины. Сюда, напримѣръ, относятся случаи внезапныхъ заболѣваній, причемъ болѣзненные симптомы могутъ быть объяснены естественною причиною, какъ, напримѣръ, въ тѣхъ случаяхъ отравленія, гдѣ болѣзненныя явленія могутъ быть объяснены простудой, несваримою пищею и т. д. Если въ такихъ случаяхъ и бываетъ даже

медикъ, то ему и въ голову не приходитъ мысль объ отравленіи, частью потому, что онъ, наприм., знаетъ семейство, въ которомъ находился больной, частью потому, что домашніе обыкновенно выставляютъ какую-нибудь причину болѣзни, что, конечно, имѣетъ вліяніе на врача, такъ что онъ приступаетъ къ постели больного съ предвзятымъ уже взглядомъ на болѣзнь. Въ другихъ дѣлахъ трудность изслѣдованія объективнаго состава преступленія обуславливается самымъ случаемъ, по обстоятельствамъ котораго затруднительно рѣшить вопросъ: совершилось ли убійство, или самоубійство? Иногда смерть можно объяснить даже тройко: преступленіемъ, самоубійствомъ и естественною причиною. Въ отравленіяхъ изслѣдованіе часто бываетъ недостаточно еще потому, что свидѣтельскія показанія о болѣзненныхъ симптомахъ, не имѣвшихъ въ себѣ ничего поразительнаго, даются иногда спустя нѣсколько мѣсяцевъ, причемъ свидѣтель, не можетъ припомнить всѣхъ подробностей, а между тѣмъ онѣ-то имѣютъ громадное значеніе для экспертизы. Весьма часто изслѣдованіе бываетъ трудно, что преступникъ умышленно измѣняетъ положеніе трупа и даетъ ему такую обстановку, чтобы дѣло получило видъ самоубійства. Такія хитрости въ первый моментъ могутъ ввести въ заблужденіе. Напротивъ, въ другихъ случаяхъ, родственники самоубійцы, подъ вліяніемъ непреступныхъ, впрочемъ, побужденій, измѣняютъ положеніе и обстановку трупа, съ цѣлью придать происшествію видъ убійства. Окружающіе больного часто бываютъ его убійцами и обманываютъ другихъ людей, въ томъ числѣ и врача, ложнымъ описаніемъ болѣзненныхъ явленій. Истина нерѣдко страдаетъ оттого, что положеніе и обстановка трупа измѣняются подающими помощь и старающимися оживить умершаго. Это часто бываетъ въ случаѣ повѣшенія: подающіе помощь перерѣзываютъ веревку, снимаютъ ее съ шеи, между тѣмъ какъ положеніе повѣшеннаго и способъ прикрѣпленія веревки только и даютъ, въ такихъ случаяхъ, возможность рѣшить вопросъ, съ чѣмъ мы имѣемъ дѣло — съ убійствомъ, или самоубійствомъ? Во многихъ случаяхъ изслѣдованіе бываетъ неуспѣшно потому, что окружающіе больного, имѣя подозрѣніе въ отравленіи, скрываютъ это, однако, какъ можно долѣе отъ правосудія, щадя честь семейства. Иногда изслѣдователь истины лишается важныхъ фактовъ, вслѣдствіе непониманія важности ихъ, такъ, экскременты больного часто выбрасываются вонъ, а между тѣмъ они имѣютъ важное значеніе въ случаяхъ отравленія. Изслѣдованіе объективнаго состава преступленія можетъ не имѣть успѣха и потому, что трупъ, послѣ поверхностнаго его осмотра, позволяютъ хоронить, или потому—что онъ внѣ города попадаетъ въ руки сельскаго начальства, не имѣющаго понятія о важности тѣхъ или другихъ признаковъ. Наконецъ, во многихъ случаяхъ, правильное изслѣдованіе на первыхъ, а слѣдовательно — самыхъ важныхъ порахъ, страдаетъ отъ приглашенныхъ экспертовъ, не имѣющихъ необходимыхъ научныхъ свѣдѣній и навыка. Часто обдуцентъ ничего не знаетъ о признакахъ данной болѣзни, или принимаетъ трупныя явленія за признаки дѣйствовавшихъ причинъ смерти. Всѣ приведенныя со-

ображенія могутъ объяснить, почему такъ часто въ процессахъ, съ участіемъ медицинскихъ экспертовъ, слѣдствіе не имѣетъ полноты; необходимой для постановленія на судѣ правильнаго приговора. — Для того, чтобы изслѣдованіе объективнаго состава преступленія, при помощи медицинской экспертизы, было успѣшно, необходимо, чтобы предварительное слѣдствіе отвѣчало слѣдующимъ требованіямъ: 1) слѣдствіе должно начаться, по возможности, скоро послѣ извѣщенія о происшествіи. Медленность дѣлаетъ невозможнымъ наблюденіе настоящаго положенія *corpus delicti*, потому что многія обстоятельства, по прошествіи времени или же вслѣдствіе измѣненій въ обстановкѣ, теряютъ свое значеніе для раскрытія истины (наприм., положеніе трупа, оружія и т. д.). Въ случаяхъ, когда произведены какія-либо перемѣны въ обстановкѣ, необходимо сейчасъ же разслѣдовать первоначальное положеніе предметовъ, наприм., допросить свидѣтелей, видѣвшихъ первыми трупъ (ст. 330 Уст. Уг. Судопр. также объ этомъ заботится: судебный слѣдователь производитъ предварительный внѣшній осмотръ и составляетъ протоколъ... а равно о всѣхъ перемѣнахъ, происшедшихъ въ положеніи осматриваемыхъ предметовъ). 2) слѣдствіе должно производиться не односторонне и осторожно. Изслѣдователь долженъ обращать вниманіе какъ на факты, подтверждающіе совершеніе преступленія, такъ и на обстоятельства, опровергающія эту мысль, ибо эти послѣднія могутъ впоследствии, на судѣ, получить важное значеніе для защиты (того-же требуетъ и нашъ Уставъ: ст. 333 велитъ свѣдущимъ людямъ обращать вниманіе на всѣ признаки, «изслѣдованіе коихъ можетъ привести къ открытію истины»). 3) Всѣ открываемые факты должны быть отмѣчаемы для того, чтобы впоследствии, на судѣ, они могли имѣть значеніе судебныхъ доказательствъ; они должны быть такъ установлены, чтобы на нихъ могли ссылаться стороны (нечего и говорить о томъ, что нашъ Уставъ уг. судопр. объ этомъ заботится: ст. 344 говоритъ: «актъ осмотра, или свидѣтельство, передается отъ врача слѣдователю, если возможно, вслѣдъ за освидѣтельствованіемъ и никакъ не позже трехъ сутокъ»). По ст. 1748 Уст. Суд. медицины, актъ осмотра тѣла, свидѣтельство (*visum perertum*) есть обязательный отвѣтъ на сдѣланный присутственнымъ мѣстомъ запросъ, относительно всего того, что оказалось и открылось при осмотрѣ мертваго тѣла и отчего смерть послѣдовала). 4) Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ возстановленіе объективнаго состава преступленія требуетъ специальныхъ свѣдѣній, долженъ быть призванъ своевременно экспертъ. слѣдователь долженъ быть настолько знакомъ съ значеніемъ технического изслѣдованія, чтобы понимать, какія нужны мѣры предосторожности для успѣшнаго изслѣдованія (сбораніе и сохраненіе различныхъ веществъ, напр., экскрементовъ), какіе пункты должны быть подвергнуты научному изслѣдованію и что

необходимо для полноты послѣдняго (это очень важно, напр., въ случаяхъ отравленія, гдѣ весьма часто, по небрежности, не сохраняютъ частей тѣла, напр., печени, или же отдѣлений, напр., мочи, въ которыхъ, по новѣйшимъ изслѣдованіямъ, весьма часто открываютъ ядъ). Нельзя при этомъ не упомянуть, что слѣдователь долженъ быть непременно знакомъ какъ съ судебною медициною, такъ и съ химіей. Вслѣдствіе незнакомства съ этими науками, остаются часто неразслѣдованными весьма важные пункты, потому что, какъ показываетъ опытъ, многіе изъ экспертовъ не выходятъ изъ предѣловъ предлагаемыхъ имъ вопросовъ. Таковы условія успѣшнаго изслѣдованія объективнаго состава преступленія (Mittermaier, Gerichtssaal, Jahrg. 12). — Послѣ общихъ замѣчаній о значеніи экспертизы на предварительномъ слѣдствіи, обратимся къ подробностямъ дѣятельности экспертовъ въ этой стадіи уголовного процесса. Прежде всего вспомнимъ то, что нами сказано было выше о роли врача при медицинскомъ изслѣдованіи. Она совершенно самостоятельна: врачъ самъ производитъ медицинское изслѣдованіе, не подчиняясь при этомъ никакому чуждому вліянію. Его дѣятельность состоитъ въ исполненіи не отдѣльныхъ дѣйствій, по указанію слѣдователя, а въ цѣломъ и самостоятельномъ изслѣдованіи медицинскаго вопроса въ уголовномъ дѣлѣ. Это положеніе доказывается тѣми правами, которыми пользуются эксперты на предварительномъ слѣдствіи.

1. Экспертъ имѣетъ право ознакомиться съ тѣми свѣдѣніями, которыя уже собраны слѣдователемъ по данному дѣлу. Ст. 341 Уст. уг. судопр. говоритъ: «при производствѣ судебно-медицинскаго осмотра, судебный слѣдователь сообщаетъ врачу, по его требованію, тѣ изъ имѣющихся о мертвомъ тѣлѣ свѣдѣнія, которыя могутъ служить указаніемъ, на что врачъ долженъ при вскрытіи тѣла обратить вниманіе». Для успѣшнаго изслѣдованія, экспертъ долженъ непременно уяснить себѣ всѣ подробности дѣла. Приведенная статья даетъ эксперту возможность познакомиться съ содержаніемъ anteacta. Только въ ней нѣтъ указаній для рѣшенія вопроса: имѣетъ ли онъ право непосредственно обозрѣвать эти акты? Въ прежнее время, какъ юристы, такъ и медики много спорили объ этомъ вопросѣ. Извѣстные даже юристы отрицали право эксперта читать слѣдственные акты. Они такъ разсуждали: «къ чему эксперту знать всѣ обстоятельства дѣла? Что можно найдти при медицинскомъ изслѣдованіи, — они найдутъ, а намъ только это и нужно!». По всему видно, что юристы усердно заботились объ огражденіи безпристрастія судебного врача отъ предвзятыхъ мнѣній, могущихъ будто-бы образоваться при чтеніи слѣдственныхъ актовъ¹⁾. Но они при этомъ совсѣмъ забыли, что отъ эксперта требуется не только отчетъ о видѣнномъ, но и научное заключеніе, — послѣднее же можетъ образоваться только

¹⁾ Бухнеръ (Lehrbuch, S. 53): «Напрасный трудъ! Ужъ кто вслѣдствіе чтенія слѣдственныхъ актовъ можетъ отклониться отъ безпристрастной критики и обсужденія; кто, вслѣдствіе такого чтенія, подпадетъ вліянію предвзятаго мнѣнія, тотъ вообще не годится въ эксперты!».

при основательномъ знаніи всѣхъ обстоятельствъ даннаго случая. Въ настоящее время, вопросъ этотъ можетъ считаться совершенно поконченнымъ ¹⁾. И медики, и юристы совершенно согласны въ томъ, что экспертъ имѣетъ полное право читать слѣдственные акты. Такъ, Шауэнштейнъ (стр. 26) замѣчаетъ, что каковъ бы ни былъ объектъ, предложенный на обсужденіе врача, послѣдній всегда долженъ ознакомиться со всѣми подробностями даннаго случая прежде, чѣмъ подать свое мнѣніе. Если онъ надѣется извлечь какую-нибудь пользу изъ разсмотрѣнія судебныхъ актовъ, то онъ долженъ потребовать, чтобы они были ему сообщены, ибо часто обстоятельства, съ виду ничтожныя, для опытнаго и мыслящаго эксперта могутъ послужить важною точкой опоры и бросить яркій свѣтъ на тѣ или другія явленія, казавшіяся сначала совершенно непонятными. Беккеръ (Lehrbuch d. gerichtlichen Mediz. S. 14) прямо говоритъ: «опытъ давно показалъ, что запрещеніе экспертамъ читать письменное производство дѣла мѣшаетъ основательности ихъ заключеній». То же, въ другихъ только выраженіяхъ, заявляютъ Бухнеръ (Lehrbuch, S. 53) и Касперъ (Handbuch, S. 14). Съ своей стороны, и юристы, въ настоящее время, совершенно согласны съ приведенными мнѣніями судебныхъ медиковъ. Такъ одинъ изъ нихъ, Ягеманнъ (Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, V. II) замѣчаетъ, что современный практикъ даже не въ состояніи будетъ понять, какъ это ученые прежняго времени могли спорить о вопросѣ: слѣдуетъ ли дозволить прочтеніе слѣдственныхъ актовъ медику, приготовляющемуся дать научное заключеніе о дѣлѣ? Что касается нашего Уст. уг. судопр., то хотя въ немъ и не говорится о сообщеніи врачу слѣдственныхъ актовъ, а только «имѣющихся о мертвомъ тѣлѣ свѣдѣній», но нѣтъ никакого сомнѣнія, что дозволеніе медику прочесть протоколы слѣдствія едва ли составитъ нарушеніе закона. Такъ смотря на дѣло и практики: нѣтъ сомнѣнія, что, въ силу ст. 341, врачъ имѣетъ полное право на прочтеніе свѣдѣній, содержащихся въ дѣлѣ, такъ какъ при словесномъ сообщеніи ихъ слѣдователемъ могутъ укрыться такія мелкія обстоятельства, которыя для эксперта имѣютъ важное значеніе. Уже это право эксперта—знакомиться предъ медицинскимъ изслѣдованіемъ, съ обстоятельствами даннаго дѣла показываетъ, что его дѣятельность имѣетъ совершенно самостоятельный характеръ, что она состоитъ не въ отдѣльныхъ объясненіяхъ различныхъ явленій, а въ цѣльномъ изученіи и изслѣдованіи вопроса. Онъ знакомится съ дѣломъ и, смотря по обстоятельствамъ, даетъ то или другое направленіе своимъ зысканіямъ. Мысль эта представится еще рельефнѣе при дальнѣйшемъ изложеніи.

2. Свѣдущіе люди, производя освидѣтельствованіе, не должны упускать изъ виду и такихъ признаковъ, на которые слѣдователь не обратилъ вниманія, но изслѣдованіе которыхъ можетъ привести къ открытію истины

¹⁾ Масчка, В. I, р. 85, «прежніе споры о томъ, слѣдуетъ ли эксперту предоставлять право читать слѣдственные акты, давно кончены» въ смыслѣ положительномъ, конечно.

(ст. 333 Уст. уг. судопр.). Эта обязанность экспертовъ представляеть въ настоящемъ свѣтѣ ст. 332, по которой слѣдователь предлагаетъ свѣдущимъ людямъ словесно или письменно вопросы, подлежащіе ихъ разрѣшенію. Экспертъ, слѣд., по ст. 333, не связанъ, въ своихъ изысканіяхъ, вопросами, которые часто могутъ быть неполны, односторонни и даже нецѣлесообразны. Опытъ показываетъ, что вопросы, предлагаемые судьей медикамъ, часто не соотвѣтствуютъ особенностямъ даннаго случая, въ томъ видѣ, въ какомъ послѣднія представляются съ медицинской точки зрѣнія; еще чаще случается, что эти вопросы не исчерпываютъ предмета. Иначе, впрочемъ, и быть не можетъ, потому что для удовлетворительной постановки такихъ вопросовъ собственно необходимы спеціальныя свѣдѣнія. Врачъ обязанъ отнестись къ дѣлу самостоятельно. Приготовляясь къ званію судебного медика, онъ долженъ ознакомиться съ требованіями, для удовлетворенія которыхъ призывается правосудіемъ. Въ каждомъ уголовномъ дѣлѣ онъ долженъ понимать, что именно нужно узнать суду отъ него¹⁾. Впрочемъ, судебная медицина, во всѣхъ почти учебникахъ, давно уже излагается, согласно этой потребности. Свою систему она строитъ сообразно цѣли судебно-медицинскихъ изслѣдованій. Она располагаетъ свои ученія по юридическимъ вопросамъ, для рѣшенія которыхъ приглашаются эксперты. Въ каждомъ судебно-медицинскомъ ученіи опредѣляется главный пунктъ, изслѣдованіе котораго необходимо для судебныхъ цѣлей. Судебная медицина не самостоятельная наука, а совокупность естественно-научныхъ свѣдѣній въ примѣненіи къ различнымъ потребностямъ правосудія. Следовательно, ея содержаніе всегда будетъ опредѣляться характеромъ юридическихъ случаевъ. Такимъ образомъ, медикъ, занимающійся спеціально этою наукой, при самомъ ея изученіи, узнаеть, что именно нужно правосудію знать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Ему это во всякомъ случаѣ удобнѣе и легче узнать, чѣмъ слѣдователю на столько ознакомиться съ судебною медициною, чтобы предлагать врачу исчерпывающіе дѣло вопросы.—Все сказанное приводитъ къ убѣжденію, что врачъ не можетъ быть на столько стѣсняемъ вопросами слѣдователя, чтобы не имѣть права выходить изъ ихъ предѣловъ. Вотъ почему законъ и налагаетъ на него обязанность не упускать изъ виду и такихъ признаковъ, на которые слѣдователь не обратилъ вниманія, но изслѣдованіе коихъ можетъ привести къ раскрытію истины. Эта обязанность, такимъ образомъ, служитъ лучшимъ подтвержденіемъ мысли, что врачъ не исполнитель отдѣльныхъ только дѣйствій, предписываемыхъ судьей, а самостоятельный изслѣдователь медицинскихъ вопросовъ.

3. При производствѣ медицинскаго изслѣдованія эксперту необходимо предоставить право

¹⁾ Въ «Руководствѣ къ изученію судебной медицины» проф. Ш т о л я, Петербургъ, 1885, заслуживаетъ особеннаго вниманія изложеніе вопросовъ, которые должны быть предлагаемы эксперту юристомъ, по всѣмъ отдѣламъ судебной медицины.

дѣлать, кромѣ осмотра, еще и другія изслѣдованія, какъ, напр., допросы подсудимыхъ, свидѣтелей. Будетъ ли онъ это дѣлать непосредственно, или чрезъ слѣдователя,—это не измѣняетъ сущности дѣла. Нашъ законъ объ этомъ ничего не говоритъ. Но такое право на слѣдствіи едва ли можетъ подлежать сомнѣнію. Допросъ подсудимыхъ и свидѣтелей остается иногда даже единственнымъ матеріаломъ экспертизы, когда нѣтъ вещественныхъ предметовъ для медицинскаго изслѣдованія (напр., когда эти вещественные слѣды преступления исчезли, или же сдѣлались негодными къ изслѣдованію—напр., трупъ можетъ сдѣлаться негоднымъ для изслѣдованія вслѣдствіе сильнаго гніенія). Впрочемъ, во многихъ случаяхъ, даже при существованіи вещественныхъ предметовъ медицинскаго изслѣдованія, допросъ подсудимыхъ и свидѣтелей имѣетъ важное значеніе для врача. Возьмемъ, для примѣра, дѣтоубійство. Вотъ какія, напр., требованія предъявляетъ Шауэнштейнъ судебному врачу въ такихъ случаяхъ. «Допуская, говоритъ онъ (стр. 243), что изслѣдованіе подозрѣваемой вполнѣ доказало или, по крайней мѣрѣ, не опровергло предположенія, что она недавно родила,—задача эксперта этимъ еще далеко не выполнена; ему остается еще искуснымъ допросомъ обвиняемой... разъяснить себѣ, первые ли это были роды у обвиняемой, или же нѣтъ... онъ долженъ ознакомиться съ мѣстностью, гдѣ произошли роды, разузнать о положеніи, которое приняла родильница во время родовъ, обо всемъ ходѣ послѣднихъ, о томъ, вытекли ли предъ родами околоплодная вода, когда вытекли и не было ли кровотеченій, о томъ, что замѣтила мать на ребенкѣ, что она съ нимъ дѣлала и т. д.». Словомъ, экспертъ, по требованію Тарды (Арх. суд. мед. 1868. № 1. 15), долженъ: «опредѣлить физическія и нравственныя условія, въ которыхъ находилась женщина, обвиняемая въ убійствѣ, и не только самый фактъ и время родовъ, но и тѣ условія, при которыхъ совершились роды, и вліянія, которымъ могла подвергаться мать, убившая своего младенца, а также опредѣлить всѣ обстоятельства факта, относящіяся къ преступно употребленному способу, къ мѣсту, гдѣ совершено преступленіе, и къ различнымъ дѣйствіямъ, которыя за нимъ слѣдовали». Кратко: изслѣдованіе медика въ рѣдкихъ только случаяхъ можетъ ограничиться однимъ медицинскимъ осмотромъ. Для составленія основательнаго заключенія, онъ нуждается въ допросахъ подсудимаго и свидѣтелей, часто въ дополненіи слѣдствія. Какъ должны производиться такіе допросы, непосредственно ли экспертомъ, или чрезъ слѣдователя,—вопросъ чисто практическій. Едва ли можно считать удобнымъ допросъ чрезъ слѣдователя. Допросъ эксперта долженъ имѣть (напримѣръ, по отношенію къ подсудимому) скорѣе характеръ бесѣды, чѣмъ формальнаго предложенія вопросовъ. Но веденіе такой бесѣды чрезъ слѣдователя можетъ замедлить и затруднить дѣло. Конечно, можно требовать, чтобы допросъ эксперта производился въ присутствіи слѣдователя. Однако, и это требованіе, съ судебной точки зрѣнія совершенно справедливое, не всегда должно быть удовлетворяемо. Такъ, въ случаяхъ изслѣдованія душевнаго состоянія

подсудимаго, присутствіе слѣдователя можетъ вредить бесѣдѣ врача съ подлежащимъ его психіатрическому изслѣдованію подсудимымъ. Обращаясь къ выводу, который можно сдѣлать изъ представленныхъ правъ эксперта, замѣтимъ, что дѣятельность его на предварительномъ слѣдствіи, съ логической точки зрѣнія, вполне аналогична съ дѣятельностью слѣдователя. Онъ рѣшаетъ не отдѣльные вопросы, предлагаемые ему слѣдователемъ, а даетъ заключеніе о цѣломъ дѣлѣ, съ научной точки зрѣнія. Какъ и слѣдователь, онъ занимается изслѣдованіемъ факта, пользуясь при этомъ одними и тѣми же средствами: личнымъ осмотромъ и допросами подсудимаго и свидѣтелей. Изысканія врача и слѣдователя различаются не по степени самостоятельности, не по судебной цѣли, а только по сферамъ: первый изучаетъ дѣло съ научной стороны, второй—со стороны, подлежащей практическому юристу.

Итакъ, изъ обзора дѣятельности врача на предварительномъ слѣдствіи, можно и должно вывести слѣдующее положеніе: съ логической точки зрѣнія, экспертъ, на предварительномъ слѣдствіи, въ принадлежащей ему сферѣ явленій, производитъ такое же изслѣдованіе, какъ и слѣдователь въ своей.—Теперь намъ нужно рассмотреть дѣятельность эксперта на предварительномъ слѣдствіи, въ случаяхъ, когда изслѣдуется вопросъ о вѣроятности подсудимаго. Выше мы замѣтили, что ст. 353 уст. уг. судопр. имѣетъ самобытный характеръ, что она можетъ подать поводъ думать, что въ означенныхъ въ ней случаяхъ самъ слѣдователь производитъ психіатрическое изслѣдованіе, при участіи врача. Дѣйствительно, буквальный ея смыслъ можетъ внушить такую мысль. Вотъ что она говоритъ: «если на слѣдствіи окажется, что обвиняемый не имѣетъ здраваго разсудка или страдаетъ умственнымъ расстройствомъ, то слѣдователь, удостовѣривъ въ томъ, какъ чрезъ освидѣтельство обвиняемаго судебнымъ врачомъ, такъ и чрезъ разпросъ самого обвиняемаго и тѣхъ лицъ, коимъ ближе извѣстенъ образъ его дѣйствій и сужденій, передаетъ на дальнѣйшее разсмотрѣніе прокурора все производство по этому дѣлу, съ мнѣніемъ врача о степени безумія или умственнаго расстройства обвиняемаго». Такимъ образомъ, слѣдователь самъ удостовѣряется въ безуміи или умственномъ расстройствѣ обвиняемаго. Съ этою цѣлью онъ допрашиваетъ подсудимаго и свидѣтелей; на этотъ же конецъ онъ назначаетъ освидѣтельство чрезъ врача. Нельзя не признать, что, по смыслу этой статьи, самъ слѣдователь какъ бы является изслѣдователемъ вопроса, при участіи врача. Но спрашивается: насколько это рационально, цѣлесообразно? Можетъ ли слѣдователь, допросомъ обвиняемаго и свидѣтелей, изслѣдовать трудный психіатрической вопросъ? На сколько слѣдователь можетъ предлагать идущіе къ дѣлу вопросы? Можетъ ли слѣдователь на столько знать психіатрію, чтобы производить подобныя изслѣдованія? Не остается ли это право слѣдователя одною буквою закона, безъ живаго приложенія къ дѣйствительности? Всѣ эти вопросы очень легко разрѣшаются, какъ только мы обра-

тимъ вниманіе на условія, признаваемые знатоками психіатріи необходимыми для удовлетворительнаго изслѣдованія душевнаго состоянія подсудимаго. Первое средство, предоставленное закономъ слѣдователю для изслѣдованія душевнаго состоянія подсудимаго, есть распросъ послѣдняго. Но это средство можетъ принести пользу только въ рукахъ опытнаго психіатра, а никакъ не слѣдователя, свѣдѣнія котораго по психіатріи, при всемъ его желаніи, все таки могутъ быть только весьма поверхностнаго свойства. Пусть за насъ говоритъ въ этомъ случаѣ ученый, соединившій въ себѣ обширное знаніе судебной практики съ основательными психіатрическими свѣдѣніями. «Весьма важны и необходимы, говоритъ Миттермайеръ, личныя бесѣды эксперта-психіатра съ лицомъ, подлежащимъ его изслѣдованію. Всякій врачъ-психіатръ можетъ засвидѣтельствовать, что очень трудно изъ одного разговора получить основательныя данныя, на которыхъ можно было бы построить вѣрное заключеніе, такъ какъ врачъ легко можетъ быть введенъ въ заблужденіе, отчасти вслѣдствіе недовѣрія, съ которымъ больной часто принимаетъ врача, отчасти же потому, что нѣкоторые врачи приступаютъ къ разговору съ больными, съ предвзятымъ мнѣніемъ... Но очень и очень часто врача вводятъ въ заблужденіе спокойное поведеніе подсудимаго, выраженія его, которыя показываютъ, что онъ раскаивается въ совершенномъ имъ преступленіи, или сознаетъ незаконность его. Кромѣ того, опытъ показываетъ, что посредствомъ допросовъ подсудимыхъ слѣдователями, часто предлагающими замысловатые или подсказывающіе отвѣтъ вопросы, отнюдь не добываются свѣдѣнія, за вѣрность которыхъ можно было бы поручиться, но получается только извѣстное число фактовъ, на которыхъ, какъ на свѣдѣніяхъ, добытыхъ при слѣдствіи, врачъ основываетъ свое заключеніе. Наилучшимъ образцомъ для способа дѣйствій эксперта, занимающагося испытаніемъ умственныхъ способностей подсудимаго, можетъ служить способъ дѣйствій, котораго держится опытный врачъ дома умалишенныхъ, при изслѣдованіи душевнаго состоянія больного, при приѣмѣ его въ это заведеніе». Такимъ образомъ, распросъ подсудимаго, съ цѣлью опредѣлить его душевное состояніе, есть орудіе, дѣйствующее успѣшно только въ рукахъ опытнаго психіатра. Нѣтъ сомнѣнія, что распросъ слѣдователя въ этомъ случаѣ можетъ дать весьма мало матеріаловъ. Конечно, и слѣдователь можетъ убѣдиться, что обвиненный—безумный или сумасшедшій, если эти состоянія выражены въ самой рѣзкой, площадной формѣ. Но такія площадныя формы и не составляютъ вѣдь на практикѣ трудныхъ вопросовъ. Въ большинствѣ случаевъ слѣдователь будетъ имѣть дѣло съ состояніями, находящимися на рубежѣ вмѣняемости и невмѣняемости.—Второе средство, предоставленное закономъ слѣдователю, для опредѣленія душевнаго состоянія обвиняемаго, заключается въ допросѣ свидѣтелей. Конечно, во многихъ случаяхъ, свидѣтели могутъ дать весьма интересныя показанія. Нужно, однако, замѣтить, что показанія ихъ въ этихъ случаяхъ рѣдко

приносить существенную пользу. Вот что говорит Миттермайеръ (Friedreich's Blätter, 1863) о значеніи свидѣтельскихъ показаній въ подобныхъ случаяхъ: «Показанія свидѣтелей въ рѣдкихъ только случаяхъ даютъ хорошіе матеріалы для рѣшенія вопроса о душевномъ состояніи подсудимаго, и показанія эти слѣдуетъ отбирать съ большою осторожностью, ловкостью и опытностью. Свидѣтели, представляющіе свои наблюденія надъ подсудимымъ, обыкновенно не въ состояніи наблюдать факты, имѣющіе дѣйствительное значеніе. Незнакомые съ разными формами душевныхъ болѣзней, люди обыкновенно составляютъ себѣ извѣстное представленіе о томъ, каково должно быть поведеніе сумасшедшихъ; по ихъ мнѣнію, сумасшедшіе должны или болтать постоянно бессмысленно, или при каждомъ удобномъ случаѣ высказывать свои idées fixes, или же дѣлать тѣлодвиженія, свойственныя бѣшенымъ. Такъ какъ свидѣтели не знаютъ, какъ часто душевная болѣзнь постепенно развивается въ теченіе долгаго времени, то многія явленія, которыя опытный врачъ призналъ бы предвозвѣстниками или признаками послѣдовательно подвигающагося впередъ душевнаго недуга, они склонны относить на счетъ дурнаго характера подсудимаго, между тѣмъ какъ эти явленія—знаки болѣзни. Въ особенности, въ случаяхъ, когда человѣкъ страдаетъ ложными представленіями, свидѣтели склонны объяснять эти явленія причудами или фантазіей. Что вообще спросъ слѣдователемъ свидѣтелей, по вопросамъ психіатрическимъ, не можетъ принести пользы, а, напротивъ, даже вредъ, потому что свидѣтелей часто вводятъ въ заблужденіе руководящіе вопросы слѣдователя—въ этомъ можно убѣдиться, вспомнивъ, что судебные чиновники рѣдко бываютъ знакомы съ психіатріей». Все вышесказанное убѣждаетъ въ мысли, что слѣдователь не компетентенъ въ изслѣдованіи психіатрическихъ вопросовъ, что предоставляемая ему закономъ для этой цѣли средства не могутъ быть имъ употребляемы надлежащимъ образомъ. Единственный человѣкъ, могущій въ этомъ случаѣ принести пользу правосудію, есть психіатръ. Средства, которыя законъ предоставляетъ слѣдователю, если могутъ принести какую нибудь пользу, то только въ рукахъ спеціалиста. Вообще, для правильнаго изслѣдованія душевнаго состоянія подсудимаго, необходимо клиническое наблюденіе надъ послѣднимъ въ хорошо устроенномъ домѣ умалишенныхъ¹⁾). Медику нужно предоставить полную возможность для правильнаго научнаго изслѣдованія. Какъ ни мало даютъ свидѣтели, въ этихъ случаяхъ, но вопросъ, сдѣланный имъ медикомъ, можетъ добыть важные факты. Только врачъ и можетъ знать, какіе именно нужно предложить вопросы свидѣтелямъ и другимъ лицамъ, для опредѣленія прежняго состоянія подсудимаго.—Все сказанное о дѣятельности врача на предварительномъ слѣдствіи приводитъ насъ къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) какъ и слѣдователь, врачъ самостоятельно изслѣдуетъ истину; 2) онъ пользуется, для достиженія этой цѣли, такими же источни-

¹⁾ Въ настоящее время, и у насъ, эта мысль сдѣлалась уже общимъ состояніемъ людей образованныхъ.

ками достовѣрности, какъ и слѣдователь, т. е. осмотрами и допросами.—Обращаясь къ вышепоставленному вопросу: относится ли экспертиза къ системѣ уголовныхъ доказательствъ, мы отвѣтимъ другимъ вопросомъ: входитъ ли въ эту систему дѣятельность слѣдователя? «Конечно, могутъ отвѣтить,—входитъ, но настолько, насколько она добываетъ уголовныя доказательства. Сама же по себѣ, она, конечно, не входитъ въ систему доказательствъ!» То же самое можно сказать и объ экспертизѣ. Она настолько относится къ системѣ доказательствъ, насколько добываетъ послѣднія; но сама по себѣ она не доказательство, а изысканіе доказательствъ.—Далѣе. Но экспертъ, и на предварительномъ слѣдствіи, не ограничивается однимъ только изысканіемъ доказательствъ, а еще оцѣниваетъ ихъ, и эту оцѣнку излагаетъ въ видѣ «мнѣнія». На основаніи 344 ст. уст. уг. судопр., врачъ послѣ осмотра составляетъ актъ осмотра, или свидѣтельство. Что же такое актъ осмотра? Отвѣтъ даетъ уст. судебн. медиц. Въ стт. 1750—1754 послѣдняго находимъ подробное описаніе этого акта. Онъ раздѣляется на четыре части: а) введение, б) историческую часть, с) мнѣніе и d) заключеніе. Введеніе посвящается изложенію формальныхъ поводовъ медицинскаго изслѣдованія. Вторая часть должна содержать «описаніе всего хода изслѣдованія со всѣми оказавшимися въ томъ явленіями и признаками, въ такомъ точно порядкѣ, какъ они найдены, отличая обстоятельно то, что обнаружилось при настоящемъ изслѣдованіи отъ того, что извѣстно по рассказамъ постороннихъ лицъ, долженствующихъ тутъ же быть поименованными, или что открылось изъ присланныхъ по сему дѣлу формальныхъ бумагъ, съ показаніемъ нумера и страницы, гдѣ о томъ говорится». Въ этой части излагается, такимъ образомъ, матеріалъ, добытый медицинскимъ изслѣдованіемъ. На основаніи этого то матеріала и составляется третья часть акта,—мнѣніе, которое, по закону (ст. 1755 уст. суд. медиц.), должно быть основано на томъ, что дѣйствительно найдено при вскрытіи тѣла. Это мнѣніе должно быть мотивировано, должно быть подтверждаемо, какъ выражается законъ, «достаточными и ясными доказательствами, согласно правиламъ анатоміи, фізіологіи, патологіи и химіи, а также заключеніямъ, основаннымъ, если можно, на несомнѣнныхъ опытахъ и наблюденіяхъ классическихкихъ по сему предмету авторовъ». Наконецъ, въ четвертой части акта, въ заключеніи, врачъ удостовѣряетъ, что весь осмотръ составленъ по самой сущей справедливости и совѣсти, согласно правиламъ медицины и по долгу службы и присяги.—Такимъ образомъ, медицинское свидѣтельство имѣетъ характеръ мотивированнаго приговора, потому что экспертъ, на основаніи доказательствъ, приходитъ къ извѣстному заключенію. Въ этомъ отношеніи, дѣятельность его совершенно тождественна съ дѣятельностью судьи, принимающаго то или другое мнѣніе по дѣлу, на основаніи доказательствъ. Различіе между рѣшеніями судебнымъ и научнымъ можетъ быть выражено въ двухъ пунктахъ: а) они относятся къ различнымъ сферамъ, и б) судьи, въ правильно устроенномъ процессѣ, должны подать всегда рѣшительное мнѣніе, утвердитель-

ное или отрицательное (это, впрочемъ, происходитъ не отъ свойства матеріала, всегда допускающаго такое категорическое рѣшеніе, а отъ требованій уголовно-политическихъ: существовало же въ инквизиціонномъ процессѣ оставленіе въ подозрѣніи, существуетъ же и теперь въ Шотландіи вердиктъ *not proven!*); экспертъ же можетъ отвѣчать, что по даннымъ, у него имѣвшимся, онъ не можетъ придти къ рѣшительному заключенію. Въ ст. 1753 уст. суд. медиц. сказано: «поелику открытіе истины составляетъ главный предметъ стараній судебного врача, то, при составленіи осмотра, обязанъ онъ различать то, что никакому сомнѣнію не подлежитъ, отъ того, что только вѣроятно. Посему, онъ долженъ, въ сомнительныхъ случаяхъ, гдѣ обстоятельства дѣла не совершенно открыты, лучше признаться въ невозможности произнести рѣшительное заключеніе, нежели затемнять и запутывать дѣло неосновательнымъ мнѣніемъ». Но если принять во вниманіе, что въ большинствѣ случаевъ эксперты всегда встрѣчаютъ болѣе или менѣе важныя сомнѣнія, то придется признать, что эксперты, постановляя извѣстный научный приговоръ, какъ и судьи, весьма часто принимаютъ какое нибудь рѣшеніе, подъ давленіемъ необходимости составить немедленное заключеніе. Мѣсто для сомнѣнія всегда будетъ у эксперта; слѣдовательно, его приговоръ всегда будетъ приговоромъ, въ абсолютную истинность котораго онъ самъ не будетъ вѣрить, который онъ будетъ считать настолько истиннымъ, на сколько истина могла быть достигнута при извѣстныхъ условіяхъ. Словомъ, какъ судья, постановляющій приговоръ, въ большинствѣ случаевъ, можетъ сказать о своемъ приговорѣ: «я сдѣлалъ все, что могъ; я изучилъ дѣло; есть гораздо больше вѣроятій для предположенія, что подсудимый виноватъ, чѣмъ для предположенія его невиновности», такъ точно и экспертъ. Абсолютная истина существуетъ только для математическихъ принциповъ; для всѣхъ естественныхъ явленій, начала, изъ которыхъ мы исходимъ, и заключеніе, къ которому мы приходимъ, составляютъ только эмпирическія истины. Вотъ почему экспертъ, въ немногихъ только случаяхъ, можетъ придти къ гордой мысли, что его экспертиза вполнѣ достовѣрна, и вотъ почему его приговоръ есть приговоръ по мѣрѣ силъ и возможности. И эта черта экспертизы придаетъ эксперту характеръ судьи. И слова Фостена Эли: «*dans le for de leur conscience, les experts rendent un jugement, parce qu'ils apportent une solution de la difficulté qui leur est soumise...*» показываютъ, что онъ глубоко проникъ въ сущность экспертизы.—Переходимъ теперь къ разсмотрѣнію дѣятельности эксперта на слѣдствіи судебномъ.

б) Дѣятельность экспертовъ на слѣдствіи судебномъ. Цѣль судебного слѣдствія, какъ извѣстно, заключается не въ одной только повѣркѣ собранныхъ на предварительномъ слѣдствіи доказательствъ, но и въ самостоятельномъ изслѣдованіи истины. Что касается медицинской экспертизы въ этомъ отдѣлѣ процесса, то здѣсь или повѣряются медицинскія свидѣтельства, данныя на предварительномъ слѣдствіи (ст. 690 уст. уг. судопр.), или же производится новое освидѣтельствованіе или испытаніе чрезъ

избранныхъ судомъ или указанныхъ сторонами свѣдущихъ людей (ст. 692). Права, которыми могутъ эксперты пользоваться на судѣ, не опредѣлены въ подробностяхъ Уст. уг. судопр. Но у насъ имѣется одно кассационное рѣшеніе, важность котораго едва-ли нами преувеличена, если мы скажемъ, что оно представляетъ одно изъ замѣчательнѣйшихъ явленій въ нашей судебной практикѣ. Это рѣшеніе и должно служить основнымъ принципомъ при опредѣленіи правъ экспертовъ на судѣ. Оно посвящено, главнымъ образомъ, разъясненію ст. 692 уст. уг. судопр., въ которой сказано, что суду предоставлено право назначать и новыя освидѣтельствванія или испытанія чрезъ избранныхъ имъ или указанныхъ сторонами свѣдущихъ людей, съ тѣмъ, чтобы они производили свои дѣйствія въ засѣданіи суда, если это возможно, или, по крайней мѣрѣ, представили въ судебномъ засѣданіи обстоятельный отчетъ объ оказавшемся при освидѣтельствваніи или испытаніи. Правительствующій Сенатъ разъяснилъ, что, по буквальному смыслу этихъ законоположеній, судъ не стѣсняется ни въ назначеніи числа и избраніи свѣдущихъ людей, ни въ опредѣленіи срока наблюденія; что, затѣмъ далѣе, избраніе того или другаго способа и порядка освидѣтельствванія должно быть предметомъ особыхъ постановленій суда, послѣ тщательнаго ознакомленія со свойствами, важностью и условіями подлежащаго изслѣдованію событія или предмета. Далѣе въ кассационномъ рѣшеніи сказано, что отъ выбора приемовъ и свѣдущихъ людей зависятъ, въ большей части случаевъ, степень достовѣрности и значеніе осмотровъ и освидѣтельствваній, а потому суды, при распоряженіяхъ о назначеніи изслѣдованій, должны дѣйствовать съ особою предусмотрительностью и знаніемъ дѣла; но приемы ихъ въ такомъ только случаѣ могутъ подлежать повѣркѣ или отмѣнѣ, когда при установленіи ихъ прямо нарушены тѣ условія, которыя точно опредѣлены въ законѣ, или когда неуважены основанныя на этихъ законахъ заявленія сторонъ, предъявленныя своевременно въ засѣданіи суда (касс. рѣш. 1867. № 204). Согласно основнымъ началамъ, высказаннымъ въ этомъ рѣшеніи, въ нашей судебной практикѣ, установились слѣдующіе приемы при отображеніи медицинской экспертизы.

1. Призываемымъ въ судебное засѣданіе экспертамъ представляется право читать письменное производство дѣла. Это право экспертовъ, послѣ сдѣланныхъ уже выше замѣчаній нашихъ, не требуетъ доказательствъ. Но помимо того, это право признано сенатомъ. Въ касс. рѣш. 1868, № 945, по дѣлу Алексѣева, мы читаемъ: «предъявленіе доктору Беркуту подлиннаго производства имѣло связь съ даннымъ ему порученіемъ составить заключеніе о состояніи умственныхъ способностей Алексѣева, во время совершенія преступленія, для чего ему необходимо было познакомиться съ обстоятельствами, сопровождавшими его; такое дѣйствіе суда правительств. сената не можетъ признаться противозаконнымъ, тѣмъ болѣе, что и указываемая подсудимымъ 570 ст. Уст. уг. судопр. не содержитъ въ себѣ на этотъ счетъ положительнаго воспрещенія; притомъ пра-

вительствъ. сенатъ призналъ правильнымъ и то соображеніе суда, изложенное въ рапортѣ, что если въ извѣстныхъ случаяхъ судебные слѣдователи, произведшіе предварительное слѣдствіе, могутъ быть приглашаемы въ судъ для объясненія произведеннаго ими свидѣтельствствованія (ст. 690), то нѣтъ основанія не допускать и экспертовъ къ прочтенію актовъ предварительнаго слѣдствія».

2. Эксперты имѣютъ право присутствовать при производствѣ судебного слѣдствія. Цѣль предоставленія такого права слишкомъ очевидна, чтобы объ этомъ долго говорить: эксперту необходимо ознакомиться, для дачи заключенія, со всѣми обстоятельствами даннаго случая. Это право экспертовъ составляетъ уже теперь твердое правило нашей судебной практики, правило, не нуждающееся въ доказательствахъ. При производствѣ судебного слѣдствія эксперты вправѣ обозрѣвать вещественныя доказательства, имѣющія значеніе для разрѣшенія медицинскихъ вопросовъ въ дѣлѣ; это правило судебной практики также не нуждается въ доказательствахъ. Далѣе. Экспертамъ нужно предоставить и право предлагать свидѣтелямъ вопросы, чрезъ предсѣдателя. Мы сказали: «нужно». На практикѣ, предсѣдатели обыкновенно и предоставляютъ экспертамъ это право. Но сенатъ не освятилъ этого дозволенія. Въ касс. рѣш. 1868, № 944, читаемъ: «изъ протокола видно, что одинъ изъ экспертовъ спросилъ предсѣдателя, вправѣ ли эксперты предлагать свидѣтелямъ вопросы, касающіеся психиатрическихъ предметовъ; по этому поводу прокуроръ замѣтилъ, что онъ находитъ это возможнымъ, а защитникъ заявилъ, что онъ находитъ это не только возможнымъ, но и необходимымъ; вслѣдствіе этого судъ постановилъ: дозволить экспертамъ предлагать свидѣтелямъ вопросы, чрезъ предсѣдателя. Въ объясненіи суда по этому поводу изложено, что экспертъ былъ допущенъ къ допросу свидѣтеля, послѣ согласія на то сторонъ, при чемъ судъ руководствовался тѣмъ соображеніемъ, что порядокъ, указанный въ Уст. уг. судопр. для допроса свидѣтелей, не можетъ быть буквально примѣненъ къ экспертамъ, такъ-какъ цѣль призыва тѣхъ и другихъ не одинакова: свидѣтели приглашаются для изложенія показанія о всемъ видѣнномъ и слышанномъ ими до судебного слѣдствія, между тѣмъ какъ эксперты обязаны представить не только отчетъ о произведенномъ ими освидѣтельствствованіи, но въ иныхъ случаяхъ вывести заключение о видѣнномъ и слышанномъ на судѣ. Въ этихъ видахъ ограниченіе экспертовъ простымъ дозволеніемъ выслушать показанія свидѣтелей не только не соотвѣтствовало бы цѣли ихъ присутствія на судѣ, но, по мнѣнію суда, могло бы вредно повліять на самое заключеніе, для котораго необходимо всестороннее обсужденіе данныхъ, представленныхъ судебнымъ слѣдствіемъ. Правит. сенатъ, съ своей стороны, не можетъ признать этихъ соображеній правильными. Напротивъ того, хотя въ законѣ не содержится положительнаго воспрепятствованія экспертамъ предлагать свидѣтелямъ вопросы, но ни въ 694 и 695 ст. Уст. уг. судопр., опредѣляющихъ порядокъ допроса экспертовъ, ни въ 720 — 725 ст., въ коихъ говорится о порядкѣ допроса свидѣтелей, не упоминается о томъ, чтобы свидѣ-

телямъ могли быть предлагаемы вопросы къмъ-либо другимъ, кромѣ сторонъ, членовъ суда и присяжныхъ засѣдателей. На основаніи этихъ законовъ, нельзя признать правильнымъ предоставленіе экспертамъ права предлагать вопросы и чрезъ предсѣдателя, какъ это было при разсмотрѣніи настоящаго дѣла, такъ-какъ предсѣдатель, не выслушавъ еще заключенія эксперта, въ большинствѣ случаевъ, не будетъ имѣть возможности оцѣнить необходимость предложенія того или другого вопроса. Установленный закономъ порядокъ допроса экспертовъ состоитъ въ томъ, что они должны подробно излагать свое заключеніе, которое потребуется отъ нихъ судомъ, и если при этомъ встрѣтятся какое-либо недоразумѣніе, относительно того или другого обстоятельства, и не могутъ, вслѣдствіе этого, дать правильное заключеніе, то должны заявить объ этомъ суду, и, затѣмъ, встрѣтившееся затрудненіе должно быть разъяснено не по ихъ инициативѣ, а по инициативѣ предсѣдателя или сторонъ, и тогда уже, по выслушаніи заключенія эксперта, и предсѣдателя, и стороны будутъ имѣть возможность произвестъ допросъ свидѣтеля, если таковой представится необходимымъ». Впрочемъ, въ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ Сенатъ (касс. рѣш. 99/5 Шариновъ и друг.) призналъ, что вообще эксперты должны предлагать вопросы свидѣтелямъ чрезъ предсѣдателя, но когда допросъ свидѣтеля касается спеціальнаго предмета, предсѣдатель можетъ признать болѣе удобнымъ предложить экспертамъ самимъ формулировать вопросы, и предлагать ихъ свидѣтелямъ (76/160 Бессера, 99/5 Шаринова). Замѣтивъ предварительно, что правительствующій сенатъ не отнялъ этимъ рѣшеніемъ у экспертовъ возможности пополнять свои свѣдѣнія допросомъ свидѣтелей, скажемъ, что мы рѣшительно не можемъ согласиться съ тѣмъ порядкомъ допроса, который устанавливается этимъ рѣшеніемъ. Прежде всего нужно сказать, что нѣтъ ни одной статьи, которая запрещала бы эксперту предлагать, на судебномъ слѣдствіи, чрезъ предсѣдателя, вопросы свидѣтелямъ. Правда, въ законѣ нѣтъ и прямого на то дозволенія. Но въ Уст., напр., нѣтъ дозволенія экспертамъ читать подлинное производство дѣла, однако, это разрѣшено сенатомъ (касс. р. 1868, № 944). Такихъ случаевъ, когда сенатъ дозволяетъ то, что прямо не воспрещено Уставомъ, можно было бы привести не мало. Но кромѣ того, въ важномъ, приведенномъ нами выше, касс. р. 1867 г., № 204, сенатомъ разъяснено, что судъ не стѣсняется въ выборѣ приемовъ экспертизы, и что приемы, судомъ принятые, тогда только могутъ подлежать повѣркѣ и отмѣнѣ, когда, при установленіи ихъ, прямо нарушены тѣ условія, которыя точно опредѣлены въ законѣ... Но развѣ въ Уставѣ гдѣ-нибудь сказано прямо, что эксперты не имѣютъ права предлагать свидѣтелямъ вопросы? Противъ этого могутъ возразить: «но, руководствуясь принципомъ, что все, не запрещенное закономъ, можетъ быть дозволено, вы можете потребовать предоставленія экспертамъ и такихъ правъ, которыхъ имъ уже ни въ какомъ случаѣ дать нельзя». На это мы отвѣтимъ, что дозволеніе незапрещеннаго закономъ имѣетъ естественные и дозволено точные предѣлы, съ одной стороны, въ функціи экспертовъ, а съ другой — въ исключительныхъ правахъ другихъ, участвующихъ

щихъ въ процессѣ, лицъ. — Обращаясь, затѣмъ, къ разбору установленнаго сенатомъ порядка предложенія свидѣтелю вопросовъ, въ отвѣтахъ на которые нуждается экспертъ, для дачи своего заключенія, мы должны замѣтить, что порядокъ этотъ не можетъ быть признанъ удовлетворительнымъ. Его нельзя считать удовлетворительнымъ, потому-что онъ ставитъ эксперта въ очень затруднительное положеніе: послѣдній долженъ приступать къ изложенію заключенія, нуждаясь еще въ разрѣшеніи нѣкоторыхъ вопросовъ свидѣтелями. Положеніе эксперта, при такихъ условіяхъ, едва ли можетъ благоприятствовать основательности заключенія. Не имѣя права на полученіе своевременныхъ отвѣтовъ отъ свидѣтелей, онъ до самаго момента представленія своего научнаго мнѣнія часто не въ состояніи будетъ составить себѣ опредѣленное убѣжденіе. Далѣе. Предоставленіе суду права оцѣнивать необходимость извѣстнаго вопроса свидѣтелю, предложеннаго экспертомъ, равносильно предоставленію суду права оцѣнивать значеніе того или другого факта для научнаго приговора эксперта. Но такое право суда не можетъ быть доказано ни съ точки зрѣнія закона, ни съ точки зрѣнія науки. — Приведенное касс. рѣш. не можетъ, однако, имѣть неблагоприятныхъ послѣдствій для судебной практики, такъ-какъ оно парализуется тѣмъ касс. рѣш., въ которомъ сказано, что тѣ только приемы экспертизы подлежатъ отмѣнѣ, которые прямо нарушаютъ законъ¹⁾. А такъ какъ предложеніе экспертами вопросовъ свидѣтелямъ, чрезъ предсѣдателя, не при изложеніи заключеній, а во время судебного слѣдствія, не нарушаетъ никакаго закона, то оно и не можетъ быть достаточнымъ поводомъ кассации. Кромѣ того, изъ касс. рѣш. 1868 г., № 944, и 1869 г., № 298, видно, что предоставленіе экспертамъ права допрашивать свидѣтелей и подсудимыхъ (при объясненіи предсѣдателемъ послѣднимъ ихъ права не отвѣчать на вопросы) правительствующимъ сенатомъ не признается достаточнымъ поводомъ кассации, если защитникъ своевременно не возражалъ противъ такого предоставленія²⁾.

3. Экспертамъ предоставлено право совѣщаться предъ дачею заключеній. Это право нѣсколько разъ подтверждено сенатомъ, при чемъ онъ пояснилъ, что совѣщаніе между экспертами не противно закону и должно быть признано очень полезнымъ средствомъ для разъясненія истины. Въ касс. рѣш. 1869 г., № 298, читаемъ: «Правительствующій сенатъ (по дѣлу Протопопова, 1867, № 203) объяснилъ, что судъ не стѣсняется въ выборѣ обрядовъ и приемовъ... (для экспертизы). Къ числу же упомянутыхъ въ этомъ рѣшеніи приемовъ нельзя, конечно, не отнести и допущенное тифлисскою судебною палатою совокупное совѣщаніе вызванныхъ ею экспертовъ...» Это право экспертовъ совѣщаться имѣетъ свое законное основаніе и въ Уставѣ судебной

¹⁾ Ср., впрочемъ, касс. рѣш. 1869 г., № 298.

²⁾ Вслѣдствіи, касс. Сенатомъ признано (касс. рѣш. 71/1399, 75/416, 76/160), что когда допросъ свидѣтеля касается спеціальнаго предмета, то предсѣдатель можетъ признать болѣе удобнымъ предложить самимъ экспертамъ формулировать вопросы и предлагать ихъ свидѣтелямъ (99/5 Шариновъ и др.).

медицины, ст. 1748, въ которой сказано: «буде при вскрытіи найдется еще другой врачъ, то они обязаны дать свидѣтельство по общему сужденію и согласію. Въ семъ случаѣ, оба они должны оное подписать».

4. Наконецъ, экспертамъ дано право представлять свое заключеніе не каждымъ порознь, а однимъ отъ лица всѣхъ производившихъ одну и ту же экспертизу. Въ касс. рѣш. 1868, № 575, читаемъ: «возражая противъ представленія экспертами своего заключенія не каждымъ порознь, а отъ всѣхъ лицъ, производившихъ одну и ту же экспертизу, подсудимый ссылается на 699 ст. Уст. уг. судопр., относящуюся къ свидѣтелямъ, и упускаетъ изъ виду, что, по словамъ закона, относящагося собственно къ экспертамъ, они представляютъ свое заключеніе и затѣмъ разрѣшаютъ вопросы, имъ предлагаемые (ст. 694), но при этомъ вовсе не требуется, чтобы они давали свое заключеніе порознь». — Сдѣланныхъ выписокъ изъ кассационныхъ рѣшеній совершенно достаточно для того, чтобы показать, какой характеръ получила, въ нашей судебной практикѣ, дѣятельность экспертовъ на судѣ. Сущность этой дѣятельности, съ логической точки зрѣнія, ничѣмъ не отличается отъ дѣятельности присяжныхъ. Въ самомъ дѣлѣ, въ чемъ заключается дѣятельность присяжныхъ на судѣ? Они изучаютъ доказательства и, на основаніи этого матеріала, постановляютъ свой приговоръ. Они присутствуютъ при производствѣ судебного слѣдствія, выслушиваютъ свидѣтелей, обозрѣваютъ вещественныя доказательства, предлагаютъ, чрезъ предсѣдателя, допрашиваемымъ лицамъ вопросы, совѣщаются и, наконецъ, даютъ вердиктъ. Точно также и эксперты: они тоже присутствуютъ при производствѣ судебного слѣдствія, выслушиваютъ свидѣтелей, обозрѣваютъ вещественныя доказательства, предлагаютъ (въ томъ или другомъ порядкѣ, но все таки предлагаютъ) допрашиваемымъ лицамъ вопросы, совѣщаются и даютъ свой научный вердиктъ. Конечно, эксперты вращаются въ специальной сферѣ; матеріалъ, изъ котораго они строятъ свой приговоръ, только имъ вполне и понятенъ. Но потому-то и приговоръ ихъ—приговоръ научный. Противъ сравненія экспертовъ съ присяжными высказываются нѣкоторые юристы, въ томъ числѣ и Миттермайеръ (Gerichtssaal, 1861): «Es ist ein grosser Irrthum wenn man oft behauptet, dass der Geschworne und der Sachverständige eigentlich in der nämlichen Lage sind und dieser in Sachen der Technik, als Geschworne, seinen Ausspruch giebt. Man überzeugt sich leicht, dass beide eine ganz verschiedene Stellung haben. Der Geschworne ist durch seinen Eid gebunden auszusprechen, ob ein ihm vorgelegter Beweis ihn vollständig überzeugt. Der wissenschaftliche Forscher ist nicht auf diese Art gebunden, er fasst das Ganze der ihm bekannten wissenschaftlichen Forschungen auf, unter den viele zuverlässige, aber auch viele noch sicher bestrittene sich befinden und kommt dann nach Erwägung aller Gründe zum Aussprechen seiner Meinung, die der gewissenhafte Sachverständige nicht als absolute Wahrheit

ausgiebt, wo er vielmehr nur erklärt, dass er nach sorgfältiger Prüfung einer gewissen Meinung den Vorzug giebt, weil dafür überwiegende Gründe sprechen».

Но такъ же точно дѣйствуетъ и присяжный: изъ различныхъ, напр., свидѣтельскихъ показаній онъ отдаетъ предпочтеніе одному какому нибудь, не потому, что онъ признаетъ это показаніе абсолютно-достовернымъ, а потому—что есть основаніе считать его наиболѣе правильнымъ. Если Миттермайеръ, въ приведенной цитатѣ, хотѣлъ выразить, что экспертъ не обязанъ отвѣчать категорически, то и присяжные, напримѣръ, въ Шотландіи, также не принуждаются къ такому отвѣту и могутъ отвѣчать: «не доказано». Въ тѣхъ же мѣстахъ, гдѣ такого вердикта не существуетъ, присяжные замѣняютъ его приговоромъ оправдательнымъ. Самъ Миттермайеръ, въ той же статьѣ, доказываетъ, что въ приговорѣ присяжныхъ—«невиновенъ» весьма часто содержится такой смыслъ: «мы не убѣждены въ виновности подсудимаго, мы сомнѣваемся». Такимъ образомъ, въ сущности, положеніе эксперта вполне тождественно съ положеніемъ присяжнаго, и мы не видимъ между этими дѣятелями другаго различія, кромѣ того, которое можетъ быть отнесено на счетъ свойства явленій, подлежащихъ ихъ обсужденію.—Теперь рассмотримъ возраженія, которыя могутъ быть сдѣланы противъ взгляда на эксперта, какъ на судью. Эти возраженія могутъ быть различнаго свойства. На первомъ планѣ можно помѣстить возраженія формальныя, напримѣръ, въ родѣ слѣдующаго:—«Вы называете эксперта судьей, доказываете это правами его въ процессѣ; но при этомъ совершенно забываете, что уставъ уг. судопр. нигдѣ не называетъ эксперта судьей»¹⁾. Противъ этого мы можемъ представить слѣдующее объясненіе: «Вы прикасаетесь къ моей идеѣ руками юриста-формалиста. Конечно, уставъ нигдѣ не называетъ эксперта судьей. Онъ даетъ только неизвѣстный *x*. Значеніе этого *x* нужно опредѣлить. Опредѣлить можно только такимъ путемъ: разсмотрѣть дѣятельность этого *x* и потомъ рѣшить, съ какимъ дѣятелемъ въ процессѣ его правильнѣе всего можно сравнять? Права этого *x* закономъ не опредѣлены въ подробностяхъ. Слѣдовательно, нужно посмотрѣть, какъ устроила практика положеніе этого *x* въ судѣ. Но мы видимъ, что на практикѣ онъ приобрѣлъ всѣ тѣ права, какія даны присяжнымъ для изслѣдованія истины. Далѣе. Логическая сущность дѣятельности эксперта ничѣмъ не отличается отъ логической сущности дѣятельности присяжнаго. На этомъ основаніи и сдѣланъ выводъ, который мы теперь и защищаемъ отъ возможныхъ возраженій».—«Но, продолжается возраженіе, хотя эксперты и приобрѣли на практикѣ многія права, аналогичныя съ правами присяжныхъ, но эта же практика не считаетъ ихъ судьями». На это я отвѣчу: «Отличительное свойство практики состоитъ въ томъ, что, не сознавая часто основнаго принципа, въ силу котораго дѣйствуетъ, она, однакоже, очень послѣдовательно выводитъ послѣдствія изъ

¹⁾ Обще-Герм. Уставъ уг. Судопроизводства въ § 74 говорить: «Экспертъ можетъ быть отводимъ по тѣмъ же причинамъ, что и судья».

этого принципа. Последовательность происходит оттого, что принцип воплощает в себя какую нибудь потребность, потребность чувствуется, влечет в жизни известные последствия, практика ими пользуется, совершенно не заботясь о философском сведении всех последствий к одной основной причине». — «Но оставим, скажете вы, формальные возражения, и возьмемся за материальные. И вот вам первое возражение: вы утверждаете, что эксперт не свидетель, и доказываете это тем, что свидетель дает факты, а эксперт — мнения. Хорошо. Но все же эксперт свидетель, потому что все таки он свидетельствует о том, что он видел, или о том, что наука говорит по данному вопросу». Возражаю: «В таком случае и присяжные свидетели, потому что они, например, осматривают место совершения преступления (ст. 689 уст. уг. судопр.) и таким образом, являются свидетелями фактов, на которых строят свой приговор. Они наблюдают поведение подсудимаго на суд и выводят свои заключения и т. д.» — «В таком случае, продолжаю мой противник, мы делаем вам самое сильное возражение, которое, пожалуй, пошатнет всю вашу теорию. В вашем рассуждении вы устанавливаете следующее различие между свидетелем и экспертом. Первый, говорите вы, представляет факты, второй — мнения. Но при этом вы делаете замечание: факт и мнение различаются не в сущности, не потому, что факт будто бы результат простого ощущения, а мнение плод — мысли, есть: и то, и другое, оба — суждения; но различие между ними в степени достоверности. Следовательно, и эксперт — свидетель, но только его показание не столь достоверно, как показание обыкновенных свидетелей. Но все же он свидетель, хотя и не такой достоверный, как другие». Возражаю: «Когда мы строим какую нибудь теорию в области юриспруденции, то мы должны пользоваться понятиями, выработанными в жизни. Жизнь провела резкую границу между двумя понятиями — фактом и мнением. Граница эта проведена не напрасно: между ними, действительно, есть важное различие, которое уже указано выше. В течении веков, принято называть свидетелем лицо, излагающее на суд факты. Вследствие такой идеи свидетели получили особенное положение на суд, и практика выработала особые критерии для оценки их показаний. Когда же видим, что в категорию свидетелей хотя бы внесли и экспертов, мы против этого возражаем и утверждаем, что эксперт дает не факты, а мнения. Мнением мы называем показание эксперта не только потому, что данное явление весьма часто не может быть вообще (объективно, в науке) признано фактом, а еще и потому, что присяжные и судьи, не специалисты, получают сведения об этом явлении из рук различных ученых, между которыми могут попадаться, например, и такие, которым многие научные факты вовсе неизвестны, или же не так известны, как следует. Далее. Научное распознавание какого нибудь явления само по себе есть дело знания, а знание, по крайней мере, в XIX веке, часто спорно; отсюда различные ученые могут различно думать об одном и том же предмете, несколько не впадая в

абсурдъ; отсюда получаются различныя мнѣнія. Мало того, разногласіе можетъ имѣть мѣсто не только въ истолкованіи явленія, но и въ самомъ установленіи его». — «Да, отвѣтите мнѣ противникъ, но и свидѣтели могутъ впасть въ разногласіе: по показанію одного свидѣтеля, въ данномъ мѣстѣ, въ данное время, стоялъ человѣкъ высокаго роста, а по показанію другаго—этотъ человѣкъ вовсе не былъ высокаго роста, а, напротивъ, низкаго. Вотъ вамъ и разногласіе». Возражаю: «разногласіе дѣйствительно есть, но оно указываетъ только на то, что или одинъ свидѣтель лжетъ, или что даже оба лгутъ. Почему? Потому что самый предметъ показаній, по существу своему, не можетъ вызвать разногласія. Каждому человѣку извѣстна та мѣра, которая въ обыкновенной жизни опредѣляетъ представленіе о высокомъ или низкомъ ростѣ. Въ сферѣ же научныхъ явленій, для многихъ предметовъ, еще нѣтъ такихъ точныхъ критеріевъ, какими владѣютъ свидѣтели въ сферѣ явленій, составляющихъ предметъ ихъ показаній». — «Съ вашимъ возрѣніемъ, продолжаетъ мой противникъ, что эксперты—судьи, связано то, что вы не признаете экспертизы уголовнымъ доказательствомъ. Но это даже странная мысль! Какъ же она не доказательство, когда на ней судъ строить уголовный приговоръ? Вѣдь доказываетъ же что нибудь экспертиза? Слѣдовательно, она доказательство! И должна быть внесена въ систему доказательствъ». Возражаю: «Конечно, экспертиза что нибудь доказываетъ, но все таки она не уголовное доказательство, въ техническомъ значеніи этого слова. Для выясненія этой мысли представлю примѣръ. Вердиктъ присяжныхъ—вы съ этимъ, конечно, согласитесь—не есть уголовное доказательство и никогда, нигдѣ и никѣмъ не былъ вносимъ въ систему уголовныхъ доказательствъ. А между тѣмъ вердиктъ присяжныхъ, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, тоже служитъ уголовнымъ доказательствомъ. И, прежде всего, онъ служитъ для суда, постановляющаго приговоръ, доказательствомъ виновности подсудимаго. Улож. о нак. уг. и исправ. говоритъ: «Наказаніе за преступленіе... можетъ быть опредѣлено тогда только, во первыхъ, когда содѣяніе преступленія... несомнѣнно доказано». На основаніи 754 ст. уст. уг. судопр., вопросъ о томъ, совершилось ли событіе преступленія—постановляется въ видѣ отдѣльнаго вопроса, когда возбуждено сомнѣніе въ томъ, что событіе преступленія дѣйствительно совершилось. Попросите судъ, на основаніи приведенныхъ статей, поставить присяжнымъ такой вопросъ: доказано ли несомнѣнно, что событіе такого то преступленія совершилось?—судъ вамъ откажетъ и будетъ такъ мотивировать свой отказъ: «слово «н е с о м н ѣ н н о» не можетъ быть внесено въ вопросъ, потому что отвѣтъ присяжныхъ на вопросъ о событіи преступленія самъ по себѣ служитъ для суда несомнѣннымъ доказательствомъ. Далѣе. Прежняя судимость подсудимаго считается хотя и не прямымъ уголовнымъ доказательствомъ, но все таки уликой. Но развѣ изъ этого слѣдуетъ, что судебный приговоръ есть уголовное доказательство, въ техническомъ значеніи этого слова? Конечно, нѣтъ. C'est le délit qui crée les témoins, c'est le juge, qui choisit les experts, говоритъ Ф. Эли. Уголовныя доказательства, скажу я,

создаются преступленіемъ; эксперты же призываются судьей. То-есть: экспертъ оцѣниваетъ обстоятельства дѣла, эти обстоятельства и суть доказательства». Далѣе могутъ мнѣ сдѣлать слѣдующее возраженіе: — «Экспертъ не судья, а истолкователь извѣстныхъ, непонятныхъ для судей, обстоятельствъ дѣла. Онъ помогаетъ имъ въ уразумѣніи этихъ обстоятельствъ. Эта мысль можетъ быть доказана Уст. уг. суд., ст. 325, гласящею: «Свѣдущіе люди приглашаются въ тѣхъ случаяхъ, когда для точнаго уразумѣнія встрѣчающагося въ дѣлѣ обстоятельства, необходимы спеціальныя свѣдѣнія или опытность въ наукѣ, искусствѣ, ремеслѣ или какомъ-либо занятіи». Такимъ образомъ, свѣдущіе люди вовсе не судьи, а истолкователи обстоятельствъ дѣла, нѣчто въ родѣ толмачей. Они переводятъ непонятное нарѣчіе обстоятельствъ дѣла на понятный для присяжныхъ языкъ. Что вы противъ этого можете сказать? «Отвѣчаю: очень много. Прежде всего я признаю, что ваше возраженіе имѣетъ силу по отношенію къ экспертизѣ, основанной на свѣдѣніяхъ, почерпаемыхъ изъ искусства, ремесла, промысла или какого нибудь занятія. Но оно не имѣетъ никакой силы въ отношеніи экспертизы, основывающейся на началахъ, добываемыхъ изъ цѣлаго ряда обширныхъ и спеціальныхъ наукъ. Я вообще раздѣляю свѣдущихъ людей на два разряда: на экспертовъ научныхъ и ненаучныхъ¹⁾. Ваше опредѣленіе понятія эксперта отчасти годится для свѣдущихъ людей второй категоріи. Ненаучная экспертиза, дѣйствительно, есть простое истолкованіе. Послѣднее здѣсь возможно и можетъ быть сдѣлано съ успѣхомъ, потому что судьи и присяжные въ состояніи понимать дѣло. Отсюда слѣдуетъ: коль-скоро истолкованіе ненужно, потому, напримѣръ, что самъ судъ, безъ объясненій свѣдущихъ людей, въ состояніи понять дѣло, онъ можетъ постановить приговоръ и не отобразъ экспертизы, какъ совершенно ненужной. Въ нашей кассационной практикѣ отчасти проглядываетъ эта идея. Слѣдующія выписки изъ кассационныхъ рѣшеній могутъ подтвердить это положеніе. Касс. рѣш. 1867, № 123: «для распознанія фальшивыхъ кредитныхъ билетовъ, судьи могутъ положиться на собственное усмотрѣніе... при грубой поддѣлкѣ, бросающейся въ глаза; во всѣхъ же прочихъ случаяхъ они должны имѣть въ виду удостовѣреніе экспедиціи заготовленія государственныхъ бумагъ, по крайней мѣрѣ, удостовѣреніе такого свѣдущаго лица, какъ казначей». Касс. рѣш. 1867, № 248: «Хотя при разбирательствѣ дѣла, въ мировыхъ сѣздахъ, законъ обязываетъ сѣзды, въ тѣхъ случаяхъ, когда, для точнаго уразумѣнія встрѣчающагося въ дѣлѣ обстоятельства, необходимы спеціальныя свѣдѣнія, приглашать для осмотровъ свѣдущихъ людей, но въ дѣлахъ о нарушеніи питейныхъ уставовъ чрезъ неправильную продажу напитковъ неклеименными мѣрами, мировой сѣздъ, сличивъ эти мѣры съ тѣми, которыя пришлетъ акцизное управленіе, можетъ затѣмъ и не дѣлать особой повѣрки найденныхъ неклеименныхъ мѣръ чрезъ

¹⁾ Ненаучные эксперты нами названы въ текстѣ «с п р а в о ч н ы м и с в и д ѣ т е л я м и».

спеціалистовъ». Касс. рѣш. 1868, № 541: «въ тѣхъ случаяхъ, когда сходство почерковъ принимается въ основаніе обвиненія, и когда судъ самъ не придетъ къ твердому убѣжденію въ томъ или другомъ результатѣ сличенія, онъ обязанъ постановить приговоръ не иначе, какъ по выслушаніи заключенія экспертовъ». Изъ этихъ выписокъ можно видѣть, что уголовн. касс. департ. дозволяетъ судьямъ обходиться и безъ свѣдущихъ людей въ тѣхъ случаяхъ, когда они сами, безъ истолкованій справочнаго свидѣтеля, могутъ понять обстоятельства дѣла. Но никогда еще сенатъ не дозволялъ судамъ обходиться безъ научной экспертизы въ тѣхъ случаяхъ, когда она требуется дѣломъ. — Теперь обратимся къ обсужденію главнаго вопроса, отъ разрѣшенія котораго зависитъ опроверженіе вашего возраженія. Я формулирую вопросъ такимъ образомъ: есть ли медикъ-экспертъ въ уголовномъ судѣ и истолкователь спеціальныхъ вопросовъ въ дѣлѣ? Этотъ вопросъ сводится къ другому: можетъ ли медикъ, въ теченіе судебного засѣданія, посвятить присяжныхъ въ тайны своей науки? А этотъ вопросъ, въ концѣ концовъ, сводится къ такому: въ состоянн ли присяжные уразумѣть медицинскую экспертизу? — Оставимъ, прежде всего, въ сторонѣ всякія фразы. Не говорите мнѣ: зачѣмъ касаться такихъ щекотливыхъ вопросовъ! Не говорите мнѣ о силѣ здраваго смысла присяжныхъ, столь чудной, что съ помощью одной только этой силы, люди, не только не обладающіе спеціальными свѣдѣніями, но часто малограмотные, могутъ вдругъ понять труднѣйшіе вопросы изъ патологической анатоміи, химіи, психіатріи и т. д. Я скажу правду, если замѣчу, что присяжные не могутъ понимать медицинской экспертизы. Эта мысль не требуетъ доказательствъ. Она сама по себѣ очевидна. Если же присяжные не въ состоянн понимать экспертизу, то медикъ не истолкователь, а рѣшитель вопросовъ. Онъ рѣшаетъ вопросъ; присяжные могутъ принять и не принять его рѣшеніе; но они не имѣютъ возможности обсуждать и критиковать это рѣшеніе. Мои слова, быть можетъ, вамъ покажутся смѣлыми. Въ такомъ случаѣ послушайте, что говоритъ извѣстный европейскій криминалистъ по этому же вопросу; послушайте Миттермайера (Gerichtssaal, 1861): «Прежде всего, говоритъ онъ, нужно признать ложною мысль, будто судьи и присяжные, въ случаѣ разногласія экспертовъ, въ состоянн рѣшать вопросъ, какому изъ представленныхъ медицинскихъ заключеній нужно отдать предпочтеніе, кто, такимъ образомъ, изъ экспертовъ правъ? Такое сужденіе ставило бы судей въ положеніе рѣшителей научныхъ вопросовъ и предполагало бы обладаніе, въ полной мѣрѣ, свѣдѣніями, безъ которыхъ ни одинъ человѣкъ не рѣшится оцѣнивать достоинства научныхъ заключеній. Но предполагать у судей такія свѣдѣнія нѣтъ возможности». Это значитъ: присяжные не могутъ понимать экспертизы, потому что, если бы могли понимать, то они въ состоянн были бы и рѣшать вопросъ: кто изъ экспертовъ правъ? — Я предвижу, что вы, по поводу сказаннаго, сдѣлаете мнѣ еще такое возраженіе: юриспруденція также спеціальная наука, однако же вы не будете отрицать, что присяжные рѣшаютъ вопросы права? Конечно, не стану отрицать. Присяжные,

дѣйствительно, рѣшаютъ вопросы, права и способны къ этому. Во-первыхъ, между правомъ и справедливостью нѣтъ и не должно быть противорѣчія; справедливость же доступна всякому человѣку. Во-вторыхъ, законы вовсе не наука, а правила поведенія, правила въ общихъ чертахъ извѣстныя каждому гражданину, потому что они познаются съ дѣтства, путемъ воспитанія и участія въ общественной жизни. Въ третьихъ, если присяжные не могутъ понять какого-нибудь вопроса права, то это лучшее доказательство тому, что законъ, составляющій такой трудный вопросъ, не годится для общественной жизни, потому что онъ недоступенъ пониманію обыкновенныхъ членовъ общества. Въ этомъ отношеніи присяжные являются лучшими критиками законовъ, и законъ, недоступный пониманію гражданъ, не есть вовсе «вопросъ права», а просто неудачный плодъ законодательной дѣятельности. Was verständige Laien nicht als Verbrechen anerkennen und bergreifen können, das kann auch an dem Laien nicht gestraft werden, — высказано было въ прусской палатѣ, при разсмотрѣннн вопроса о введеніи суда присяжныхъ, и это выраженіе мѣтко рисуетъ значеніе этого учрежденія (Sundelin, Wesen und Aufgabe der Geschwor., 1868, S. 9). Словомъ, непонятны для присяжныхъ вопросы права быть не должно: законодатель обязанъ позаботиться, чтобы право было понятно тѣмъ, для кого оно написано. Итакъ, если присяжные не понимаютъ рѣчи предсѣдателя о содержаніи того или другаго закона, то это значить, что законъ вообще не годится, но нисколько не доказываетъ, что присяжные вообще неспособны къ пониманію законовъ. Если же присяжные не понимаютъ медицинской экспертизы, то это просто значить, что они незнакомы съ медицинскими науками¹⁾. Познакомиться же съ ними въ судебномъ засѣданіи нѣтъ возможности. Чѣмъ пространнѣе будетъ говорить экспертъ, тѣмъ больше онъ будетъ запутывать присяжныхъ. Популярное изложеніе также не можетъ помочь дѣлу. Оно можетъ, пожалуй, сдѣлать медицинскій вопросъ отчасти понятнымъ юристу, выслушавшему въ университетѣ курсъ судебной медицины, но присяжнымъ не принесетъ пользы²⁾. Задача эксперта въ судѣ присяжныхъ отвѣчать на предложенные ему

¹⁾ См. между прочимъ Pfister, Strafrechtlich-Psychiatrische Gutachten, 1902, S. 2 ff.

²⁾ Даже юристу, нѣсколько знакомому съ психіатрическими вопросами, трудно войти въ міръ идей естествовика, врача, психіатра, — людей, привыкшихъ, прежде всего, *устанавливать факты*, на которыхъ они строятъ свои выводы. Юристъ, прежде всего, привыкъ къ мысли о *регулированіи фактовъ* (въ его случаѣ — *человѣческигъ дѣйствій*). Основной, исходный наклонъ ума юриста состоитъ въ предписаніи человѣку образа дѣйствій: «*долженъ!*»; основной исходный наклонъ ума естествовѣда выражается въ наблюденіи и установленіи факта: «*такъ обстоитъ дѣло, таковъ фактъ!*» Это юридическое «*долженъ!*», помимо воли юриста, пронизываетъ всѣ его разсужденія и возрѣнія; «*фактъ!*» проходитъ чрезъ всѣ размысленія естествовѣда. Вотъ почему предразсудки и устарѣлыя идеи наполняютъ юриспруденцію, и вотъ почему естественныя науки быстро идутъ впередъ, раскрывая предъ нами міръ, который еще нѣсколько десятковъ лѣтъ тому назадъ называли бы фантастическимъ.

Юристъ даетъ всегда повелѣнія, естествовѣдъ — факты. Юристъ привыкъ нормировать поведеніе людей; врачъ — выслушивать и выстукивать, чтобы рас-

вопросы, по возможности, кратко. Мнѣ могутъ возразить, что въ такомъ случаѣ, зачѣмъ же и призывать экспертовъ въ судебное засѣданіе? Не удобнѣе ли будетъ обратиться въ врачебную управу, съ запросомъ, и категорическій ея отвѣтъ прочесть на судѣ. Но отвѣтъ на этотъ вопросъ я предложу читателю ниже. — И такъ, вы со мною согласитесь, что врачи-эксперты, по необходимости, являются въ судебномъ засѣданіи не истолкователями медицинскихъ вопросовъ, а людьми, обязанными дать, на основаніи своихъ специальныхъ свѣдѣній, рѣшительный отвѣтъ на предлагаемые имъ судомъ вопросы. Въ этомъ отношеніи, эксперты не свидѣтели, не истолкователи, а **у ч е н о е ж ю р и**. Но это ученое жюри, скажете вы, даетъ свое рѣшеніе подъ страхомъ уголовного наказанія за ложное показаніе, какъ и свидѣтели? Противъ этого можно возразить, что если экспертъ можетъ отвѣчать предъ уголовнымъ закономъ, то ужъ во всякомъ случаѣ не за научное свое мнѣніе, — а въ мнѣніи вся сущность экспертизы. Конечно ¹⁾, мы можемъ себѣ вообразить различныя преступленія, которыя могутъ быть совершены экспертомъ при вскрытіи тѣла, составленіи медицинскаго акта и т. д. Но отвѣтственность за такія дѣянія, очевидно, не есть отвѣтственность за мнѣніе, которая также свободна, какъ и сама наука. Экспертъ за правильность своего мнѣнія подлежитъ одному только суду—суду совѣсти. Въ этомъ отношеніи онъ находится въ такомъ же точно положеніи, какъ и присяжный засѣдатель».

III.

Теперь читатель можетъ спросить: «какое же практическое значеніе имѣетъ ваше воззрѣніе на роль врача-эксперта въ процессѣ вообще, какія процессуальныя послѣдствія влечетъ за собою этотъ взглядъ на практикѣ? Въ отвѣтъ на это, мы должны, прежде всего, замѣтить, что нашъ взглядъ вовсе не есть новость для практики, напротивъ: онъ именно основывается на этой практикѣ, потому-что матеріаломъ для построенія его послужили явленія послѣдней. Выше мы показали, что сама судебная практика, безъ помощи теоріи, въ силу необходимости, начала предоставлять экспертамъ тѣ права, ко-

крыты невидимое. Юристу трудно усвоить міровоззрѣніе естествовѣда. (См. между прочимъ Pfister, дитиров. сочиненіе, S. 1). Въ особенности трудно не-специалисту войти, въ настоящее время, въ міръ психіатра. Между психическимъ здоровьемъ и психическою болѣзнію, при нынѣшнемъ состояніи европейской культуры, такая лѣстница постепенностей, что не-специалисту, вооруженному лишь обывательскимъ здравымъ смысломъ, невозможно ориентироваться. Есть переходныя состоянія, есть психическія немощи, психическія недомоганія. Масса полусумасшедшихъ людей вращается въ обществѣ (см. I. Grasset, *Demifous*, Paris, 1907; *Birnbaum*, *Ueber psychopathische Persönlichkeiten*, Wiesbaden, 1909; *Carday*, *Les demifous*, Paris, 1905). Разобраться, въ нынѣшнее время нервной напряженности, между всѣми видами душевной ненормальности, очень трудно, и здѣсь, какъ и во всѣхъ областяхъ жизни, единственный якорь спасенія—наука.

¹⁾ Улож. о наказ. говорить о наказаніи свидѣтелей за ложныя показанія. Эксперты же, по закону (Уст. уг. судопр. и касс. рѣш.), не свидѣтели.

торыя, по закону, свойственны присяжнымъ. Дѣло теоріи, при такихъ условіяхъ практики, — связать отдѣльныя явленія дѣйствительности и свести ихъ къ одной основной причинѣ, для того, чтобы эта послѣдняя могла служить руководнымъ принципомъ, при разрѣшеніи могущихъ возникнуть сомнѣній и вопросовъ. Съ другой стороны, теорія должна развить примѣненіе этого принципа для того, чтобы устранить различные недостатки дѣйствительности. Мы должны оговориться: по нашему мнѣнію, задача науки, въ области уголовного процесса, заключается не только въ изученіи дѣйствительности, но и въ созданіи тѣхъ или другихъ юридическихъ положеній, могущихъ обезпечить изслѣдованіе истины. Въ этомъ отношеніи, теорія судопроизводства не можетъ стѣсняться дѣйствительностью. Такъ, если дѣйствительность не обезпечиваетъ правильнаго изслѣдованія истины, то наука имѣетъ полное право и обязанность указать начала, болѣе отвѣчающія требованіямъ правосудія. Но въ нашемъ вопросѣ, практика дѣйствовала такъ послѣдовательно и согласно съ потребностями истины, что наукѣ остается только привести въ систему ея явленія. Эти явленія мы свели къ тому основному началу, что врачъ-экспертъ есть научный судья. Этимъ положеніемъ, мы, съ одной стороны, объясняемъ дѣйствительность, а съ другой — приобретаемъ принципъ, съ помощью котораго мы можемъ устранить многіе недостатки практики въ сферѣ судебной экспертизы.

1. Врачъ-экспертъ есть судья. Отсюда слѣдуетъ, что нужно уничтожить всѣ тѣ стѣсненія, которымъ подвергается экспертъ, при изслѣдованіи истины, стѣсненія, порождаемыя именно тѣмъ, что ему хотя и предоставляютъ многія права присяжныхъ, но все-таки еще не сознаютъ основнаго принципа, которымъ нужно руководствоваться при опредѣленіи его процессуальнаго положенія, и потому иногда приравниваютъ его къ свидѣтелю. Такъ, на примѣръ, ему позволяютъ читать письменное производство дѣла, присутствовать при производствѣ судебного слѣдствія и т. д., словомъ — права присяжныхъ; но есть рѣшенія прав. сената, въ которыхъ признается нарушеніемъ закона предоставленіе экспертамъ права предлагать, чрезъ предсѣдателя, вопросы допрашиваемымъ лицамъ. Такое возрѣніе — просто диссонансъ въ гармоніи правъ, данныхъ эксперту, диссонансъ, тѣмъ болѣе рѣзкій, что экспертъ нуждается въ предложеніи вопросовъ именно въ силу того принципа, по которому ему дозволяютъ присутствовать при производствѣ судебного слѣдствія и т. п. дѣйствія, т. е., въ силу необходимости ознакомиться, для основательнаго заключенія, со всѣми подробностями дѣла. Вообще, экспертамъ слѣдуетъ предоставить, на судебномъ слѣдствіи, всѣ тѣ права, какія даны присяжнымъ засѣдателямъ; права эти необходимы для добытія матеріаловъ, нужныхъ эксперту, при составленіи основательнаго мнѣнія, по подлежащимъ его обсужденію вопросамъ. Конечно, практика предоставляетъ и теперь эти права экспертамъ. Но нужно, чтобы сознанъ былъ принципъ, въ силу ко-

тораго она это дѣлаетъ, иначе она не избѣгнетъ прогиворѣчій, могущихъ только напрасно вредить дѣлу. — Врачи-эксперты нуждаются въ хорошемъ знаніи всего дѣла, для составленія медицинскаго заключенія. При этомъ могутъ быть случаи, когда эксперты, для дачи заключенія, должны сначала мысленно рѣшить вопросъ о томъ, совершено ли дѣяніе подсудимымъ? Это можетъ показаться вторженіемъ въ сферу присяжныхъ. И все-таки, чѣмъ бы это ни показалось, оно такъ. Вотъ, для доказательства, примѣръ. N обвиняется въ убійствѣ, въ которомъ не признается. Обвиненіе построено, положимъ, на уликахъ. На судѣ разсматривается вопросъ объ умственныхъ способностяхъ обвиняемаго. Извѣстно, что врачъ-психіатръ строить свои заключенія на всемъ поведеніи подсудимаго до, во время и послѣ совершенія преступленія. Спрашивается: какъ составитъ психіатръ свое заключеніе, если онъ не знаетъ, дѣйствительно ли совершилъ подсудимый приписываемое ему преступленіе? Итакъ, онъ долженъ сначала мысленно рѣшить этотъ вопросъ и затѣмъ уже приступить къ составленію заключенія о душевномъ состояніи подсудимаго¹⁾. Но не только въ дѣлахъ съ психіатрическими вопросами, а и во всѣхъ вообще, эксперту необходимо уяснить себѣ событіе преступленія, всѣ мельчайшія его подробности. Для этого ему нужны тѣ самыя права, какія для этой цѣли предоставлены присяжнымъ засѣдателямъ.

2. Одинъ изъ труднѣйшихъ процессуальныхъ вопросовъ, въ дѣлѣ экспертизы, заключается въ отношеніи къ ней присяжныхъ. Мы уже высказали свое мнѣніе о томъ, что не считаемъ присяжныхъ способными къ оцѣнкѣ содержанія медицинскихъ заключеній. Въ такомъ случаѣ является естественный вопросъ: зачѣмъ же отбирать экспертизу на судѣ, не удобнѣе ли потребовать письменное мнѣніе отъ какого-нибудь медицинскаго установленія? На это мы отвѣчаемъ: отобраніе экспертизы на судѣ необходимо для правосудія, необходимо для экспертовъ. Оно необходимо для экспертовъ: имъ нужно присутствовать при производствѣ судебного слѣдствія, обозрѣвать вещественныя доказательства и т. д. именно для того, чтобы хорошо ознакомиться съ обстоятельствами дѣла. Если, въ настоящее время, признано, что лучшее средство для судей узнать обстоятельства дѣла заключается въ непосредственномъ выслушиваніи свидѣтелей и подсудимаго, то это же начало должно быть примѣнено къ экспер-

¹⁾ Представленный примѣръ порождаетъ еще нѣкоторыя соображенія. Эксперты, при дачѣ заключеній, должны высказать, совершилъ ли подсудимый преступленіе, или нѣтъ, а это—предрѣшеніе вопроса, могущее повліять на присяжныхъ засѣдателей. Выхода изъ этого затруднительнаго положенія нѣтъ никакого. Можно только пожелать, чтобы предсѣдатели, въ такихъ случаяхъ, въ заключительныхъ рѣчахъ, обращали вниманіе присяжныхъ на то, что мнѣніе экспертовъ о томъ, совершилъ ли подсудимый преступленіе, или нѣтъ, есть взглядъ, не могущій имѣть для нихъ, присяжныхъ, значенія доказательства. И все-таки мнѣніе нѣсколькихъ экспертовъ, присутствовавшихъ при производствѣ судебного слѣдствія, можетъ имѣть извѣстное вліаніе на присяжныхъ. Чѣмъ почтеннѣе личность эксперта, тѣмъ опаснѣе она будетъ въ этомъ отношеніи.

тамъ, ибо имъ, какъ и присяжнымъ, нужно хорошо познакомиться съ фактомъ преступленія. Отобраніе экспертизы на судъ необходимо и съ точки зрѣнія правосудія. Изустная и публичная экспертиза будетъ всегда выше по достоинству: а) наша прежняя судебная практика достаточно показала, что письменныя заключенія экспертовъ рѣдко имѣютъ научное достоинство, что они составляются рутинно, однообразно, небрежно, безъ достаточной мотивировки; б) требуя, чтобы эксперты давали краткіе отвѣты на предложенные имъ судомъ вопросы, мы, однако, вовсе не желаемъ этимъ устранить перекрестный допросъ сторонъ, допросъ, могущій заставить экспертовъ давать заключенія только послѣ основательной подготовки и достаточнаго обсужденія дѣла (ст. 695 Уст. уголовн. судопр. говоритъ: за представленіемъ свѣдущими людьми ихъ заключенія, имъ могутъ быть, съ разрѣшенія предсѣдателя, предложены вопросы какъ судьями и присяжными засѣдателями, такъ и сторонами). Такимъ образомъ, по нашему мнѣнію, медицинское заключеніе должно быть краткое¹⁾, должно содержать только сущность отвѣта, безъ подробной научной аргументаціи. Доказать же основательность своего научнаго мнѣнія экспертъ можетъ на перекрестномъ допросѣ сторонъ. Перекрестный допросъ, въ публичномъ засѣданіи, есть сильное орудіе, могущее побудить эксперта серьезно готовиться къ дѣлу. Цѣль перекрестнаго допроса — заставить эксперта дать подробные отвѣты на вопросы, предлагаемые для того, напр., чтобы узнать, на какихъ свѣдѣніяхъ онъ строитъ свои заключенія, имѣетъ ли онъ непосредственный опытъ въ разсматриваемыхъ вопросахъ и т. д. Хотя присяжные и не могутъ понять существа всего допроса, но то понять они способны, что такой то экспертъ вообще плохо отвѣчаетъ на вопросы и вообще не въ состояніи поддержать своего мнѣнія. Конечно, могутъ быть случаи, когда нестолько незнаніе эксперта, сколько наглость допрашивающаго стѣснить эксперта. Въ такомъ случаѣ противная сторона всегда имѣетъ средства противодействовать тому неблагоприятному впечатлѣнію, какое можетъ произвести допросъ на присяжныхъ. Въ касс. р. 1869, № 564 сказано: «заключенія врачей, не имѣющія ни для суда, ни для сторонъ обязательнаго характера, могутъ быть оспариваемы и опровергаемы». Въ этомъ же касс. рѣш. сказано, что производящіе освидѣтельствованіе или испытаніе эксперты призываются въ судъ для дачи заключенія, при чемъ свѣдущимъ людямъ, подобно свидѣтелямъ, могутъ быть сторонами предлагаемы вопросы по предмету произведенной ими экспертизы; но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы, съ одной стороны, подсудимый или защитникъ его, а, съ другой, обвинительная власть имѣли право, при самомъ допросѣ экс-

¹⁾ Исключеніе должно быть сдѣлано для облудента, вызываемаго въ судъ, для объясненія сдѣланнаго вскрытія или освидѣтельствованія. Впрочемъ, его отчетъ не столько важенъ для присяжныхъ (очень мало могущихъ понимать его содержаніе), сколько для экспертовъ, вызванныхъ въ судебное засѣданіе. Экспертамъ нужно предоставить и право предлагать облуденту вопросы для разъясненія тѣхъ или другихъ пунктовъ его медицинскаго свидѣтельства или же изустнаго объясненія на судѣ.

пертовъ, опровергать ихъ мнѣніе, а изъ данныхъ ими заключеній дѣлать противныя имъ выводы, которые всегда могутъ найти себѣ болѣе приличное мѣсто въ заключительныхъ преніяхъ. Это кассационное рѣшеніе желаетъ только устранить споръ между допрашивающею стороною и экспертомъ, но нисколько не уничтожаетъ значенія перекрестнаго допроса, съ помощью котораго сторона всегда можетъ показать присяжнымъ, что экспертъ не въ состояніи поддержать надлежащимъ образомъ свое мнѣніе.—Все сказанное можетъ убѣдить въ необходимости отобранія экспертизы на судѣ, хотя присяжные и не въ состояніи понимать научной аргументаціи медицинскаго заключенія. Отобраніе экспертизы на судѣ представляется только необходимымъ средствомъ, съ одной стороны, для того, чтобы врачъ могъ удовлетворительно познакомиться съ подробностями дѣла, а съ другой— для того, чтобы самое составленіе экспертизы было, по возможности, основательно и добросовѣстно. Притомъ же, гласность, распространенная на все производство судебного слѣдствія, должна быть, по справедливости, примѣнима и къ тому отдѣлу, гдѣ дается экспертиза: она можетъ иногда раскрыть ошибки эксперта.

3. Если присяжные не въ состояніи понимать медицинской экспертизы, то, спрашивается, какъ же они могутъ давать вердикты въ тѣхъ случаяхъ, когда эксперты представляютъ разнорѣчивыя заключенія? Какую пользу можетъ принести возрѣніе на эксперта, какъ на судью, въ этихъ случаяхъ, составляющихъ въ ученіи объ экспертизѣ труднѣйшій для процессуалистовъ вопросъ, вызывавшій прежде и теперь вызывающій самые разнообразныя проекты реформъ способа отобранія экспертизы, принятаго нынѣ въ кодексахъ судопроизводства? — Я убѣжденъ, что возрѣніе на эксперта, какъ на судью, даетъ возможность разрѣшить этотъ вопросъ правильно и согласно съ требованіями правосудія. — Всѣ процессуалисты согласны въ томъ, что когда врачи-эксперты даютъ единогласное заключеніе, то присяжнымъ не представляется никакихъ затруднительныхъ вопросовъ: имъ остается только положить заключеніе медиковъ въ основаніе вердикта. Предсѣдателю, въ такихъ случаяхъ, слѣдуетъ объяснить присяжнымъ, что степень достовѣрности заключеній экспертовъ, какъ справедливо замѣчаетъ г. Буцковскій (О приговорахъ по уг. дѣламъ, 1866, стр. 86), зависитъ отъ степени согласія свѣдущихъ людей въ ихъ выводахъ (Уст. уг. судопр. 334, 338 и 445) и оттого, въ какой мѣрѣ выводы эти согласны съ извѣстными обстоятельствами дѣла. Первое условіе достовѣрности осуществляется единогласіемъ экспертовъ; существованіе втораго условія можетъ быть разслѣдовано самими присяжными, такъ какъ этотъ вопросъ не касается медицины, а фактовъ, собранныхъ слѣдствіемъ или представленныхъ на судѣ и неимѣющихъ въ себѣ ничего спеціальнаго. Что же касается научной аргументировки медицинскаго заключенія, то присяжные, конечно, не могутъ судить о степени ея достовѣрности и, въ этомъ отношеніи, они подчиняются авторитету экспертовъ. Авторитету?—спроситъ русскій интеллигентъ

не безъ удивленія. Да, авторитету, отвѣтимъ мы совершенно спокойно.—Кругъ дѣйствія авторитета въ жизни громадеиъ. Начало авторитета имѣеть примѣненіе вездѣ, гдѣ извѣстное мнѣніе потому только принимается, что оно высказано лицомъ, имѣющимъ спеціальныя свѣдѣнія для составленія такого мнѣнія. Отличительная черта понятія авторитета, это—воспринятіе его идей, безъ повѣрки доказательствъ, на которыхъ онѣ основаны. Кругъ идей, основанныхъ исключительно на авторитетѣ, очень великъ и охватываетъ людей, въ продолженіе цѣлой ихъ жизни, въ самыхъ различныхъ отношеніяхъ. Первые шаги человѣка совершаются подъ несомнѣннымъ покровительствомъ авторитета; идеи дѣтей, вообще незрелыхъ людей основываются на авторитетѣ родителей и наставниковъ. Эти идеи воспринимаются или безъ всякаго знанія основаній, или, если съ знаніемъ послѣднихъ, то весьма несовершеннымъ. Но, кромѣ дѣтей, идеями авторитетовъ живутъ въ обществѣ цѣлыя массы людей взрослыхъ. Есть обширные классы людей, неимѣющихъ ни досуга, ни способности работать надъ созданіемъ самостоятельныхъ мыслей, надъ повѣркою воспринятыхъ идей и живущихъ цѣлую жизнь идеями, основанія которыхъ имъ неизвѣстны. Но если мы обратимся даже къ высшимъ классамъ общества, имѣющимъ и досугъ, и вкусъ къ умственной работѣ, если обратимся даже къ людямъ, специально занимающимся умственнымъ трудомъ, то и здѣсь, по отношенію къ различнымъ сферамъ науки и практики, увидимъ ту же жизнь чужими идеями, безъ знанія ихъ основаній. Авторитетъ, въ этихъ случаяхъ, основанъ на необходимости. Наука и практика такъ богаты, такъ многообразны, что нѣтъ людей, способныхъ вмѣстить въ себѣ знаніе всѣхъ знаній. Умственная жизнь человѣчества уже настолько глубока и широка, что отношеніе къ ней отдѣльнаго человѣка можетъ быть основано только на началѣ спеціализаціи знаній. Науки расширяются, выдѣляютъ изъ себя новыя. Масса фактовъ необъятна. Знаніе даже одной только науки, въ полномъ ея объемѣ, дѣлается все болѣе и болѣе труднымъ дѣломъ. Энциклопедизмъ, когда то такъ часто встрѣчавшійся, нынѣ почти невозможенъ. Человѣкъ, нуждающійся въ чуждыхъ его спеціальности (научной или практической) свѣдѣніяхъ, долженъ обратиться къ специалисту. Авторитетныя отношенія, въ дѣлѣ мысли, между людьми, стоящими по развитію и знаніямъ даже высоко, оказываются необходимою. *Arts longa, vita brevis; non multa, sed multum* — были и всегда будутъ прочными опорами авторитетовъ въ дѣлѣ теоріи и практики. Обмѣнъ спеціальными свѣдѣніями въ обществѣ — весьма обычное явленіе. Имѣющій тяжбу обращается къ адвокату, больной — къ медику, строящій домъ — къ архитектору и т. д. Такія и подобныя явленія наполняютъ нашу ежедневную жизнь, — они и составляютъ признаки культуры. Они наполняютъ жизнь всѣхъ людей, въ томъ числѣ и тѣхъ, которые пришли бы въ большое негодованіе, если бы имъ сказали, что они постоянно подчиняются авторитетамъ. Ни одинъ, конечно мыслящій, человѣкъ не станетъ оспаривать существованіе этихъ фактовъ. Дѣло мыслящаго человѣка, признающаго ихъ, можетъ имѣть болѣе разумное направленіе. Выбирая себѣ руко-

водителя въ извѣстномъ отдѣлѣ, такой человѣкъ постарается сдѣлать выборъ, по возможности, удачный. Весь вопросъ въ дѣлѣ авторитета — въ хорошемъ выборѣ послѣдняго. Довѣріе должно быть отдано человѣку, дѣйствительно достойному быть руководителемъ. Довѣріе должно быть хорошо помѣщено. Хорошо помѣщенное довѣріе, въ дѣлѣ мысли и поведенія, говорить Льюизъ, то же самое, что правильный кредитъ въ дѣлахъ торговыхъ.

Обращаясь, послѣ этихъ общихъ соображеній, къ нашему вопросу, мы должны замѣтить, что мысль наша о томъ, что присяжные, въ случаяхъ, когда эксперты представляютъ единогласное заключеніе, должны принять послѣднее и положить въ основаніе вердикта, есть прямое послѣдствіе того отношенія, въ какомъ они стоятъ къ медицинской экспертизѣ. Они не могутъ понимать ея содержанія, слѣд., если существуютъ всѣ условія, при которыхъ разумный присяжный можетъ довѣриться эксперту, онъ долженъ ему довѣриться. Дѣло суда — позаботиться, чтобы въ залъ его допускаемы были только добросовѣстные и знающіе врачи: выборъ экспертовъ—вещь очень важная, чуть ли не главная въ ученіи объ экспертизѣ. Конечно, по принципу внутренняго убѣжденія, присяжные вольны и не принять заключенія медиковъ. Но мы о такихъ случаяхъ и не говоримъ, такъ какъ присяжные вправѣ, въ противность нравственной обязанности, не признавать, напр., факта преступленія, установленнаго самимъ даже подсудимымъ. Во всякомъ случаѣ ясно, что когда врачи-эксперты даютъ единогласное заключеніе, для присяжныхъ нѣтъ затрудненій при составленіи вердикта. Трудность и безвыходность положенія присяжныхъ имѣютъ мѣсто въ тѣхъ только случаяхъ, гдѣ врачи представляютъ разнорѣчивыя заключенія. Не имѣя специальныхъ свѣдѣній, не понимая часто даже, что именно раздѣляетъ мнѣнія медиковъ, присяжные, однако, должны придти къ какому-нибудь заключенію и рѣшить дѣло, — рѣшить участь подсудимаго. Положеніе присяжныхъ очень затруднительное; положеніе подсудимаго еще хуже; правосудіе не обезпечено. Одинъ англійскій юристъ представляетъ дѣло въ такомъ, даже комическомъ, видѣ. Разсматривается вопросъ о вмѣняемости. Профессоръ А, подъя присягою, увѣряетъ, что такіа-то дѣйствія подсудимаго служатъ полнѣйшимъ доказательствомъ его сумасшествія; проф. В, съ такою же положительностью и тоже подъя присягою, утверждаетъ, что подсудимый совершенно здоровый человѣкъ. На какомъ основаніи отдаютъ присяжные предпочтеніе заключенію проф. А? Они этого объяснить не могутъ. Собственно говоря, они не имѣютъ ни малѣйшаго понятія о томъ, кто изъ экспертовъ правъ, и однако же они отдаютъ предпочтеніе проф. А. На какомъ же основаніи? Основаніе можетъ быть только такое, на примѣръ: они слышали, что проф. А человѣкъ очень способный и знающій, о проф. же В они ничего не слышали. Ерго: проф. А правъ, а проф. В не правъ. Или такое основаніе: проф. А говоритъ очень искренно и убѣдительно, проф. же В— не такъ искренно и не такъ убѣдительно. Отсюда выводъ: проф.

А правъ, а профъ. В не правъ. Затѣмъ авторъ говоритъ, что такая система крайне неудовлетворительна, что она «a judicial farce», что онъ можетъ только удивляться, какъ это законодательства до сихъ поръ не положили конца «to a mockery so apparent and so full of injustice to persons accused of murder...». Гдѣ же выходъ изъ такого затруднительнаго положенія? Литература представляетъ нѣсколько проектовъ для исправленія дѣла; но они, во многихъ отношеніяхъ, неудовлетворительны. Вотъ нѣкоторые изъ нихъ. Предлагаютъ отбирать экспертизу отъ какой нибудь коллегіи опытныхъ медиковъ. Коллегія отвѣчаетъ письменно на предложенные судомъ вопросы, и ея отвѣтъ долженъ служить основаніемъ для уголовного приговора. Противъ этого предложенія можно сдѣлать двоякаго рода возраженія: а) коллегія будетъ знакомиться съ дѣломъ по свѣдѣніямъ, доставленнымъ судомъ, словомъ — по письменнымъ актамъ; такой способъ изученія дѣла едва ли можетъ обезпечить хорошее его знаніе; б) письменная форма экспертизы — хорошій покровъ для недостатковъ аргументаціи и небрежности въ обсужденіи вопросовъ. Отсутствіе перекрестнаго допроса равняется отсутствію побужденія хорошо готовиться къ дачѣ заключенія. — Предлагаютъ присоединить къ суду — засѣдателей изъ медиковъ. Эти засѣдатели, вмѣстѣ съ судьями, выслушиваютъ доказательства и экспертизу и затѣмъ истолковываютъ суду медицинскіе вопросы въ дѣлѣ. Этотъ проектъ не годится: это значило бы назначить формальныхъ судей по научнымъ вопросамъ, создать трибуналъ съ громадною властью, тѣмъ болѣе страшною, что она распространяется на научные вопросы... Наконецъ, предлагали устроить судъ присяжныхъ изъ экспертовъ. Этотъ судъ или совѣтъ замѣняетъ жюри, или же даетъ рѣшеніе медицинскихъ только вопросовъ, но рѣшеніе, обязательное для суда. О первой части проекта Миттермайеръ справедливо замѣтилъ: «Durch eine Ausführung solcher Vorschläge würde das Institut des Jury vernichtet sein und nie dürfte man darauf rechnen, dass im Volke ein Ausspruch eines solchen sachverständigen Kollegiums, so dass darauf der Richter verurtheilen würde, wie ein Wahrspruch der Jury betrachtet wird». Касательно же второй части этого проекта нужно замѣтить, что онъ подкапываетъ сущность суда присяжныхъ — принципъ внутренняго убѣжденія. — Спрашивается: какой же можетъ быть созданъ выходъ изъ затрудненія? Этотъ выходъ есть. Сущность нашего предложенія не выходитъ изъ предѣловъ существующихъ постановленій закона и касс. рѣш. Мы предлагаемъ только сдѣлать еще одинъ шагъ впередъ. Начнемъ съ того, что, на основаніи приведеннаго выше касс. р. 1867 г., № 204, судъ не стѣсняется въ выборѣ приемовъ и обрядовъ экспертизы. На основаніи этого касс. рѣшенія, тѣ только приемы суда подлежатъ повѣркѣ и отмѣнѣ, которые прямо нарушаютъ законъ. Правит. сенатъ призналъ, что судъ имѣетъ право дозволить экспертамъ совѣщаться о предложенныхъ ихъ рѣшенію вопросахъ и пояснилъ, что это одинъ изъ тѣхъ приемовъ при отобраніи экспертизы, на которые судъ имѣетъ полное право. Сдѣлаемъ еще одинъ шагъ впередъ. Совѣщаніе экс-

пертовъ дозволено. Совѣщаніе есть только средство. Конечная цѣль его — соглашеніе экспертовъ, единогласное ихъ заключеніе. Мы предлагаемъ, чтобы судъ, отпуская экспертовъ на совѣщаніе, внушилъ имъ, чтобы они, по возможности, старались придти къ единогласному заключенію. Нарушенія закона въ такомъ предложеніи суда не будетъ: коль скоро дозволено совѣщаніе, то тѣмъ самымъ разрѣшено и объясненіе цѣли этого совѣщанія. Предсѣдатель, отпуская экспертовъ на совѣщаніе, можетъ сдѣлать имъ приблизительно такое наставленіе: «Вы призваны сюда для рѣшенія вопросовъ, касающихся предметовъ вашей специальности. Присяжные, засѣдающіе здѣсь, не обладаютъ специальными свѣдѣніями и потому не могутъ судить о содержаніи вашей экспертизы. Если вы дадите разнорѣчивыя заключенія, то присяжнымъ придется выбирать между ними. Это поставитъ ихъ въ очень тяжелое положеніе, изъ котораго они могутъ выдти только оцущью, руководствуясь признаками, которые не всегда въ состояніи удовлетворить требованіямъ истины и правосудія. Судъ предлагаетъ вамъ устроить совѣщаніе и придти къ единогласному заключенію по предложеннымъ вашему обсужденію вопросамъ. Совѣщаніе и принятіе того или другого единогласнаго заключенія для васъ, медиковъ, не новость. У постели больного вы также дѣлаете консилиумъ и приходите къ какому нибудь рѣшительному выводу, потому-что безъ такого вывода невозможно оказать правильную помощь умирающему. Здѣсь нѣтъ умирающаго человека, но здѣсь требуетъ рѣшительной помощи начало не менѣе важное, какъ и сама жизнь, — истина, справедливость. Если по даннымъ, представленнымъ судебнымъ слѣдствіемъ, вы не въ состояніи будете придти къ определенному заключенію, то вы должны это прямо высказать: законъ требуетъ отъ васъ категорическаго «да» или «нѣтъ». Вы можете прямо объяснить, что не составили себѣ никакого убѣжденія». — Такой порядокъ отобранія экспертизы, кажется мнѣ, можетъ избавить присяжныхъ, по крайней мѣрѣ, въ значительномъ большинствѣ случаевъ, отъ разнорѣчивыхъ заключеній медиковъ. При этомъ нельзя не высказать желанія, чтобы экспертовъ на судѣ было, по возможности, больше, и чтобы между ними были представители всѣхъ элементовъ суда, т. е. обвиненія, защиты и суда (ср. ст. 692 Устава уголовн. судопр.). Я не говорю уже о томъ, что судъ, допуская врачей къ дачѣ экспертизы, долженъ позаботиться, чтобы были вызываемы настоящіе специалисты, чтобы акушеры не превращались въ психіатровъ, психіатры — въ акушеровъ и т. д. Далѣе. Но принятіе единогласнаго заключенія не обязательно для экспертовъ. Конечно, если практика приметъ указанный пріемъ, и суды будутъ объяснять экспертамъ важность ихъ единогласія, то можно надѣяться, что единогласіе будетъ обычнымъ явленіемъ, а разногласіе — исключеніемъ. Но мы вовсе не намѣрены отрицать, что разногласіе все-таки возможно. Какъ же быть въ такихъ случаяхъ? Не скрою мысли, что въ такихъ случаяхъ присяжные могли бы отдать предпочтеніе тому мнѣнію, которое имѣсть на своей сторонѣ перевѣсъ значительнаго большинства. Я хорошо знаю, что эта мысль можетъ показаться странною, но вѣдь не все

то, что странно, вмѣстѣ съ тѣмъ и невѣрно. Если вопросы о виновности подсудимаго разрѣшаются по большинству голосовъ, то почему же не разрѣшать и преюдициальныхъ вопросовъ, въ дѣлѣ, по тому же способу? Я признаю большинство голосовъ критеріемъ достовѣрности экспертизы въ тѣхъ случаяхъ, когда, напр., противъ 3 экспертовъ, между собою согласныхъ, имѣется одинъ или, положимъ, два противорѣчащихъ. — Но если такого перевѣса нѣтъ, если эксперты раздѣлились такъ, что ни одно мнѣніе не имѣетъ на своей сторонѣ значительнаго большинства, то спрашивается какой въ такомъ случаѣ остается выходъ присяжнымъ? Они и въ такомъ случаѣ имѣютъ выходъ, и выходъ этотъ указывается имъ существомъ ихъ обязанностей на судѣ. Въ чемъ состоитъ задача присяжныхъ, что рѣшаютъ они? Для выясненія этого вопроса нужно рассмотреть сущность обвинительнаго начала, принятаго на нашемъ судебномъ слѣдствіи. Сущность обвинительнаго порядка судопроизводства состоитъ въ томъ, что бремя доказанія лежитъ на плечахъ обвинителя. Подсудимый ничего не обязанъ доказывать. Естественно, что обязанность присяжныхъ рѣшить: доказана ли точно виновность подсудимаго? При рѣшеніи этого вопроса, они руководствуются своимъ внутреннимъ убѣжденіемъ. Присяжные тогда только могутъ принять обвиненіе, когда у нихъ нѣтъ «разумнаго сомнѣнія» въ его основательности. Изъ сказаннаго видно, что присяжные, какъ справедливо замѣчаетъ Миттермайеръ (Gerichtssaal, 1861, S. 165), рѣшаютъ на судѣ вопросъ о томъ: есть ли разумное сомнѣніе въ виновности подсудимаго? Когда такое разумное сомнѣніе есть, обвиненіе должно быть отвергнуто, а подсудимый оправданъ. Оправдывая подсудимаго, присяжные вовсе этимъ не говорятъ: «этотъ человѣкъ не совершилъ такого то преступленія» (здѣсь, конечно, не идетъ рѣчь объ оправдательныхъ вердиктахъ), основанныхъ на нравственныхъ и общественныхъ соображеніяхъ). Они только говорятъ: «мы сомнѣваемся въ виновности подсудимаго». — Теперь остается примѣнить эти начала къ нашему случаю. Эксперты совѣщались, но не могли придти къ единогласному заключенію. Между ними разладъ не могъ быть устраненъ общемъ мыслей. Въ дѣлѣ, значитъ, есть важное сомнѣніе. Это сомнѣніе вполнѣ «разумное». Присяжные должны обратить это разумное сомнѣніе въ пользу подсудимаго¹⁾. *In dubio in mitius!* Это начало проведено и въ законѣ, оно выражено въ ст. 813: «присяжные засѣдатели» сказано въ этой статьѣ, «должны склонять свои мнѣнія къ единогласному рѣшенію. Если, по надлежащемъ совѣщаніи, разномысліе между ними не устранится, то предложенные вопросы разрѣшаются ими по большинству голосовъ; при раздѣленіи же голосовъ поровну, принимается то мнѣніе, которое послѣдовало въ пользу подсудимаго». — Мы указали значеніе врачей-экспертовъ въ

¹⁾ Такъ же точно должны поступать присяжные и въ томъ случаѣ, когда эксперты не дали никакого опредѣленнаго заключенія.

процессъ и тотъ способъ отобранія экспертизы, который, по нашему мнѣнiю, не выходя изъ предѣловъ закона, можетъ обезпечить правосудiе. Мы знаемъ, что насъ упрекнуть въ желанiи подчинить суды авторитету медиковъ. Но это подчиненiе существуетъ и такъ на дѣлѣ. Оно и не можетъ не существовать. Оно должно существовать. Where a person is necessarily ignorant of the grounds of decision, to decide for himself is an act of suicidal folly. He ought to recur to a competent adviser, as a blind man relies upon a guide (Cornwall Lewis, On the influence of authority¹). — Все сказанное здѣсь о значенiи врачей-экспертовъ, конечно, распространяется вообще на всѣхъ экспертовъ, основывающихъ свои заключенiя на какой либо наукѣ. При этомъ мы считаемъ излишнимъ напомнить, что все изложенное не относится къ экспертамъ ненаучнымъ, названнымъ нами справочными свидѣтелями. Эти послѣднiе должны быть допрашиваемы по тѣмъ же началамъ, какъ обыкновенные свидѣтели.

¹) «Человѣкъ, рѣшающiй вопросъ, въ которомъ онъ невѣжда, совершаетъ какъ бы актъ самоубiйства вслѣдствiе помѣшательства; несвѣдущiй обязанъ обратиться къ авторитету, какъ слѣпой долженъ положиться на поводыря».

Прибавленіе къ основаніямъ опредѣленія седьмаго.

Принципъ состязательности въ примѣненіи къ устройству экспертизы.

Опредѣленіе седьмое, исходя изъ началъ методологическихъ, придаетъ большое значеніе совѣщанію экспертовъ, какъ лучшему средству содѣйствовать правильному рѣшенію научнаго вопроса, возникающаго въ уголовномъ дѣлѣ. Совѣщаніе экспертовъ, понятно, въ самомъ себѣ содержитъ уже начало состязательности, важность котораго заключается какъ во взаимномъ контролѣ экспертовъ, такъ и во всестороннемъ обсужденіи дѣла.

Необходимо, однако, признать, что принципъ состязательности экспертовъ, по нашему уст. уг. судопр., получаетъ свое примѣненіе лишь на слѣдствіи судебномъ. По ст. 578 «стороны могутъ просить о вызовѣ въ судъ не только свидѣтелей, но и свѣдущихъ людей, для объясненія какого либо предмета или для провѣрки сдѣланнаго уже испытанія. Заявленія объ этомъ должны быть дѣлаемы въ срокъ, опредѣленный стт. 557 и 560». Но судъ можетъ отказать въ вызовѣ эксперта, и такой отказъ не подлежитъ повѣркѣ въ кассационномъ порядкѣ. Такимъ образомъ, принципъ состязательности экспертовъ, на судебномъ слѣдствіи, поставленъ въ зависимость отъ усмотрѣнія суда. Самая повѣрка экспертизы, произведенной на предварительномъ слѣдствіи, можетъ быть сдѣлана на судѣ *ex officio*, по собственному усмотрѣнію послѣдняго; впрочемъ, вопросъ о такой повѣркѣ можетъ быть возбужденъ присяжными засѣдателями и сторонами, но признаніе необходимости подобной повѣрки вполнѣ зависитъ отъ суда, рѣшающаго дѣло по существу. Ст. 692 гласитъ: «по замѣчанію сторонъ, или присяжныхъ засѣдателей или по собственному усмотрѣнію, судъ можетъ назначить новое освидѣтельствованіе или испытаніе чрезъ избранныхъ имъ или указанныхъ сторонами свѣдущихъ людей, съ тѣмъ, чтобы они производили свои дѣйствія въ засѣданіи суда, если это возможно, или, по крайней мѣрѣ, представили въ судебномъ засѣданіи обстоятельный отчетъ объ оказавшемся при освидѣтельствovanіи или испытаніи». Что касается предварительнаго слѣдствія, то принципъ со-

ствязательности, въ примѣненіи къ экспертамъ, не допущенъ здѣсь даже въ такихъ условныхъ размѣрахъ, какъ на слѣдствіи судебномъ. Повѣрка экспертизы здѣсь совершается исключительно по инициативѣ судебного слѣдователя и притомъ экспертами, имъ выбранными, или же высшимъ специальнымъ установленіемъ. Ст. 334 уст. суд. говоритъ: «Въ случаѣ сомнѣнія въ правильности заключенія свѣдущихъ людей, или при разногласіи въ мнѣніи ихъ, судебный слѣдователь требуетъ заключенія отъ другихъ свѣдущихъ людей, или о командированіи ихъ представляетъ высшему специальному установленію, или же отправляетъ туда самый предметъ изслѣдованія, когда это возможно». Ст. 345 говоритъ: «Въ случаѣ противорѣчія свидѣтельства съ обстоятельствами слѣдствія, или разногласія въ мнѣніи врачей, или сомнѣнія въ правильности истолкованія найденныхъ признаковъ, судебный слѣдователь представляетъ копію свидѣтельства во врачебное отдѣленіе губернскаго правленія, которое разрѣшаетъ сомнѣніе или затребованіемъ дополнительныхъ объясненій отъ врачей, или назначеніемъ переосвидѣтельствванія».

Изъ сказаннаго видно, что, въ нашемъ уголовномъ процессѣ, принципъ состязательности, въ примѣненіи къ экспертизѣ, допущенъ, до известной степени, на судебномъ слѣдствіи, но совершенно исключенъ изъ предварительнаго.

По обще-германскому уст. уг. судопр., на предварительномъ слѣдствіи, начало состязательности экспертовъ допущено въ достаточныхъ размѣрахъ. Именно, подсудимый имѣетъ право ходатайствовать, чтобы эксперты, которыхъ онъ намѣренъ вызвать къ судебному засѣданію, были допущены къ слѣдствію и, въ случаѣ отказа въ ходатайствѣ, можетъ ихъ самъ представить. Призваннымъ подсудимымъ экспертамъ дозволяется принимать участіе въ осмотрѣ и прочіихъ изслѣдованіяхъ, подъ тѣмъ, однако, условіемъ, что участіе это не будетъ мѣшать назначеннымъ судьей экспертамъ въ исполненіи ихъ обязанности (ст. 193). Самый вызовъ экспертовъ къ судебному слѣдствію, а. слѣд., и къ предварительному, зависитъ отъ усмотрѣнія судьи; въ случаѣ отказа, подсудимому предоставляется, впрочемъ, принять вызовъ на свой счетъ. Вызываемое непосредственно подсудимымъ лицо тогда только, однако, обязано явиться, когда ему обеспечена подсудимымъ уплата полагаемаго денежнаго возмѣщенія. Если бы, впрочемъ, на судебномъ слѣдствіи оказалось, что допросъ непосредственно подсудимымъ вызваннаго лица содѣйствовалъ разъясненію дѣла, то вознагражденіе такому лицу, по опредѣленію суда, можетъ бытъ отнесено на счетъ государственнаго казначейства (ст. 219). Такимъ образомъ, обще-герм. уст. уг. судопр. представляетъ условное проведеніе начала состязательности экспертизы, такъ какъ участіе экспертовъ на предварительномъ слѣдствіи допущено лишь настолько, насколько оно не будетъ мѣшать экспертамъ, назначеннымъ судьей. Но понятіе «помѣхи», какъ это совершенно ясно, слишкомъ растяжимо: официальные эксперты въ каждомъ дѣйствіи и словѣ экспертовъ подсудимаго могутъ усмотрѣть для себя

помѣху. Тѣмъ не менѣе, за вычетомъ рѣдкихъ случаевъ страстнаго столкновенія экспертовъ, въ германскомъ процессѣ, на предварительномъ слѣдствіи, всетаки подсудимому дано средство контролировать изслѣдованія официальныхъ экспертовъ.

Нельзя не замѣтить, что постановленія обще-германскаго уст. уг. судопр., допускающія, на предварительномъ слѣдствіи, контроль подсудимаго надъ официальными экспертами, больше обезпечиваютъ истину, чѣмъ правила нашего устава. Мнимый контроль, даваемый нашимъ уставомъ, въ ст. 343, очевидно, недостаточенъ. Ст. 343 гласитъ: «Судебный слѣдователь и понятыя, а также и другія приглашенныя къ осмотру мертвaго тѣла лица имѣютъ право заявлять свое мнѣніе о тѣхъ дѣйствіяхъ, и объясненіяхъ врача, которые имъ покажутся сомнительными. Мнѣнія ихъ вносятся въ протоколъ».

Интересную попытку введенія начала состязательности въ дѣло экспертизы представляетъ французскій проектъ преобразованія способа отобранія заключеній свѣдущихъ лицъ, выработанный во второй половинѣ прошлаго столѣтія.

Проектъ настолько замѣчателенъ и затрагиваетъ такіе существенные вопросы, что мы приведемъ въ подлинникѣ основные его пункты.

Art. 52: «Dans tous les cas où le transport lui paraît nécessaire, le juge d'instruction se rend sur les lieux, après en avoir donné avis au procureur de la République et au conseil, pour dresser les procès-verbaux à l'effet de constater le corps du délit, l'état des lieux et pour recevoir les déclarations des témoins».

Art. 61: «Le juge d'instruction désigne, au besoin, sur la liste annuelle dressée suivant l'article 68, un ou plusieurs experts qu'il charge des opérations qui lui paraissent nécessaires à la découverte de la vérité».

Art. 62: «L'inculpé peut choisir sur ladite liste un expert qui a droit d'assister à toutes les opérations, d'adresser toutes réquisitions aux experts désignés par le juge d'instruction et consigne ses observations, soit au pied du procès-verbal, soit à la suite du rapport».

S'il y a plusieurs inculpés, ils doivent se concerter pour faire cette désignation.

Le choix doit être fait, quarante-huit heures au plus tard, après l'avis qui est donné à l'inculpé de la désignation du premier expert.

Art. 63: «Le juge d'instruction statue, sauf recours à la Chambre du conseil, sur tous les incidents qui s'élèvent au cours de l'expertise».

Il peut, en tout état de cause adjoindre un ou plusieurs experts à ceux précédemment désignés».

Art. 64: «Tout expert prête, devant le juge d'instruction, serment, de remplir sa mission en honneur et conscience».

Art. 65: «Les rapports d'experts doivent être tenus à la disposition des parties quarante-huit heures après leur dépôt.

Art. 66: «Si les circonstances l'exigent, le juge d'instruction peut ordonner qu'il sera procédé à une expertise d'urgence et par tels experts qu'il jugera utile de choisir, même en dehors de la liste annuelle.

Dans ce cas l'inculpé, s'il est présent, peut désigner immédiatement un expert pris sur les lieux.

S'il ne l'a pas fait, il a le droit, après la communication du rapport, de choisir sur la liste annuelle un expert qui examine le travail des experts commis et présente les observations et les réquisitions».

Art. 67: «Si l'expertise a été achevée avant l'arrestation ou la mise en cause de l'inculpé, il est procédé immédiatement après la mise en cause ou l'arrestation, comme il est dit au paragraphe 4 de l'article précédent».

Art. 68: «La liste des experts qui exercent devant les tribunaux est dressée, chaque année, pour l'année suivante, par les Cours d'appel, sur l'avis des facultés, des tribunaux civils et des tribunaux et chambres de commerce».

Въ этомъ проектѣ замѣчательны два положенія:

1) Ежегодно апелляціонными судами, на основаніи заключеній факультетовъ и трибуналовъ, составляется, на годъ впередъ, списокъ экспертовъ, долженствующихъ отправлять обязанности свѣдущихъ лицъ при судахъ округа.—Въ эксперты, значить, будутъ попадать люди, напередъ оцѣненные болѣе или менѣе внимательно. Правда, слѣдователь, въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства, можетъ пригласить и другихъ экспертовъ, въ списокѣ неозначенныхъ, но все таки списокъ экспертовъ будетъ нормальнымъ матеріаломъ для выбора. Списокъ этотъ можетъ оказаться очень полезнымъ, по крайней мѣрѣ, въ томъ отношеніи, что въ суды не будутъ попадать случайные эксперты, по темнымъ мотивамъ, безъ всякихъ гарантій ихъ добросовѣстности. Роль эксперта, какъ научнаго судьи, такъ важна въ судѣ, что выборъ его долженъ быть обставленъ, по крайней мѣрѣ, настолько осторожно, насколько ограждается выборъ порядочныхъ присяжныхъ засѣдателей. Научные эксперты суть специальное жури; слѣдовательно, предварительное составленіе списка годныхъ экспертовъ является дѣломъ совершенно необходимымъ.

2) Подсудимый, изъ ежегоднаго списка экспертовъ, выбираетъ себѣ одного, котораго права, на предварительномъ слѣдствіи, очень велики: онъ присутствуетъ при всѣхъ дѣйствіяхъ экспертовъ судебного слѣдователя, представляетъ свои возраженія и пишетъ эти возраженія или на самомъ протоколѣ, или въ дополнительномъ рапортѣ.

Здѣсь принципъ состязательности проведенъ очень широко. Нельзя, однако, сомнѣваться, что главное достоинство этого порядка не въ самомъ состязаніи, а въ томъ, что экспертиза имѣетъ

всѣ шансы избѣгнуть односторонности и сдѣлаться полною, многостороннею. Что подсудимые не будутъ выбирать себѣ темныхъ экспертовъ, способныхъ на недобросовѣстное запутываніе дѣла, въ этомъ ручается списокъ экспертовъ, составленный высшимъ судебнымъ учрежденіемъ. Если этотъ списокъ и не будетъ огражденъ отъ плохихъ судебныхъ медиковъ, то, онъ во всякомъ случаѣ, помѣшаетъ вторженію въ судъ людей явно недобросовѣстныхъ.

Не безъ того, конечно, что въ иномъ случаѣ и экспертъ списокный, выбранный вліятельнымъ или богатымъ подсудимымъ, будетъ запутывать дѣло умышленно. Но гдѣ же тѣ законы и учрежденія, которые могутъ предотвратить въ будущемъ единичныя злоупотребленія?

Французскій проектъ преобразованія экспертизы заслуживаетъ полнаго вниманія законодателей и юристовъ¹⁾.

По поводу проектированія французскимъ законодательствомъ списокъ экспертовъ, нельзя не замѣтить, что по нашему уст. уг. судопр. выборъ экспертовъ совсѣмъ не обставленъ надлежащими гарантіями.

Такъ, по ст. 337, судебный слѣдователь можетъ выбрать экспертомъ не только городского или полицейскаго врача, но, въ случаѣ его неявки по уважительной причинѣ, и всякаго другаго гражданскаго, военнаго или вольнопрактикующаго врача. Такимъ образомъ, не только можетъ попасть въ судъ врачъ, не имѣющій никакихъ судебно-медицинскихъ свѣдѣній, но и врачъ, способный на всякія недобросовѣстныя сдѣлки, на всякіе научныя подлоги.

Списокъ экспертовъ, составленный, на годъ впередъ, судебною палатою, по указаніямъ факультетовъ и врачебныхъ отдѣленій, былъ бы во всякомъ случаѣ полезнымъ приѣмомъ и у насъ.

Въ дополненіе нельзя не сказать, что каковъ бы ни былъ порядокъ выбора экспертовъ, государство, прежде всего, должно озаботиться приготовленіемъ хорошихъ судебныхъ медиковъ, такъ какъ этотъ родъ научныхъ экспертовъ нуждается въ особой подготовкѣ. Судебная медицина есть специальность, тѣмъ болѣе трудная, что она, кромѣ обширныхъ естественно-научныхъ и медицинскихъ познаній, требуетъ большой технической споровки въ производствѣ изслѣдованій. Всякій психіатръ можетъ явиться предъ судомъ судебнымъ психопатологомъ: его судебная функція не требуетъ особыхъ техническихъ приѣмовъ. Но не каждый врачъ можетъ явиться предъ судомъ судебнымъ медикомъ. Для дачи экспертизы требуется специальное знакомство съ медициною, служащею судебнымъ цѣлямъ. Все, нужное, въ научномъ отношеніи, практическому врачу, нужно и судебному медику; но не все, нужное судебному медику, нужно практическому врачу. Факультеты

¹⁾ Но и въ настоящее время, во Франціи, экспертиза по уголовнымъ дѣламъ, въ противоположность гражданскому процессу, остается несвязательною, см. Vidal. Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, troisieme edit., 1906 p. 818.

едва ли могутъ, въ теченіе университетскаго курса, приготовить судебныхъ врачей; желающій стать судебнымъ медикомъ долженъ посвятить нѣсколько лѣтъ работы специальному труду.

Основное наше возрѣніе на эксперта, какъ на научнаго судью, нисколько не зависитъ отъ того, допускается ли на предварительномъ слѣдствіи экспертъ со стороны подсудимаго, или нѣтъ. Принципъ состязательности, въ примѣненіи къ экспертамъ, есть только одна изъ подробностей, болѣе или менѣе содѣйствующая совѣщанію экспертовъ, которое мы считаемъ главнѣйшимъ условіемъ правильной экспертизы. Думаемъ, что введеніе состязательности въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ она допущена германскимъ процессомъ, можетъ быть только полезна. Главное достоинство состязательности, на предварительномъ слѣдствіи, заключается въ томъ, что она можетъ противодѣйствовать односторонности экспертизы, а односторонность ея на слѣдствіи, во многихъ случаяхъ, непоправима, вполнѣдствіи, никакими средствами.

Предлагая введеніе начала состязательности въ экспертизу на предварительномъ слѣдствіи, мы нисколько не преувеличиваемъ значенія этой мѣры для улучшенія судебно-медицинскихъ заключеній. Никакой порядокъ отобранія экспертизы не обезпечитъ правильности научныхъ приговоровъ, если судебные врачи будутъ несвѣдущи. Покойный профессоръ Эргардтъ, всегда относившійся съ живѣйшимъ интересомъ къ вопросу объ экспертизѣ въ нашемъ уголовномъ судѣ, даетъ неутѣшительное заключеніе о главной причинѣ неудовлетворительности русской судебно-медицинской экспертизы. «Эта главная причина, говоритъ онъ (см. его публичную лекцію объ экспертизѣ по дѣлу Сарры Беккеръ, Кіевъ, стр. 27), состоитъ въ незнаніи, неумѣніи и въ прямомъ послѣдствіи незнанія—въ недостаткѣ интереса къ дѣлу». Добываніе знанія не только возбуждаетъ интересъ къ дѣлу, но, въ большинствѣ случаевъ, возвышаетъ и моральную сторону челоуѣка, укрѣпляя въ немъ величайшее качество истинной культуры—правдивость.

Мы, однако, должны прибавить, что психіатры весьма часто настраиваютъ противъ себя судъ не потому, что ихъ заключенія неосновательны, а потому что судьи совсѣмъ несвѣдущи въ психіатріи, и по этой собственно причинѣ экспертиза психопатологовъ имъ кажется или слишкомъ смѣлою, или слишкомъ легковѣсною. Совершенно не берутъ во вниманіе, что психіатрія находится еще на степени довольно грубой эмпирической науки, представляющей группы, картины явленій, безъ строго-научнаго объясненія причинъ ихъ.

КНИГА ТРЕТІЯ.

Собственное признаніе обвиняемаго.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Собственнымъ признаніемъ подсудимаго называется сдѣланное имъ сознание въ совершеніи преступленія, составляющаго предметъ обвиненія.

О С Н О В А Н І Я .

Нужно отличать собственное признаніе обвиняемаго, представляющее сознание въ совершеніи преступленія, отъ показаній обвиняемаго, которыми онъ признаетъ какіе-либо факты противъ своихъ интересовъ въ судебномъ дѣлѣ. Подъ собственнымъ признаніемъ обвиняемаго мы разумѣемъ сдѣланное сознание въ совершеніи преступленія, хотя бы это сознание было обставлено, какъ это очень часто и бываетъ въ дѣйствительности, различными ограниченіями, видоизмѣняющими субъективный или объективный составъ преступленія, дающими всему преступному событію совсѣмъ другой характеръ и приписывающими ему совсѣмъ другіе мотивы, чѣмъ это утверждаетъ обвиненіе. Словомъ,—собственное признаніе обвиняемаго есть, въ общемъ, признаніе обвиненія, безъ ограниченій, или съ ограниченіями.

Ближайшимъ образомъ подходитъ наше опредѣленіе къ опредѣленію Титмана¹⁾: «Заявленіе обвиняемаго, что то, въ чемъ его обвиняютъ, вѣрно, или что онъ совершилъ наказуемое дѣяніе, называется собственнымъ признаніемъ». Опредѣленія другихъ процессуалистовъ — Миттермайера, Гейера, Гросса, Варга, Лозинга представляютъ болѣе или менѣе видоизмѣненныя положенія, въ которыхъ, однако, соединяются въ одно—сознаніе и признаніе какого-либо отдѣльнаго, невыгоднаго обстоятельства. Между тѣмъ, подъ собственнымъ признаніемъ слѣдуетъ разумѣть только одно сознание, которое вѣдь влечетъ за собою важныя процессуальныя послѣдствія: въ процессѣ строгообвинительномъ—устраненіе вердикта присяжныхъ, а въ нашемъ, напримѣръ, процессѣ, по ст. 681 Устава уг. судопр., устраненіе производства судебного слѣдствія,

¹⁾ См. Dr. Lohsing, Das Geständniss in Strafsachen, Halle, 1905, S. 9 ff., гдѣ собраны разныя опредѣленія собственнаго признанія.

если признаніе подсудимаго не вызываетъ никакого сомнѣнія, — въ случаѣ же такого сомнѣнія обязательно производство судебного слѣдствія (ст. 682). При этомъ, по существующей у насъ практикѣ (кас. р. ^{90/12} Гостева), для примѣненія ст. 681, необходимо, чтобы подсудимый сознался въ томъ преступленіи, которое ему приписывается обвинительнымъ актомъ; если же онъ сознался въ преступленіи меньшей важности, о коемъ необходимо поставить второй условный вопросъ присяжнымъ, то обвиненіе должно быть провѣрено судебнымъ слѣдствіемъ.

Стивенъ ¹⁾ такъ опредѣляетъ собственное признаніе: «A confession is an admission at any time by a person charged with a crime, stating or suggesting the inference that he committed the crime. Confessions, if voluntary, are deemed to be relevant facts as against the persons who make them only», т. е. «собственное признаніе есть признаніе, сдѣланное въ какое-либо время лицомъ, обвиняемымъ въ преступленіи, устанавливающее или подсказывающее заключеніе, что то лицо совершило преступленіе. Признаніе, добровольно сдѣланное, почитается относящимся къ дѣлу обстоятельствомъ лишь въ отношеніи тѣхъ лицъ, коими оно сдѣлано». Мы считаемъ выраженіе этого опредѣленія «подсказывающее» неудобнымъ и даже вводящимъ невѣрное начало. Признаніе подсудимаго должно быть прямо выражено въ словахъ, а не «подсказываемо» его словами, непрямыми и, можетъ быть, двусмысленными. Подсказываніе можетъ померещиться иногда тамъ, гдѣ его совсѣмъ не было, благодаря недисциплинированному воображенію судебного дѣятеля, наклоннаго къ осужденію и усматриванію преступленія вездѣ, гдѣ имѣется тайна.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Признаніе подсудимымъ какаго-либо факта, для него невыгоднаго, не можетъ быть разсматриваемо, какъ собственное признаніе виновности.

ОСНОВАНІЯ.

Если бы изъ факта, признаннаго подсудимымъ и невыгоднаго для него, можно построить признаніе, то оно было бы не «сдѣланное подсудимымъ», а судьею. Но признаніе должно быть дано подсудимымъ и именно въ отношеніи преступнаго дѣянія, выставленнаго въ обвинительномъ актѣ. Подсудимый можетъ, на примѣръ, признать, что онъ былъ во враждѣ съ человѣкомъ, который найденъ былъ убитымъ, неизвѣстно кѣмъ, но это не означаетъ, что подсудимый признался въ преступленіи, которое ему приписано обвиненіемъ.

¹⁾ Fitz James Fitzjames Stephen, A. Digest of the Law of Evidence, 7-е изд., 1906, p. 29.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ТРЕТЬЕ.

Подсудимый никогда не можетъ быть разсматриваемъ, какъ свидѣтель, и не можетъ поэтому быть поставленъ въ процессуальное положеніе такового.

ОСНОВАНІЯ.

Именно эту ошибку и совершилъ англійскій законъ «объ уголовныхъ доказательствахъ», изданный въ 1898 г., глубоко врѣзавшійся въ англійскій уголовный процессъ, и произведшій тамъ большія измѣненія, потому лишь не вредящія правосудію, что въ Англии имѣется превосходная, независимая магистратура, проникнутая высокимъ чувствомъ долга и справедливости. Сущность закона, который былъ внесенъ и принятъ «ради огражденія новинныхъ» состоитъ въ томъ, что подсудимому, дотогдѣ бывшему въ англійскомъ процессѣ какъ бы нѣмымъ свидѣтелемъ процесса о немъ, дозволяется, въ настоящее время, явиться свидѣтелемъ по своему дѣлу, и дать присяжное показаніе, подвергаясь, какъ и всякій свидѣтель, перекрестному допросу противной стороны, а также допросу судьи. Какъ всякій свидѣтель, онъ въ этомъ случаѣ принимаетъ присягу и показываетъ въ той же ложѣ, гдѣ обыкновенно даетъ свое показаніе свидѣтель (witness-box). Если онъ ложно покажетъ, то подлежитъ преслѣдованію за клятвопреступленіе, хотя бы по обвиненію основному, по которому давалъ свое свидѣтельское показаніе, онъ и былъ оправданъ. Если подсудимый не пожелалъ давать свидѣтельское показаніе, не захотѣлъ стать въ свидѣтельской ложѣ, то такое его нежеланіе не можетъ быть предметомъ замѣчаній противной стороны, но судья дозволяется по этому поводу сдѣлать замѣчанія (comment). Изложенный законъ, составляющій, впрочемъ, послѣдствіе основнаго начала, по которому уголовный процессъ, въ Англии, разсматривается, какъ борьба двухъ сторонъ, составляетъ замаскированный инквизиціонный допросъ подсудимаго и подрываетъ всемірно-славную объективность англійскаго уголовного процесса. Судья и обвинитель имѣютъ право допрашивать подсудимаго, пожелавшаго показывать по своему дѣлу! Этого положенія достаточно, чтобы сразу показать всю опасность обрѣцаемаго нами закона. И прежде всего онъ нарушаетъ основное начало всякаго правильнаго уголовного процесса: «Nemo tenetur accusare se ipsum», «никто не обязанъ самъ себя обвинять». Принять другое руководящее положеніе значитъ признать, что бываютъ случаи, когда человѣка можно закономъ принудить къ самоубійству. Далѣе, нельзя не признать, что новый законъ соблазняетъ или наталкиваетъ людей на клятвопреступленіе, которое карается, въ этомъ случаѣ, помимо осужденія или оправданія по основному обвиненію. Въ результатѣ получается: допросъ подсудимаго подъ угрозю наказанія за лживое показаніе, которымъ подсудимый, по чувству самосохра-

ненія, желалъ спасти себѣ жизнь или свободу! Это, по истинѣ, чудовищный результатъ превращенія подсудимаго въ свидѣтеля.

Разница между свидѣтелемъ обыкновеннымъ и свидѣтелемъ-подсудимымъ, по Evidence Act 1898 г., состоитъ въ томъ, что обыкновенному свидѣтелю можно предлагать вопросы, касающіеся его дурной репутаціи (bad character); подсудимому-свидѣтелю же такіе вопросы, и при томъ по общей репутаціи лишь, могутъ быть предлагаемы только тогда, когда онъ самъ будетъ доказывать свою добрую репутацію. Вопросовъ о прежнихъ преступленіяхъ подсудимому-свидѣтелю предлагать нельзя. Въ заключеніе нельзя не замѣтить, что разсматриваемый нами законъ «Criminal Evidence Act» 1898 г. нарушаетъ еще одно основное начало англійскаго уголовного процесса, именно—что обвинитель обязанъ доказать свое обвиненіе внѣ всякаго разумнаго сомнѣнія (that it is incumbent on the prosecution to prove the guilt of an accused person beyond all reasonable doubt). Одинъ англійскій писатель вкладываетъ, по этому поводу, слѣдующія слова въ уста присяжнымъ къ обвинителю: «Ты говоришь, что подсудимый совершилъ преступленіе; хорошо, докажи это! Но недостаточно, если ты внушишь намъ убѣжденіе, что весьма вѣроятно, что подсудимый совершилъ преступленіе; нѣтъ, ты намъ долженъ положительнѣе доказать, что онъ совершилъ это преступленіе. Не подсудимый обязанъ опровергнуть обвиненіе, а ты долженъ его доказать неопровержимо. Ты намъ долженъ такъ ясно показать виновность, что если бы даже мы имѣли личный интересъ въ дѣлѣ—если бы дѣло касалось нашихъ собственныхъ кармановъ¹⁾ мы бы все таки были вынуждены своею совѣстью спокойно осудить подсудимаго. Если ты можешь въ такой степени доказать виновность подсудимаго, тогда хорошо,—мы своимъ приговоромъ выразимъ уваженіе закону и суду. Меньшимъ же доказательствомъ мы не можемъ удовлетвориться. Если же ты хочешь изъ этого дѣла сдѣлать для насъ только сильно подозрительный случай, при которомъ все же останется хотя малѣйшая возможность невинности подсудимаго, то мы его оправдаемъ». Эта рѣчь есть чисто англійская, проникнутая тѣми высшими началами правосудія, которые дали англійскому процессу славу справедливѣйшаго суда въ свѣтѣ²⁾.

¹⁾ «If it affected our pockets», см. Zeitschrift für. gesam. Strafrechtswissenschaft, 224.

²⁾ Правило, по которому подсудимый можетъ быть допрошенъ, какъ свидѣтель подъ присягою, дѣйствуетъ и въ Америкѣ, почти во всѣхъ штатахъ, также въ Австраліи и Канадѣ. Въ англійскомъ уголовномъ процессѣ это правило не представляетъ тѣхъ опасностей, какія оно давало бы на континентѣ Европы. Но и въ этомъ процессѣ оно часто влечетъ за собою послѣдствія, которыхъ не было бы, если бы подсудимый не солгалъ (См. Adolf Hartmann, Die Strafrechtspflege in Amerika, Berlin, 1906, S. 234).

Фридманъ (Was ich erlebte, В. II, 1896—1909, Berlin, 1909, S. 27), самъ имѣвшій несчастье подвергнуться уголовному преслѣдованію по мошеннической надъ нимъ предѣлкѣ знаменитаго нашего Савина, говорить объ американской судебной процедурѣ предъ присяжными слѣдующее: «Въ американскомъ судопроизводствѣ съ присяжными подсудимый представляетъ, такъ сказать, совсѣмъ стороннюю фигуру (Nebensache). Законъ не вынуждаетъ его, подобно тис-

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Собственное признаніе почитается судебнымъ доказательствомъ лишь въ томъ случаѣ, когда оно было дано вполне добровольно.

ОСНОВАНІЯ.

Собственное признаніе, «*regina probationum*», королева доказательствъ», тогда, однако, можетъ быть признано судебнымъ доказательствомъ, сила котораго, впрочемъ, оцѣнивается по свободному внутреннему убѣжденію, когда оно дано вполне свободно и добровольно.

Исторія процессуальнаго добыванія собственнаго признанія, путемъ пытки, сначала ф и з и ч е с к о й—въ старомъ инквизиціонномъ процессѣ, а позже н р а в с т в е н н о й въ за нимъ послѣдовавшемъ, нѣсколько смягченномъ слѣдственномъ процессѣ, не можетъ быть нами здѣсь изложена, безъ выхода изъ границъ нашей книги. Исторія пытки, какъ средства добыванія собственнаго признанія, есть достаточно извѣстная, печальная стралица изъ исторіи уголовного правосудія. Атавистически, въ видѣ возмутительнаго, преступнаго злоупотребленія властью, быть можетъ, встрѣчается иногда пытка физическая и въ настоящее время, въ какихъ-нибудь мрачныхъ подпольяхъ полуазятскихъ государствъ. Нельзя поручиться, чтобы и въ настоящее время, у отсталыхъ и темныхъ народовъ, не встрѣчались тупые и жестокие люди, которые не прочь были бы отъ возвращенія къ пыткѣ физической, какъ къ средству добыванія собственнаго признанія и вообще истины въ уголовномъ судѣ. Въ исторіи человѣчества ни за что поручиться нельзя!

Но подобныя желанія едва ли могутъ укорениться въ настоящее время. Говоримъ «едва-ли», потому что нѣкоторые виды физической пытки, только въ нѣсколько болѣе приличной формѣ, существуютъ и въ современномъ правосудіи, такъ какъ тюремное заключеніе можетъ быть осуществляемо и весьма часто осу-

камъ европейскаго права, или высказываться по своему дѣлу, или молчать, вызывая тѣмъ подозрѣніе, что онъ боится всякихъ очныхъ ставокъ или объясненій со свидѣтелями. Въ началѣ судебной процедуры, въ Америкѣ, обвинитель и защитникъ объясняютъ судѣ свою систему, т. е. объясняютъ судѣ свое пониманіе дѣла и то, что именно они намерены доказывать. Потомъ обѣ стороны допрашиваютъ своихъ свидѣтелей, подѣ перекрестнымъ допросомъ противной стороны. Если подсудимый желаетъ дать свое объясненіе объ основаніяхъ обвиненія, то защитникъ вызываетъ его *въ качествѣ свидѣтеля*. Онъ, подобно другимъ свидѣтелямъ, дѣлуется библію, обѣщаетъ показывать сущую правду и даетъ свое объясненіе.

Институтъ, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, не представляется столь опаснымъ въ странахъ свободныхъ, напримѣръ, въ Америкѣ, гдѣ вообще мягкость преобладаетъ въ уголовномъ правосудіи. Въ Европѣ отъ уголовного правосудія до сихъ поръ отдаетъ мрачнымъ застѣнкомъ; въ Америкѣ замѣтно преобладаетъ въ уголовномъ правосудіи *защитительная тенденція*. Вотъ что говоритъ *Гартманъ*

ществляется на дѣлѣ такими способами, что несомнѣнно представляеть родъ физической пытки. Мы уже не говоримъ о томъ, что современное правосудіе вообще еще не очистилось отъ приѣмовъ нравственной пытки на основѣ физическихъ тягостей способовъ лишенія свободы. Какъ бы то ни было, официально пытка у насъ, въ Россіи, отмѣнена лишь при Императорѣ Александрѣ I-мъ, указомъ 1801 г. сентября 27. Не можемъ себѣ отказать въ удовольствіи привести этотъ указъ въ подлинныхъ выраженіяхъ его: «Съ крайнимъ огорченіемъ дошло до свѣдѣнія моего, что, по случаю частыхъ пожаровъ въ городѣ Казани, взятъ былъ по подозрѣнію въ зажитательствѣ одинъ тамошній гражданинъ подъ стражу, былъ допрошенъ и не признался, но пытками и мученіемъ исторгнуто у него признаніе и онъ преданъ суду. Въ теченіе суда вездѣ, гдѣ было можно, онъ, отрицаясь отъ вынужденнаго признанія, утверждалъ свою невинность; но жестокость и предубѣжденіе не вняли его гласу— осудили на казнь. Въ срединѣ казни и даже по совершеніи оной, тогда, какъ не имѣлъ онъ уже причинъ искать во лжи спасенія, онъ призывалъ всенародно Бога во свидѣтели своей невинности и въ семъ признаніи умеръ. Жестокость, толико вопіющая, злоупотребленіе власти, столь притѣснительное, и нарушеніе законовъ въ предметѣ толико важномъ и существенномъ, заставило Меня во всей подробности удостовѣриться на самомъ мѣстѣ сего происшествія въ истинѣ онаго, и на сей конецъ отправилъ Я въ Казань флигель-адъютанта Моего, полковника Албеділа, чтобы съ извѣстнымъ Мнѣ его безпристрастіемъ онъ обнаружилъ всѣ дѣла сего обстоятельства. Донесеніе его, на очевидныхъ доказательствахъ основанное, къ истинному сожалѣнію Моему, не только утвердило свѣдѣнія, до Меня дошедшія, но и удостовѣрило, что не въ первый разъ допущены тамошнимъ правительствомъ таковыя безчеловѣчныя и противозаконныя мѣры. Препровождая при семъ въ оригиналѣ донесеніе сіе и всѣ доказательства, на коихъ оно основано, повелѣваю Правительствующему Сенату немедленно войти въ разсмотрѣніе его; всѣхъ, кои окажутся виновными въ семъ дѣлѣ по злоупотребленію власти какъ въ главномъ управленіи, такъ и въ исполненіи онаго, по отступленію въ порядкѣ производства и ревизіи

Die Strafrechspflege in Amerika, Berlin, 1906 г.), на основаніи личнаго изученія уголовной юстиціи въ Америкѣ. «Защитительная тенденція въ судѣ и значительная мягкость въ матеріальномъ уголовномъ правѣ и тюремномъ быту идутъ, въ Америкѣ, рука объ руку и достигли степени, поразительной для европейца... Даже при совершеніи тяжкаго преступленія, взглядъ въ обществѣ на дѣло мягокъ. Подозрѣнію не придаютъ большого значенія, а когда имѣется достовѣрность, люди заводятъ рѣчь о снисхожденіи на основаніи прежней жизни подсудимаго и обстоятельствъ дѣла. Американская жизнь полна радостныхъ надеждъ... Жизнерадостность, обвѣвающая всю американскую жизнь, кажется, проникаетъ и въ судебный залъ, и въ тюрьму... Американскій оптимизмъ поднимаетъ настроеніе...» Мы придаемъ большее значеніе личнымъ наблюденіямъ Гартмана и не думаемъ, что примѣры суда Линча надъ неграми, поражающіе жестокостью и несправедливостью, опровергаютъ сообщенія Гартмана о мягкости американскаго правосудія. Зоологическая расовая вражда такъ ослѣпляеть, что и культурный человѣкъ временами ожесточается до степени звѣрства.

слѣдствія и суда и по неуваженію его гласности и его явныхъ слѣдовъ преступленія, судить по всей строгости и нелицепріятности закона, и въ отрѣшеніи подсудимыхъ отъ должностей, поступая по точной силѣ онаго, на мѣста, зависящія отъ утвержденія Моего, представить кандидатовъ, прочіе же наполнить достойными чиновниками по установленному порядку. Правительствующій Сенатъ, зная всю важность сего злоупотребленія, и до какой степени оно противно самымъ первымъ основаніемъ правосудія и притѣснительно всѣмъ правамъ гражданскимъ, не оставитъ при семъ случаѣ сдѣлать повсемѣстно по всей Имперіи найстрожайшія подтвержденія, чтобы нигдѣ, ни подъ какимъ видомъ ни въ низшихъ, ни въ высшихъ правительствахъ и судахъ, никто не дерзалъ ни дѣлать, ни допускать, ни исполнять никакихъ истязаній подъ страхомъ неминуемаго и строгаго наказанія; чтобы присутственные мѣста, коимъ закономъ предоставлена ревизія уголовныхъ дѣлъ, въ основаніе своихъ сужденій и приговоровъ полагали личное обвиняемыхъ предъ судомъ, сознаніе, что въ теченіе слѣдствія не были они подвержены какимъ либо пристрастнымъ допросамъ, и чтобы, наконецъ самое названіе пытки, стыдъ и укоризну челоуѣчеству наносящее, изглажено было навсегда изъ памяти народной».

Изглажено ли? Въ этомъ — жуткій вопросъ современности. Собственное признаніе тогда только можетъ считаться судебнымъ доказательствомъ, когда оно дано вполне добровольно. Это качество ставилось необходимымъ условіемъ *sine qua non* сознанія уже у юристовъ-практиковъ слѣдственнаго процесса. Стивенъ такъ говоритъ о добровольности собственнаго признанія¹⁾: «No confession is deemed to be voluntary if it appears to the judge to have been caused by any inducement, threat, or promise, proceeding from a person in authority and having reference to the charge against the accused person, whether addressed to him directly or brought to his knowledge indirectly», т. е. «собственное признаніе не можетъ считаться добровольнымъ, если лицо, имѣющее законную власть, вызвало его внушеніемъ, угрозою, или обѣщаніемъ лицу, обвиняемому въ преступленіяхъ, сдѣланными непосредственно или же посредственно». Понятно, что судья долженъ признать, что указанныя внушеніе, угроза и обѣщаніе могли подать обвиняемому разумное основаніе предполагать, что, сдѣлавъ признаніе, онъ достигнетъ извѣстной выгоды или избѣгнетъ зла въ процессѣ, противъ него наряженномъ.

Далѣе, по англійской теоріи доказательствъ, собственное признаніе, сдѣланное послѣ того, какъ впечатлѣніе отъ обѣщанія, угрозы или внушенія, какъ незаконныхъ средствъ, примѣненныхъ въ дѣлѣ, было устранено, считается добровольнымъ (a confession is deemed voluntari if in the opinion of the judge it is shown to have been made after the complete removal of the impression produced by any inducement, threat or promise which would otherwise rende it

1) Stephen, A. Digest of law of evidence, 7-е изд., 1906, Art. 22.

involuntary). Конечно, въ жизни не такъ то легко съ точностью опредѣлить, что считать внушеніемъ, угрозою или обѣщаніемъ, и въ англійской практикѣ мы находимъ много противорѣчивыхъ толкованій. Основнымъ началомъ, при рѣшеніи казуистическихъ вопросовъ здѣсь, должна служить та совокупность жизненныхъ условій, среди которыхъ сдѣланы были внушенія, обѣщанія или угрозы. Что въ иномъ случаѣ было бы внушеніемъ, въ другой обстановкѣ можетъ представиться малозначущею фразою. Фраза, обращенная къ обвиняемому: «самое лучшее и самое безопасное для васъ говорить только правду» можетъ считаться и содержащею обѣщаніе, и самую шаблонною, обыденною, обыкновеннымъ напоминаніемъ говорить правду. Въ судѣ предсѣдатель часто говоритъ свидѣтелямъ: «нарушеніе присяжнаго обѣщанія говорить правду влечетъ строго уголовное наказаніе». Эта фраза иногда имѣетъ видъ угрозы, а иногда видъ обыкновеннаго напоминанія.

Ученіе о добровольности собственнаго признанія приводитъ послѣдовательно къ вопросу о постановкѣ, въ процессѣ, с п о с о б а до пр о с а п о д с у д и м а г о. Допросъ обвиняемаго есть необыкновенно важное судебное дѣйствіе, имѣющее рѣшающее вліяніе на весь ходъ дѣла. Въ строго-обвинительномъ процессѣ нѣтъ допроса обвиняемаго. Ему говорятъ, что онъ не обязанъ отвѣчать на вопросы, но что все, имъ сказанное, будетъ записано въ протоколъ и приводится противъ него. Нѣсколько замутило чистоту англійскаго процесса, не знавшаго допроса подсудимаго, введеніе изложеннаго нами допроса подсудимаго, въ качествѣ свидѣтеля, на основаніи Criminal Evidence Act 1898 г., о которомъ мы говорили выше. Въ слѣдственно-обвинительномъ процессѣ, а именно въ худшемъ его образцѣ, во французскомъ, допросъ подсудимаго имѣетъ отталкивающій характеръ борьбы всесильнаго, инквизиторски-спокойнаго предсѣдателя съ затравленнымъ, сбитымъ съ толку подсудимымъ. Настоящая игра кошки съ мышенкомъ, въ которой олимпійскій французскій президентъ нещадно громитъ подсудимаго съ высоты своей бюрократической нравственности. Въ нашемъ уголовномъ судопроизводствѣ допросъ, по Уставу угол. судопр., поставленъ правильно. Собственно его нѣтъ. Творцы судебныхъ уставовъ руководствовались и разумными, и гуманными началами, исполнѣ отвѣчающими задачамъ суда, занятаго изслѣдованіемъ матеріальной истины. На предварительномъ слѣдствіи (ст. 404) предлагаемые обвиняемому вопросы должны быть кратки и ясны. Слѣдователь не долженъ домогаться сознанія обвиняемаго ни обѣщаніями, ни ухищреніями, ни угрозами или тому подобными вымогательствами (405 ст.). Если обвиняемый откажется отвѣчать на данные ему вопросы, то слѣдователь, отмѣтивъ о томъ въ протоколѣ, и зы с к и в а е т ъ д р у г і я з а к о н н ы я с р е д с т в а къ открытію истины (ст. 406). Уставъ уг. судопр. принимаетъ мѣры къ тому, чтобы множествомъ допросовъ не пытатъ обвиняемаго: «Къ повторенію допросовъ судебный слѣдователь не долженъ прибѣгать безъ особой къ тому надобности» (ст. 412). Конечно, это не больше какъ *pium desiderium*,

но вѣдь нельзя же и запретить безусловно слѣдователю повторить допросъ, такъ какъ въ этомъ можетъ быть надобность, открывшаяся, вслѣдствіе какихъ-либо новыхъ обстоятельствъ, уже по окончаніи перваго допроса. На слѣдствіи судебномъ, подсудимаго, не признающаго своей вины, допросу не подвергаютъ, но даютъ ему право предоставлять объясненія въ свое оправданіе (ст. 683).

Признавшемуся подсудимому предлагаются вопросы для того, чтобы провѣрить собственное признаніе (680 ст.). Изъ приведенныхъ положеній нашего Устава уг. судопр. видно, что допущенный у насъ видъ допроса, пустившій глубокіе корни въ сознаніи общества, можетъ составить гордость каждаго уголовного процесса. Вслѣдствіе такой постановки, общій характеръ нашего судебного засѣданія, производитъ отрадное впечатлѣніе безпристрастія и объективности, великой школы правды, человѣчности и снисхожденія къ падшему. Конечно, судебные карьеристы, которыхъ не мало на Руси, постарались занести въ нашъ судъ ухватки французскихъ президентовъ, но это ни къ чему не приведетъ, пока присяжные будутъ стоять на стражѣ естественной, человѣческой справедливости.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Собственное признаніе должно быть дано предъ надлежащимъ органомъ власти, чтобы быть допущеннымъ на судъ доказательствомъ.

О С Н О В А Н І Я .

Собственное признаніе, чтобы имѣть достоинство судебного доказательства, подлежащаго, конечно, свободной оцѣнкѣ судьями или присяжными, должно быть дано предъ лицомъ, имѣющимъ какую-нибудь законную власть по отношенію къ обвиняемому.

По англійскому праву¹⁾, лицамъ, имѣющимъ власть (in authority) по отношенію къ подсудимому, считаются: обвинитель, власти, держащія подъ стражею обвиняемаго (in custodi), судья, Хозяинъ (the master) не считается лицомъ съ властью (in authority), если преступленіе не совершено противъ него. По нашему Уставу уг. судопр., кажется, нужно полагать, что признавать законною властью можно только такое въ данномъ случаѣ лицо, которое имѣетъ право отбирать показаніе отъ обвиняемаго. Но въ виду того, что собственное признаніе тогда только влечетъ процессуальныя послѣдствія (устраненіе судебного слѣдствія), когда оно дано на судѣ, слѣдуетъ признавать, что въ нашемъ процессѣ можно считать судебнымъ признаніемъ лишь то, которое дано предъ судебной властью, н а с у д ѣ.

¹⁾ Stephen, A. Digest of Law of evidence, p. 31.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Собственное признаніе, данное предъ властью, но не надлежащею, или предъ частнымъ лицомъ, не считается судебнымъ.

О С Н О В А Н І Я .

Такое собственное признаніе не имѣетъ признаковъ судебного признанія, а потому и не можетъ имѣть никакихъ процессуальныхъ послѣдствій. Судебное признаніе дошедшее до суда чрезъ свидѣтеля, играетъ роль обыкновеннаго свидѣтельскаго показанія. Судъ, по принципу свободной оцѣнки силы доказательствъ по внутреннему убѣжденію, можетъ ему придать значеніе, можетъ и вполне отвергнуть. Но въ ученіи объ общихъ основаніяхъ къ сужденію о силѣ доказательствъ, внѣсудебному признанію нельзя придать значенія судебного доказательства. Внѣсудебное признаніе оттого не превращается въ судебное, что одинъ какой-либо фактъ, въ немъ упомянутый, оказывается доказаннымъ. Стивенъ говоритъ¹⁾: «факты, открывшіеся вслѣдствіе неправильнаго отобранія собственнаго признанія, и то, что въ такомъ признаніи относится къ тѣмъ фактамъ, могутъ на судѣ быть доказываемы, т. е. относятся къ дѣлу.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Собственное признаніе, не имѣющее признаковъ судебного доказательства, не можетъ быть признаваемо относящимся къ дѣлу фактомъ (*relevant*).

О С Н О В А Н І Я .

Относящимся къ дѣлу доказательствомъ, т. е. могущимъ быть допущеннымъ на судѣ, считается лишь такое, которое имѣетъ опредѣленныя и необходимыя качества, обеспечивающія его доброкачественность, что не исключаетъ возможности его отверженія, по внутреннему убѣжденію. Поэтому собственное признаніе, записанное въ протоколѣ дознанія или слѣдователя, какъ несудебное, не можетъ быть допущено на судѣ²⁾. Но, понятно, что свидѣтельское показаніе лица, бывшаго при дачѣ внѣсудебнаго признанія, должно быть допущено, какъ показаніе о поведеніи обвиняемаго, поведеніи, изъ котораго могутъ быть дѣлаемы важныя заключенія о виновности или невиновности его.

Стивенъ излагаетъ слѣдующее правило англійской теоріи до-

¹⁾ Stephen, A Digest of Law of evidence, p. 31.

²⁾ Stephen, A. Digest, p. 31.

казательствъ: «чтобы собственное признаніе могло быть разсматриваемо, какъ обстоятельство, относящееся къ дѣлу (relevant), необходимо доказать, что оно было добровольно и свободно (free and voluntary¹).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Собственное признаніе должно быть подтверждено обстоятельствами дѣла, какъ всякое вообще доказательство въ дѣлѣ.

ОСНОВАНІЯ.

Собственное признаніе есть доказательство и ничего больше, а потому оно должно быть доказано, какъ всякое обстоятельство въ уголовномъ дѣлѣ. Само по себѣ взятое, голое собственное признаніе не есть ни плюсъ, ни минусъ: оно даетъ лишь толчокъ слѣдствію, направляя его на путь, идя по которому можно найти данныя для опроверженія или подтвержденія даннаго признанія. Пожалуй, на него можно смотрѣть, какъ на гипотезу, которая, конечно, должна быть вполне доказана. Гроссъ справедливо замѣтилъ въ одной своей статьѣ: «Въ важныхъ случаяхъ, данное собственное признаніе не должно какъ бы существовать для слѣдователя, который долженъ производить слѣдствіе, какъ если бы обвиняемый совсѣмъ отвергалъ обвиненіе²).

Исторія собственнаго признанія въ высокой степени любопытна, какъ примѣръ постепенно-расширяющагося опыта человѣчества, во-первыхъ, въ дѣлѣ изысканія истины въ дѣлахъ людей и, во-вторыхъ, въ пониманіи того великаго разнообразія, какое представляютъ мотивы человѣческаго поведенія.

¹) Изъ правила о непочтеніи на судѣ протокола о собственномъ признаніи подсудимаго сдѣланы, на практикѣ, нѣкоторые исключенія: 1) подсудимые могутъ дать согласіе или даже о сами просить о прочтеніи ихъ показаній (цѣлый рядъ касс. рѣш. 69/831 Андронникова, 70/1228 Третьякова 70/1467 Глѣбова и др.). II) Могутъ быть прочтены, по требованію сторонъ, для разъясненія дѣла о другихъ подсудимыхъ: 1) показанія, умершаго до рассмотрѣнія о немъ дѣла, если показаніе его заключаетъ положительныя или отрицательныя свѣдѣнія о наличныхъ подсудимыхъ (рядъ касс. рѣш. 69/37 Сакулина, 70/1274 Житковой, 74/456 Хатитовскихъ и др. 2) Показаніе обвиняемаго заболѣвшаго 1 к. р. 85/29); 3) показаніе обвиняемаго, скрывшагося отъ открытія судебного засѣданія (75/513 Курмаева); 4) показанія лицъ уже осужденныхъ при вторичномъ слушаніи того же дѣла о другихъ подсудимыхъ (72/965 Воронкова); 5) показанія лицъ, допрошенныхъ на предварительномъ слѣдствіи въ качествѣ обвиняемыхъ, но не преданныхъ суду и вызванныхъ въ качествѣ свидѣтелей (68/743 Юдина и др.). Запрещеніе читать показанія (въ томъ числѣ и собственнаго признанія обвиняемаго), по нашему Уставу уг. судопр., вытекаетъ изъ того начала, что подсудимаго, не признавшаго своей виновности, допросу не подвергаютъ, что такой способъ изобличенія (допросомъ) у насъ не допускается.

²) *Lohsing, Das Geständniss, 1905, S. 140.*

Въ первомъ отношеніи человѣчествомъ выработана мысль, что стремленіе къ полученію сознанія, характеризующее слѣдственный процессъ, имѣвшій въ виду высшую достовѣрность, не достигало своей цѣли. Въ слѣдственномъ процессѣ получалась рѣже истина, чѣмъ въ процессѣ, вовсе игнорирующемъ показанія подсудимаго, какъ мало удовлетворительный источникъ достовѣрности. Во второмъ отношеніи полученъ большой историческій опытъ, показывающій, что, по разнымъ мотивамъ, нерѣдко въ судахъ даются ложныя собственныя признанія. Къ этимъ мотивамъ относятся: религиозныя, политическія и социальныя основанія, самопожертвованіе изъ-за любви къ ближнимъ, къ роднымъ, къ идеѣ. Сюда же можно отнести и неэтические мотивы: месть, корыстныя побужденія, и т. д. Здѣсь предъ нами открывается обширная область для психологической оцѣнки мотивовъ преступленія. Такая оцѣнка является необходимой не только для сужденія о степени виновности — что насъ здѣсь не занимаетъ, — но для опредѣленія силы доказательства. Здѣсь больше, чѣмъ гдѣ бы то ни было, нужно безпристрастное, объективное отношеніе къ дѣлу. Но, что еще главнѣе, здѣсь нужно отсутствіе предвзятаго мнѣнія, составляющаго богатѣйшій источникъ ошибокъ, судебныхъ и несудебныхъ. Ревнивое око судьи вездѣ видитъ зло, преступленіе. Но это еще полбѣды: гораздо менѣе ошибешься, предполагая дурное, чѣмъ хорошее. Но самая главная бѣда отъ предвзятости мнѣнія состоитъ въ томъ, что все, обвиняющее подсудимаго, кажется предубѣжденному судѣ въроятнымъ, все же оправдывающее — невѣроятнымъ. Въ этомъ отношеніи предубѣжденный судья напоминаетъ ревнивца. Ревнивецъ даже не нуждается въ поводахъ, «онъ ревнуетъ, потому-что онъ ревнивъ». По удивительному выраженію Шекспира, ревность—чудовище, само себя зачавшее и само себя родившее («begot upon itself, born on it self», Othello).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

Собственное признаніе подсудимаго, содержащее въ себѣ также обвиненіе посторонняго лица въ совершеніи преступленія, въ этой своей части называется оговоромъ.

ОСНОВАНІЯ.

Еще въ старой формальной теоріи доказательствъ оговоръ не пользовался довѣріемъ. «Оговоръ подсудимымъ постороннихъ лицъ приемлется доказательствомъ несовершеннымъ», гласила эта теорія. Въ настоящее время, оговоръ является показаніемъ, которое должно быть доказано. Если человѣкъ не щадитъ себя, то другого онъ еще меньше пощадитъ,— таково соображеніе, которое нужно постоянно имѣть въ виду при

оцѣнкѣ доказательственной достовѣрности оговора. Оговоръ теряетъ окончательно всякое значеніе, если оговорщикъ оговариваетъ или вообще измѣняетъ содержаніе сдѣланнаго оговора, что на практикѣ встрѣчается весьма нерѣдко. Оговоръ вообще мутный источникъ,— черпать изъ него слѣдуетъ осторожно, и оцѣнка достовѣрности его сложна. При этомъ нельзя обойтись безъ обследованія психологической стороны оговора, а оно крайне трудно. Мы имѣемъ здѣсь дѣло съ темными страстями, подвигающими къ оговору: мезью, ненавистью, ревностью, завистью, гнѣвомъ. Все это факты, открытіе и освѣщеніе которыхъ затруднительно, особенно потому, что намъ рѣдко понятна психика людей, стоящихъ ниже насъ въ культурѣ чувствъ. «Вѣдь и ты будешь осужденъ», говорилъ слѣдователь оговорщику изъ мести. «По крайней мѣрѣ, и онъ будетъ наказанъ», былъ отвѣтъ. Какъ понять такую мезь? Героизмъ это, или равнодушіе къ своей судьбѣ?

При оцѣнкѣ дѣяній, связанныхъ со страстями, нужно помнить, что дурныя чувства чаще встрѣчаются, чѣмъ добрыя, и что первые устойчивѣе послѣднихъ. Гроссъ, въ своей уголовной психологіи¹⁾, справедливо замѣчаетъ, что никогда не слѣдуетъ забывать, что эгоизмъ, лѣнь, и тщеславіе—суть единственные мотивы людей, на которые можно всегда и безусловно полагаться. Напротивъ, любовь, вѣрность, честность, религіозность, любовь къ родинѣ,—все это можетъ пошатнуться, все это можетъ упасть, хотя бы оно долго и непоколебимо стояло. Десять разъ вы рассчитывали на эти чувства, они держались; пришелъ случай, и въ одиннадцатый разъ все это сокрушилось и распалось, какъ карточный домикъ. Напротивъ, на эгоизмъ, на лѣнь, на тщеславіе вы всегда можете строить, не бойтесь: они выдержатъ. Еще замѣчательнѣе та быстрота, съ которою человѣкъ, повидимому, вполне надежный въ добрѣ, переходитъ къ злу. Это великолѣпно выражено въ народной нѣмецкой комедіи «Докторъ Іоганнъ Фаустъ» (Doctor Iohannes Faust, Puppenspiel in vier Aufzügen, hergestellt von K. Simrock, 1864, s. 116). Фаустъ допрашиваетъ духовъ о степени ихъ быстроты. Ему отвѣчаютъ: одинъ: онъ быстръ, какъ змѣя; другой—какъ водопадъ; третій—какъ птица; четвертый—какъ пуля изъ дула; пятый — какъ вѣтеръ; шестой—какъ чума; седьмой—какъ человѣческая мысль. Но такая быстрота не удовлетворяетъ Фауста, и только тотъ духъ для него достаточно быстръ, который такъ же скоръ, какъ скоръ переходъ человѣка отъ добра къ злу.

¹⁾ Gross, Criminalpsychologie, S. 33 (цитирую по изд. 1898 г.).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Собственное признаніе подсудимаго должно быть дано въ точныхъ и ясныхъ выраженіяхъ, содержащихъ обстоятельный и обстоятельный отвѣтъ на предложенные вопросы, послѣ связнаго разсказа о всемъ преступномъ происшествіи.

О С Н О В А Н І Я .

Собственное признаніе не должно быть разсказомъ, составленнымъ слѣдователемъ изъ прямыхъ отвѣтовъ обвиняемаго, дополненныхъ и разъясненныхъ предположеніями и выводами самаго слѣдователя. Весь разсказъ или всѣ отвѣты подсудимаго должны быть изложены дословно или слѣдователемъ, или даже самимъ подсудимымъ. Самый лучший порядокъ отобранія сознанія заключался бы въ томъ, чтобы сначала было изложено сознающимъ все происшествіе обстоятельно и обстоятельно, а затѣмъ даны точные и ясные отвѣты на предлагаемые слѣдователемъ вопросы. Таковъ порядокъ допроса у насъ свидѣтелей, обезпечивающій большую самостоятельность ихъ показанія. Ст. 718 Устава уг. судопр. говоритъ: «Допросъ начинается предложеніемъ свидѣтелю разсказать все, что ему извѣстно по дѣлу, не прѣмъшняя обстоятельность постороннихъ...»; ст. 719 говоритъ: «По изложеніи свидѣтелемъ своего показанія, предсѣдатель суда предоставляетъ сторонамъ сдѣлать свидѣтелямъ вопросы».

Въ мотивахъ къ этой статьѣ читаемъ: «Разсказъ свидѣтеля, состоящій единственно изъ отвѣтовъ на данные ему вопросы, не можетъ имѣть ни той связи, ни той послѣдовательности, которыя необходимы для яснаго уразумѣнія его показанія». Ст. 718 имѣетъ въ виду оградить свидѣтеля, дабы онъ, тѣснымъ перекрестнымъ допросомъ, не залутался и не сбился». Примѣненіе этого порядка изложенія къ отобранію собственнаго признанія въ томъ отношеніи полезно, что признающійся имѣетъ возможность связно и послѣдовательно изложить то, что онъ хочетъ сказать, не стѣсненный и не сбиваемый со своего пути незамѣтными внушеніями слѣдователя. Такой порядокъ особенно умѣстенъ въ случаяхъ явки съ повинною, когда слѣдователю нужно, прежде всего, выслушать явившагося, а потомъ уже предлагать ему вопросы (ст. 310 Устава уг. судопр.: По явкѣ съ повинною, судебный слѣдователь обязанъ приступить къ слѣдствію, но если признаніе явившагося съ повинною опровергается имѣющимися у слѣдователя свѣдѣніями, то онъ составляетъ протоколъ о причинахъ, побудившихъ его оставить явку съ повинною безъ послѣдствій и сообщаетъ копію протокола прокурору или его товарищу¹⁾».

¹⁾ Во время слѣдствія по громкимъ уголовнымъ процессамъ, облеченнымъ тайнственностью, всегда находятся душевно-больные или же психопаты, являющіеся съ повинною въ совершеніи преступленія, котораго они никогда не совершали.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Молчаніе подсудимаго не должно быть принимаемо за признаніе имъ своей вины.

ОСНОВАНІЯ.

Это великое начало, представляющее полный разрывъ со всѣми инквизиціонными догадками о винѣ подсудимаго по его молчанію или волненію, провозглашено въ ст. 685 нашего Устава уг. судопр. и составляетъ драгоцѣннѣйшую жемчужину нашего законодательства. Но практика старалась держать въ тѣни это начало, чѣмъ и объясняется, напримѣръ, такое разъясненіе кассационнаго суда, — что предсѣдатель не обязанъ объяснять подсудимымъ о правѣ ихъ не отвѣчать на вопросы (касс. рѣш. 72/763 Стрѣльниковымъ); но справедливость требуетъ замѣтить, что сенатъ высказалъ также и слѣдующее положеніе: «если защитникъ опасается, что молчаніе подсудимаго можетъ быть принято присяжными за признаніе имъ своей вины, то самъ можетъ указать въ защитительной рѣчи на значеніе, которое законъ придаетъ такому молчанію и тѣмъ устранить то вліяніе, какое, по его мнѣнію, можетъ имѣть на присяжныхъ такое обстоятельство» (75/317 игум. Митрофанія и др.). Едва ли нужно распространяться о томъ, почему молчаніе или, наоборотъ, волненіе подсудимаго, выражающееся въ рѣзкой формѣ блѣднѣнія, краснѣнія, дрожанія, испуга, не должны быть принимаемы во вниманіе при оцѣнкѣ доказательствъ вины.

Инквизиціонный процессъ, залѣзавшій въ душу человѣка и старавшійся добыть сознание — прямое или молчаливое, исходилъ отъ нелѣпой мысли, что невинный человѣкъ обыкновенно очень спокоенъ, не волнуется и твердо опровергаетъ обстоятельства, противъ него приводимыя. Составлялся даже въ старину особый протоколъ о держимости и жестахъ подсудимаго во время допроса, производящагося часто въ подавляющей обстановкѣ, на мѣстѣ преступленія съ разными удручающими ухищреніями. Но кто, въ настоящее время, поставитъ въ улику подсудимому то, что онъ волнуется, краснѣетъ, блѣднѣетъ или дрожитъ? Кто же, въ самомъ дѣлѣ, не знаетъ, что человѣкъ, на котораго наложена тяжелая длань слѣдователя, уже не можетъ себя считать огражденнымъ ни отъ какихъ случайностей, ни отъ какихъ заблужденій властей и ни отъ какихъ ударовъ судьбы? Кто не знаетъ, что можно пострадать совершенно неповинно? Кто же не знаетъ невниманія, предвзятыхъ мыслей, ослѣпленій, наконецъ, безбожнаго карьеризма иныхъ чиновниковъ, готовыхъ раздуть всякое дѣло, лишь бы выдвинуться? Кто не знаетъ, что разъ человѣкъ попалъ на скамью подсудимыхъ, то предъ нимъ раскрывается ящикъ Пандоры, и что всѣ бѣдствія могутъ обрушиться на его голову? Кто не знаетъ ужасающей близорукости человѣческаго правосудія? Что происходитъ на судѣ обыкно-

венно? Борьба людей, т. е. борьба корыстныхъ, эгоистическихъ побужденій! Что такое подсудимый при этомъ? Поводъ — не больше!

Поистинѣ, горестна картина человѣческаго правосудія!

Якорь спасенія одинъ: судъ долженъ быть, по возможности, объективнымъ разборомъ доказательствъ, т. е. обстоятельствъ дѣла, а не какихъ то психологическихъ признаковъ, могущихъ превратить правосудіе въ рискованную игру. Конечно, ничѣмъ нельзя устранить изъ процесса образования судейскаго убѣжденія—тѣхъ неосязаемыхъ и невѣсомыхъ данныхъ, которыя даются всею картиною суда,—общимъ впечатлѣніемъ отъ всего происшествія, какъ оно выступаетъ изъ рассказовъ свидѣтелей и объясненій подсудимаго и другихъ участвующихъ въ судѣ лицъ. Въ драматичности гласнаго и устнаго суда и содержатся тѣ невѣсомыя и неосязаемыя данныя, которыя, въ душѣ судьи, даютъ часто перевѣсъ какому-нибудь навязчивому представленію надъ цифрами и логическими выкладками. Но именно въ виду драматичности всего производства слѣдуетъ постоянно направлять вниманіе судей и присяжныхъ на факты, стопудовая тяжесть которыхъ, если не совсѣмъ устраняетъ вліяніе увлеченій на рѣшеніе дѣла, то постоянно сдерживаетъ силу этихъ пагубныхъ увлеченій.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

Не могутъ быть допускаемы на слѣдствіи никакія психологическія пробы съ цѣлью получить возможность заглянуть въ темную глубь души обвиняемаго.

ОСНОВАНІЯ.

Папа Стефанъ сказалъ: «Земной власти дано раскрывать преступленія посредствомъ добровольнаго признанія или же посредствомъ свидѣтельскихъ показаній; сокрытое же и таинственное должно быть предоставлено тому, кто одинъ только знаетъ человѣческое сердце».

Это таинственное и сокрытое старались, въ процессѣ, узнать разными способами, грубыми и тонкими, смотря по эпохѣ и по состоянію человѣческой культуры.

Предоставляли богу рѣшать вопросъ о виновности: эпоха поединковъ и ордалій. Невиновный долженъ былъ явиться побѣдителемъ и вынести испытаніе огнемъ, желѣзомъ, водою и т. д. Правда, господа іезуиты и здѣсь находили, въ случаѣ удачной для вѣдьмы пробы, возможность повернуть дѣло противъ несчастной вѣдьмы. «Молотъ вѣдьмъ»¹⁾, этотъ памятникъ человѣческой жестокости и темноты, не допускаетъ пробы желѣзомъ для вѣдьмъ на томъ осно-

¹⁾ Malleus maléficus (Hexenhammer), въ переводѣ на нѣмецкомъ языкѣ, 1906, В. III, S. 106.

вани, что, вслѣдствіе помощи діавола, вѣдьма можетъ вынести пробу съ большою легкостью.

Затѣмъ, когда эпоха поединковъ и ордалій миновала, въ слѣдственномъ процессѣ дѣлали разныя пробы, съ цѣлью заглянуть въ душу преступнику, въ тѣхъ случаяхъ таинственныхъ преступленій, когда, кромѣ преступника, никакихъ другихъ свидѣтелей не имѣлось. Пытались продолжительными бесѣдами, касаясь событія то тамъ, то сямъ, заставить подозрѣваемаго «проговориться», т. е. выдать знаніе такой подробности, которое могло бы быть доступно только совершителю преступленія. Устраивали потрясающія обстановки, вводили подозрѣваемаго или обвиняемаго въ слабо освѣщенную комнату, гдѣ лежалъ трупъ убитаго, и у трупа торжественно увѣщавали обвиняемаго сказать правду, рассчитывая на то, что потрясенный виновникъ выдастъ себя. Производились очныя ставки (и нынѣ еще не отмѣненные), чтобы вызвать смущеніе у лгущаго человѣка, подъ уничтожающими взглядами правдиваго изобличителя. Но всѣ подобныя ухищренія, имѣющія цѣлью добыть признаніе отъ подсудимаго, въ настоящее время, прямо воспрещены закономъ. — Въ послѣднее время, подъ вліяніемъ экспериментальной психологіи, возникли «психологическія пробы» для провѣрки свидѣтелей. По всей вѣроятности, въ связи съ этими любопытными пробами достовѣрности свидѣтелей, возникла мысль, — нельзя ли придумать способъ проникновенія въ душу преступника, чтобы выяснить, извѣстно ли ему преступное событіе? Это называется *диагностикою преступнаго состава* (*Thatbestanddiagnostik*). Диагностика эта основывается на слѣдующихъ началахъ, какъ ихъ излагаетъ Ледереръ¹⁾.

1) Ученіе объ ассоціаціяхъ установило, что одно представленіе вызываетъ другое, связанное съ нимъ въ одномъ и томъ же комплексѣ представленій. Такая связь особенно тѣсна, если комплексъ проникнуть еще и чувствомъ (*gefülsbetont*).

2) Представленія могутъ быть вызываемы также и словами.

3) Такая ассоціація можетъ возникать только у того, кто знаетъ составъ происшествія, такъ какъ только въ его психикѣ существуетъ тотъ комплексъ представленій.

4) Кто не знаетъ состава, будетъ, слѣдовательно, реагировать на возбудительныя слова (*Reizworte*) словами, не имѣющими отношенія къ составу (*irrelevante Reaktionsworte*); но кто знаетъ составъ, тотъ будетъ отвѣчать словами, имѣющими связь съ составомъ, конечно если составъ захватитъ цѣликомъ душевную жизнь человѣка (*Komplexreaktionsworte*). Особенно виновный человекъ будетъ отвѣчать словами изъ состава преступнаго происшествія, заполняющаго его психическій міръ.

Изложивъ эти основныя начала ассоціаціонной теоріи, Ледереръ справедливо говоритъ, что, насколько вся эта теорія осно-

¹⁾ Работа Wertheimer, Experimentelle Untersuchungen im Thatbestanddiagnostig; потомъ работы Юнга, Гросса. См. статьи противника этой диагностики Max Lederer, Zeitschrift für die gesam. Strafrechtswiss., 1906, В. 26.

вызывается на законъ ассоціаціи, она научно-вѣрна. Однако, законъ ассоціаціи обнимаетъ лишь психическую сторону, т. е. возникновеніе, по ассоціаціи, «представленій». Но чтобы самое произнесеніе слова, возникшаго по ассоціаціи, также послѣдовало, какъ и его ассоціационное психическое появленіе, этого не утверждали даже самые восторженные поклонники теоріи ассоціаціи идеи. Если это такъ, то вся теорія діагностики состава посредствомъ ассоціацій теряетъ свою почву. Мы, пожалуй, не отрицаемъ возможности иногда поставить правильный діагнозъ состава при помощи ассоціационнаго метода; но построить какое нибудь процессуальное дѣйствіе на этомъ методѣ, рѣшительно не считаемъ возможнымъ. Это было бы возрожденіемъ инквизиціонныхъ допросовъ, со всѣми ужасами ошибокъ при «чтеніи въ душѣ» людей. Напротивъ, психическая проба свидѣтелей вполне можетъ быть допущена: на этой почвѣ не можетъ быть возрожденія инквизиціонныхъ допросовъ. Убѣжденіе въ ненадежности свидѣтельскихъ показаній все болѣе и болѣе увеличивается въ Европѣ, какъ это, на примѣръ, видно изъ слѣдующихъ словъ Колера, которыми онъ характеризуетъ свидѣтелей въ своемъ новомъ сочиненіи по философіи права. «Не слѣдуетъ преувеличивать силу доказательственныхъ источниковъ, особенно не преувеличивать значенія свидѣтельскаго показанія, что можетъ имѣть мѣсто, когда совершенно не берутъ во вниманіе психологіи свидѣтеля и не знаютъ, какъ несовершенны, во многихъ случаяхъ, воспріятія свидѣтеля, какъ часто воспріятіе это извращается (*verfälscht*) въ психикѣ воспринимающаго, такъ что нерѣдко величайшія ошибки не только свидѣтелемъ подтверждаются, но еще и освящаются присягою. На этой почвѣ часто дѣлались роковыя ошибки, а на этихъ ошибкахъ—несправедливости, не менѣе тяжкія, чѣмъ тѣ, которыя происходили во время судебныхъ поединковъ и ордалій. Какъ давнопрошедшая эпоха вырвалась, наконецъ, изъ тисковъ суда божія, чтобы встать на почву истины и собственнаго разсудка, такъ точно и теперь человѣчеству нужно освободиться отъ культа свидѣтельскаго показанія и посредствомъ тонкаго психологическаго анализа подходить ближе къ истинѣ. Слѣдуетъ признать, что свидѣтельское показаніе даетъ лишь сырой матеріалъ, изъ котораго судья долженъ выработать правду. Съ другой стороны, свидѣтель имѣетъ преимущество предъ мертвымъ доказательствомъ: свидѣтеля можно допросить и опросомъ по сомнительнымъ пунктамъ разъяснить ихъ, что при мертвомъ доказательствѣ не можетъ имѣть мѣста. Вотъ почему при отобраніи свидѣтельскаго показанія необходимо присутствіе сторонъ, которымъ должно быть дано право предлагать вопросы для разъясненія»¹⁾.

Мы привели здѣсь это мѣсто изъ новой работы проф. Колера, съ единственной цѣлью указать, въ вопросѣ о психологическихъ пробахъ, глубокую разницу между подсудимымъ и свидѣтелемъ. Не высказываясь здѣсь о достоинствѣ психологической пробы свидѣтелей, мы лишь выставляемъ здѣсь положеніе: что дозволитъ

¹⁾ Professor Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909, S. 182.

тельно относительно свидѣтеля, недозвоительно относительно подсудимаго. Примѣромъ можетъ послужить слѣдующее право сторонѣ для оцѣнки достовѣрности свидѣтеля. О дурной репутаціи (bad character) подсудимаго нельзя говорить на судѣ, разъ подсудимый самъ не поднялъ вопроса о своей хорошей репутаціи. Такъ гласитъ англійская теорія доказательствъ. Напротивъ, та же самая англійская теорія позволяетъ сторонѣ представлять доказательства дурной репутаціи свидѣтеля. Свидѣтель не судится; раскрытіе его дурной репутаціи можетъ быть для него только неприятно и... больше ничего. Напротивъ, подсудимый судится, и установленіе его дурной репутаціи можетъ имѣть для него роковыя послѣдствія; а между тѣмъ изъ того, что онъ обладаетъ дурною репутаціей, еще не слѣдуетъ, что онъ вчера укралъ лошадь у своего сосѣда. Между тѣмъ, дурная репутація въ глазахъ присяжныхъ, можетъ быть совершенно достаточнымъ основаніемъ для осужденія лица. Замѣтимъ здѣсь, что о значеніи свидѣтельскихъ показаній и ихъ испытаніи мы будемъ говорить въ своемъ мѣстѣ.

Въ заключеніе замѣтимъ, что всякія испытанія доказательствъ, съ цѣлью очистить ихъ отъ неправильностей, вносимыхъ людьми вольно или невольно, можетъ только встрѣтить полное сочувствіе процессуалиста.

Колеръ ¹⁾ справедливо различаетъ въ исторіи процесса двѣ стадіи: судъ божій и судъ разума. Божій судъ характеризуется вмѣшательствомъ бога въ дѣла человѣческаго правосудія. Человѣкъ этого періода былъ убѣжденъ, что богъ не оставитъ виновнаго въ бѣдѣ, что онъ не дастъ торжества неправдѣ. Судъ разума есть процессъ, основанный на испытаніи человѣческимъ умомъ достовѣрности доказательствъ виновности или невиновности. Судъ разума неминуемо влечетъ за собою научные способы испытанія доказательствъ. Въ этотъ именно періодъ процесса мы вступаемъ въ настоящее время. Сколько потребовалось человѣческихъ жертвъ, чтобы перейти изъ мрачныхъ подземелій пытокъ и казней въ свѣтлый чертогъ правды и разума. Колеръ справедливо говоритъ, что таковъ ужъ характеръ человѣческой исторіи: желѣзная пята эволюціи придавливаетъ тысячи людей къ землѣ. Можно сказать, что каждое раціональное правило правильного суда покупалось цѣною безчисленныхъ страданій. Оно выковывалось молотомъ исторіи, дробившимъ черепа и кости несчастныхъ жертвъ темноты и злобы.

¹⁾ Kohler, Rechtsphilosophie, 1909, S. 172.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Собственное признаніе, правильно отобранное, слѣдовательно, добровольное и вполнѣ согласное съ другими, прочно установленными, обстоятельствами дѣла, есть лучшее всего свѣта доказательство, настоящая королева доказательствъ.

ОСНОВАНІЯ.

Нѣтъ на свѣтѣ лучшаго свидѣтеля, чѣмъ тотъ, кто самъ совершилъ преступленіе. И поэтому, въ вопросѣ о собственномъ признаніи, всѣ старанія должны быть направлены къ тому, чтобы оно было, въ процессуальномъ отношеніи, безукоризненно отобрано и правильно использовано.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТЫРНАДЦАТОЕ.

Взятое назадъ, собственное признаніе есть обстоятельство, оцѣниваемое на общемъ основаніи, какъ всякія другія данныя въ процессъ.

ОСНОВАНІЯ.

Разъ собственное признаніе взято назадъ, оно уже не есть собственное признаніе и не влечетъ никакихъ свойственныхъ ему процессуальныхъ послѣдствій.

КНИГА ЧЕТВЕРТАЯ.

Свидѣтельскія показанія.





ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Свидѣтелемъ называется лицо, дающее суду, подь уголовною отвѣтственностью за неправду и на основаніи личныхъ воспріятій, свѣдѣнія о каномъ либо фактъ, составляющемъ предметъ изслѣдованія.

О С Н О В А Н І Я .

Бѣсть ¹⁾ опредѣляетъ свидѣтеля, какъ лицо, доставляющее суду доказательство (a person, who gives evidence to a judicial tribunal). Мы внесли въ опредѣленіе понятія свидѣтеля двѣ характерныя черты: а) уголовную отвѣтственность, ибо дача свидѣтельскихъ показаній есть повинность государственная давать правдивое показаніе для оказанія содѣйствія правосудію. Слѣдовательно, это—повинность, правильное отбываніе которой, должно быть обставлено извѣстными санкціями, имѣющими въ виду обезпечить, какъ самую явку свидѣтеля, такъ и надлежащее выполненіе этой повинности сообщать правду. б) Вторую характерную черту свидѣтеля мы видимъ въ томъ, что онъ даетъ суду свѣдѣнія на основаніи личнаго знанія, т. е. знанія вѣрнаго, полученнаго имъ чрезъ свои собственные органы чувствъ. Личное знаніе считалось и въ старомъ нашемъ правѣ характернымъ признакомъ свидѣтеля, который обыкновенно называется «послухомъ», а свидѣтельство—послушествомъ. Въ Судебникахъ встрѣчаются мѣста: «а послухомъ (т. е. свидѣтелямъ), не видавъ, не послушествовати, а видѣвши, сказати правду»²⁾). Иногда же свидѣтели въ старомъ нашемъ правѣ называются просто «правдою», а свидѣтели, на которыхъ сдѣлана общая ссылка, называются: «обчею правдою». «Правда» считалась, въ нашемъ старомъ правѣ, обязанностью обывателей, повидимому, даже государственною повинностью, что слѣдуетъ изъ того, что послухи, предъ допросомъ, не приводились къ присягѣ. «Послухамъ» напоминалось только, чтобы они показывали по прежде данной ими вѣрноподданнической присягѣ.

¹⁾ Best, Principles of law of evidence, p. 171.

²⁾ Ланге, Древнее русское уголовное судопроизводство, стр. 196.

Судьи предъ допросомъ говорили имъ: «скажите, по государеву крестному цѣлованію, какъ за государя крестъ цѣловали»¹⁾).

Изъ того, что свидѣтельское показаніе есть правда, которая должна быть даваема государству, какъ повинность, вытекаетъ все законодательство о свидѣтеляхъ. Если свидѣтельское показаніе есть требуемая государствомъ правда, то, понятно, что законодательство о свидѣтеляхъ должно содержать въ себѣ правила о допустимости свидѣтелей (competency of witnesses), слѣдовательно, правила о необходимыхъ ограниченіяхъ права свидѣтельствовать и, далѣе, правила о лучшихъ способахъ отобранія свидѣтельскихъ показаній съ цѣлью использования ихъ для цѣлей суда. При этомъ, конечно, должны быть въ наукѣ вырабатываемы, какъ о всякомъ видѣ доказательствъ, и общія юридическія основанія для сужденія о силѣ свидѣтельскихъ показаній. Эти общія основанія къ сужденію о силѣ свидѣтельскихъ показаній, вытекающія изъ самыхъ способовъ отобранія и эксплуатированія свидѣтельскихъ показаній, получаютъ еще богатый матеріаль ихъ знанія психологіи свидѣтелей,—какъ матеріала эмпирическаго.

Но этотъ эмпирическій матеріаль, главнымъ образомъ, можетъ имѣть значеніе лишь тогда, когда онъ будетъ накопленъ личнымъ опытомъ судьи. Примѣръ такой сокровищности личного опыта представляетъ рядъ художественно-психологическихъ очерковъ разныхъ типовъ свидѣтелей, которыхъ находимъ въ недавно появившейся статьѣ А. Θ. Кони: «О свидѣтеляхъ». И богатые данныя этого личного опыта судьи трудно подчинить какой нибудь классификаціи, какъ трудно заковать въ тиски жизнь и сохранить при этомъ ея отличительную черту—движеніе. Какъ подвести подъ какую-нибудь классификацію слѣдующій типъ свидѣтеля, который прямо нарисованъ съ натуры перомъ Кони. «...осталось еще указать на одинъ видъ сознательной лжи въ свидѣтельскихъ показаніяхъ, лжи беззащитной и не рѣдко наглою, нисколько не скрывающейся и не заботящейся о томъ, чтобы быть принятой за правду. Есть свидѣтели, для которыхъ по тѣмъ или другимъ причинамъ явка предъ судъ представляетъ своеобразное удовольствіе, давая возможность произвести эффектъ «*roue épaté le bourgeois*», какъ говорятъ французы, или же получить авансъ за свое достовѣрное показаніе, не принявъ на себя никакого обязательства за качество его правдоподобности... Свидѣтель, по громкому дѣлу о подлогѣ миллионнаго завѣщанія Бѣляева, могъ быть названъ типичнѣйшимъ представителемъ сознательной и бьющей въ глаза лжи. Содержась подъ стражей, онъ самъ просилъ вызвать себя въ судъ, имѣя показать нѣчто чрезвычайно-важное.

Введенный въ залу, онъ усѣлся подъ предлогомъ боли въ ногѣ и съ любопытствомъ разглядывая присутствующихъ, смѣялся глазами и дѣлая театральные жесты, началъ явно ложный разговоръ, опровергаемый почти на каждомъ шагу фактами и цифрами. Оче-

¹⁾ Ланге, *ibid.*, 198.

видно, стараясь разсмѣшить публику и самому натѣшиться, онъ на всѣ обычные вопросы отвѣчалъ въ иронически-почтительномъ тонѣ, называя предсѣдателя «господиномъ президентомъ». Онъ удивленно спрашивалъ, почему послѣдняя интересуется вопросом о его вѣроисповѣданіи, любезно прибавляя: «православный, православный,—*pour vous être agréable...*»,—объяснилъ, что нигдѣ не проживаетъ, ибо «герметически закупоренъ» въ мѣстѣ своего заключенія и заявилъ, что судился дважды—одинъ разъ въ Ковенской уголовной палатѣ, въ качествѣ таможеннаго чиновника и за содѣйствіе къ водворенію контрабанды», при чемъ оставленъ въ сильнѣйшемъ подозрѣніи, а въ другой—въ Берсальскомъ военномъ судѣ за участіе въ возстаніи коммуны, причемъ приговоренъ къ «разстрѣлу». «Но приговоръ», добавилъ онъ, «какъ, бытъ можетъ, присутствующіе изволятъ замѣтить—не приведенъ въ исполненіе». Въ показаніи своемъ онъ настойчиво утверждалъ, что былъ въ два часа дня, 4 апрѣля 1866 г., на Дворцовой Площади, привѣтствуя, вмѣстѣ съ собравшимся народомъ, невредимаго, послѣ выстрѣла Каракозова, государя. На замѣчаніе прокурора, что покушеніе было совершено въ четвертомъ часу, и вѣсть о немъ раньше четырехъ часовъ не могла облетѣть столицу, этотъ свидѣтель, хитро прищуривъ глаза и обращаясь къ предсѣдателю сказалъ: «мнѣ кажется, господинъ президентъ, что для патріотическихъ чувствъ не должно существовать условій мѣста и времени». Мы нарочно привели этотъ типъ, достойный помѣщенія въ галерею Гоголя, чтобы показать, что нѣтъ возможности замѣнить живой, полный образъ, опытъ судьи—этотъ неисчерпаемый калейдоскопъ—какими нибудь систематическими распределеніями, охватывающими все разнообразіе человѣческихъ индивидуальностей. Но это не значитъ, что мы—противъ обобщеній, являющихся неизбежно послѣ того, какъ эмпирический матеріалъ сдѣлался достаточноымъ для выводовъ общихъ положеній. Но такой выводъ общихъ положеній—результатъ вѣковой работы, а не спѣшной экспериментальной психологической въ лабораторіяхъ, и опытовъ, смаживающихъ на игру въ фанты,—въ аудиторіяхъ.

Въ наше опредѣленіе понятія свидѣтеля вошла слѣдующая черта: «на основаніи личныхъ воспріятій», т. е. свидѣтель даетъ суду тѣ свѣдѣнія, то знаніе факта, которое имъ получено на основаніи личныхъ воспріятій. Поэтому, повтореніе неопредѣленныхъ слуховъ, народной молвы не есть свидѣтельство о фактѣ, а повтореніе лишь того, чего свидѣтель не знаетъ на основаніи личныхъ впечатлѣній. Ст. 718 Устава Уг. судопр. говорить, что свидѣтелю предлагается разсказать все, что ему извѣстно по дѣлу, не примѣшивая обстоятельство постороннихъ и слуховъ, неизвѣстно отъ кого исходящихъ¹⁾. Статья эта въ точности опредѣляетъ то, что для уголовного процесса обозначаетъ нѣсколько не-

¹⁾ Сенатъ разъяснилъ (76/171 Столберга и др.), что если которая либо сторона предложила вопросъ о бывшихъ въ его мѣстности слухахъ и свидѣтель даетъ отвѣтъ, то обстоятельство это не составляетъ нарушенія, въ случаѣ подлежащаго выясненія онаго присяжнымъ предсѣдателемъ.

точное английское названіе «hearsay evidence», которое вводитъ часто въ заблужденіе. Конечно, свидѣтельство по слуху, неизвѣстно откуда исходящему, не означаетъ свидѣтельства о слухѣ, существовавшемъ въ данной мѣстности и въ данное время. Такой слухъ, существованіе котораго составляетъ предметъ судебного изслѣдованія, можетъ быть установленъ лишь свидѣтелями. Ст. 718 Устава Уг. судопр. имѣетъ въ виду передачу неопредѣленной народной молвы, которую провѣрить невозможно, которую потому и нельзя допустить на судъ, въ качествѣ доказательства. Видѣлъ ли онъ что нибудь, или слышалъ что либо,—свидѣтель долженъ передать лишь то, что видѣлъ собственными глазами или слышалъ собственными ушами. Если же онъ имѣетъ знаніе о какомъ либо фактѣ не на основаніи личныхъ впечатлѣній, а по слуху отъ д р у г и х ъ, онъ долженъ указать этихъ д р у г и х ъ, которые могутъ явиться свидѣтелями. Такое указаніе потому уже необходимо, что, въ противномъ случаѣ, свидѣтель по слуху, неизвѣстно откуда исходящему, не давалъ бы на судъ показанія подъ личною своею отвѣтственностью. Лучше сказать, повторяя слова Бэста (Principles of law of evidence, p. 627),—свидѣтель долженъ давать свое показаніе при такихъ условіяхъ, которыя ставятъ его подъ удары воѣхъ уголовныхъ гарантій, ограждающихъ правдивость свидѣтельскихъ показаній.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Не допускаются къ свидѣтельству категоріи лицъ, которыхъ свидѣтельствованія на судъ могли бы вредить государственному благу, понимаемому въ широкомъ смыслѣ этого слова, какъ принципъ, ограждающій интересы человѣческой культуры.

О С Н О В А Н І Я .

Прежде всего исключаются лица, хранящія тайны, нарушеніе которыхъ можетъ вредно отразиться на пользѣ государства.

Тайною вообще называется сохраненіе въ негласности обстоятельства, разглашеніе котораго принесло бы больше вреда, чѣмъ пользы, понимая послѣднюю не только въ смыслѣ утилитарномъ, но и въ смыслѣ отвлеченномъ, т. е., какъ огражденіе существованія и питанія нравственныхъ идеаловъ челоуѣческаго совершенствованія¹⁾. Для сохраненія тайны, въ видахъ общаго блага, не допускаются къ свидѣтельству на судъ лица, которыя должны были бы разгласить тайны, охраненіе которыхъ отъ огласки требуется въ нѣкоторыхъ случаяхъ самымъ существованіемъ какого либо учрежденія или начала. Конечно, интересы правосудія,

¹⁾ «Итакъ будьте совершенны, какъ совершенъ Отецъ вашъ небесный»—основаніе всякаго идеализма.

раскрытія преступленія, должны, по возможности, съюзить число лицъ, не допускаемыхъ къ свидѣтельству на судѣ,—здѣсь законодательство должно ограничиваться крайне-необходимыми мѣрами. Посмотримъ, какіе виды тайны влекутъ исключенія изъ числа свидѣтелей.

1) Тайны государственная и служебная.

Она представляется въ двухъ видахъ:

а) тайна государственная

б) тайна служебная или, какъ у насъ говорятъ, канцелярская.

Государственные тайны ограждены уголовными карами, и оглашеніе ихъ составляетъ преступное дѣяніе, такъ что о правѣ свидѣтельствовать о подобныхъ тайнахъ не можетъ быть и рѣчи.

Уголовное Уложеніе:

Ст. 653: «Служащій, виновный въ оглашеніи сдѣлавшихся ему извѣстными по службѣ или вслѣдствіе злоупотребленія имъ служебными полномочіями и долженствующихъ завѣдомо храниться въ тайнѣ правительственныхъ распоряженій, свѣдѣній или документовъ, наказывается арестомъ. Сему же наказанію подлежитъ служащій въ почтово-телеграфномъ учрежденіи, виновный въ оглашеніи или сообщеніи содержанія телеграммы или почтовой корреспонденціи. Если оглашенное могло причинить важный вредъ для порядка управленія или для казеннаго, общественнаго или частнаго интереса, то виновный наказывается заключеніемъ въ тюрьмѣ. Если же оглашенное виновнымъ составляетъ тайну, касающуюся внѣшней безопасности Россіи, то онъ, если не подлежитъ наказанію за измѣну, наказывается заключеніемъ въ исправительномъ домѣ или заключеніемъ въ крѣпости».

Ст. 655: «Служащій, виновный въ оглашеніи сдѣлавшихся ему извѣстными по службѣ или вслѣдствіе злоупотребленія имъ служебными полномочіями и долженствующихъ завѣдомо храниться въ тайнѣ: 1) способовъ, употребляемыхъ при изготовленіи государственныхъ кредитныхъ бумагъ или же секретныхъ признаковъ сихъ бумагъ; 2) принадлежащаго правительству или частному лицу секрета особыхъ приемовъ производства какихъ либо предметовъ или работъ; 3) тайны торговъ по казеннымъ или общественнымъ подрядамъ или поставкамъ, когда торги производятся чрезъ залечатанные объявленія; 4) свѣдѣнія, оглашеніе коего могло опозорить лицо, къ которому оно относится; 5) содержанія акта, совершеннаго, по желанію участвовавшихъ въ немъ, безъ оглашенія содержанія онаго свидѣтелями, порядкомъ, въ положеніи о нотаріальной части установленномъ, наказывается въ случаѣ, первымъ пунктомъ сей статьи указанномъ,—заключеніемъ въ тюрьмѣ на срокъ не свыше шести мѣсяцевъ».

Въ объясненіи къ этимъ статьямъ редакціонная коммиссія говоритъ: «Предметомъ оглашенія можетъ быть не всякая тайна, а лишь тайна порядка управленія или имѣющая общегосударственное значеніе. Къ такимъ тайнамъ принадлежатъ: 1) завѣдомо под-

лежащія храненію въ тайнѣ правительственныя распоряженія, т. е. всѣ тѣ, предпринимаемыя правительствомъ мѣры или распоряженія, кои для успѣшности ихъ выполненія или по какимъ либо другимъ причинамъ вмѣнено въ обязанность сохранять въ тайнѣ. Употребленное въ семъ пунктѣ выраженіе «отъ оглашенія коего можетъ послѣдовать существенный вредъ для порядка управленія» имѣетъ тотъ смыслъ, что при отсутствіи возможности такого вреда самый поступокъ можетъ быть преслѣдуемъ только какъ дисциплинарная провинность; 2) тайны, касающіяся внѣшней безопасности Россіи, т. е. тайны, оглашеніе коихъ предусмотрѣно, какъ государственная измѣна, 111 ст. Вслѣдствіе сего, какъ то выражено въ статьѣ (буде виновный не подлежащій болѣе строгой отвѣтственности за измѣну), постановленіе сей послѣдней должно быть разсматриваемо, какъ дополненіе ст. 111, примѣнимое лишь въ случаяхъ, подъ дѣйствіе сей статьи, не подходящихъ. Къ такимъ случаямъ относятся: а) сообщеніе означенной тайны не иностранному правительству и вообще безъ цѣли довести ее до свѣдѣнія онаго; б) оглашеніе сей тайны какимъ либо инымъ путемъ, кромѣ предусмотрѣннаго 111 ст. опубликованія оной во всеобщее свѣдѣніе. 3) Тайны дипломатическія. Тайны дипломатическія или вытекающія изъ международныхъ отношеній государствъ могутъ имѣть своимъ предметомъ внѣшнюю безопасность Россіи (секретныя военныя конвенціи) или же касаться иныхъ предметовъ (торговыхъ договоровъ, конвенцій о выдачѣ преступниковъ и т. д.). Оглашеніе первой группы сихъ тайнъ предусмотрѣно ст. 111. Что же касается второй группы, то отвѣтственность за нее входитъ всецѣло въ сферу этой статьи. 4) Тайны военныя. Подъ военною тайною разумѣются тѣ тайны арміи и флота и вообще вооруженныхъ силъ государства, которыя касаются или внѣшней безопасности государства, въ каковомъ случаѣ къ нимъ примѣняется все сказанное выше относительно ст. 111, или же такія тайны, нарушеніе коихъ хотя и не угрожаетъ внѣшней безопасности государства, но тѣмъ не менѣе имѣетъ своимъ предметомъ оглашеніе секретныхъ военныхъ распоряженій и мѣропріятій, имѣющихъ значеніе государственное.

Оглашеніе воинской или дипломатической тайны есть тоже оглашеніе секретныхъ правительственныхъ распоряженій и мѣропріятій (относительно военныхъ силъ государства) и посему входитъ въ понятіе «правительственныхъ» распоряженій и мѣропріятій, но они упомянуты особо въ виду иного характера самыхъ оглашенныхъ тайнъ, какими, независимо отъ распоряженій и мѣропріятій, могутъ быть и свѣдѣнія.

II. Тайны частныхъ лицъ.

Всѣ вообще тайны частныхъ лицъ, оглашеніе коихъ наказуется уголовнымъ закономъ (какъ, напримѣръ, нарушенія ст.ст. Уголовнаго Уложенія 541, 542, 543, 544, 546), не составляютъ, однако, недоступныхъ свѣдѣній для суда, если процессуальный кодексъ не исключаетъ носителей такихъ тайнъ изъ числа свидѣтелей. Редакціонная комиссія Уголовнаго Уложенія справедливо говоритъ:

«Оглашеніе тайнъ можетъ быть наказуемо, за исключеніемъ, конечно, тѣхъ случаевъ, когда сіе оглашеніе для хранителя тайнъ было обязательно или сдѣлано обвиняемымъ по достойнымъ уваженія причинамъ. На этомъ основаніи, если уставъ процессуальный не освободилъ какихъ либо категорій вышеуказанныхъ лицъ (духовники, адвокаты, врачи, нотаріусы, почтальоны, телеграфисты и т. д.) отъ дачи показанія, они не могутъ быть наказуемы по 541 ст. Уг. Улож.; но если законъ освободилъ ихъ отъ обязанности давать показанія, то, наоборотъ, добровольная дача ими показанія составитъ не только поступокъ безнравственный, какъ полагаетъ французская практика, но и прямое нарушеніе обязанности».

Изъ лицъ, не имѣющихъ права быть свидѣтелями, по профессиональнымъ причинамъ, Уставъ Уг. Судопр. (ст. 704) упоминаетъ: священниковъ—въ отношеніи къ признанію, сдѣланному имъ на исповѣди, и присяжныхъ повѣренныхъ и другихъ лицъ, исполнявшихъ обязанности защитниковъ подсудимыхъ—въ отношеніи къ признанію, сдѣланному имъ довѣрителями во время производства о нихъ дѣла. Относительно показаній священниковъ мы имѣемъ весьма важное разъясненіе Сената, опредѣляющее границы примѣненія ст. 704.

По дѣлу Попова (94/2) и др. Сенатъ высказалъ: «что касается до показаній священниковъ внѣ исповѣди, то нельзя не замѣтить, что изъ журнала Государственнаго Совѣта 1864 г., между прочимъ, видно, что по проекту устава предполагалось не допускать къ свидѣтельству священниковъ въ отношеніи къ признанію, сдѣланному имъ на исповѣди или при подачѣ духовной помощи. При обсужденіи же проекта въ Госуд. Совѣтѣ признано, что случаи и способы подаванія духовной помощи, если они не выходятъ изъ предѣловъ исповѣди, могутъ быть весьма разнообразны и неопредѣленны, и недопущеніе, въ сихъ случаяхъ, священниковъ къ свидѣтельству могло бы служить препятствіемъ къ раскрытію истины». Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что Государств. Совѣтъ имѣетъ здѣсь въ виду различные случаи, въ коихъ обращаются къ священнику не какъ къ разрѣшителю грѣховъ властію, свойственною его сану, а какъ къ служителю церкви, поставленному для исполненія ея обрядовъ и совершенія общественныхъ моленій. При обычной житейской обстановкѣ, священникъ и въ такихъ случаяхъ можетъ узнать и услышать о преступленіи, не требуя отъ кого либо, во имя тайнства покаянія, сознанія въ немъ и не побуждая къ такому сознанію; онъ можетъ, при такихъ случаяхъ, сдѣлаться даже очевидцемъ преступленія или, по крайней мѣрѣ, явныхъ слѣдовъ его (при погребеніи убитаго). Въ такихъ случаяхъ, а равно въ случаяхъ, если какою-либо положительною уполномочить духовника (во время или послѣ исповѣди) заявить свѣтской власти о данномъ имъ ранѣе неправильномъ показаніи, могущемъ повлечь за собою наказаніе виновнаго, устраненіе свидѣтельскаго показанія могло бы послужить напраснымъ препятствіемъ къ раскрытію истины дѣла и въ

этомъ смыслѣ законъ (704 ст. Уст. Уг. Судопр. и ст. 371 Уст. Гражд. Судопр.) устраняетъ изъ числа доказательствъ лишь показаніе священника объ открытомъ ему на исповѣди. Но суживать дѣйствіе этого закона далѣе указанныхъ предѣловъ нѣтъ правильнаго основанія. Вслѣдствіе сего, нѣтъ основанія признавать, что тотчасъ по окончаніи исповѣди и въ нѣкоторыхъ случаяхъ причащенія разспросъ исповѣдывавшагося, сопровождаемый увѣщаніями и угрозами отвѣта за грѣхи, составляетъ простую случайную бесѣду, содержаніе которой ничего общаго съ внутреннимъ значеніемъ исповѣди не имѣетъ и подлежитъ, поэтому, пересказу. Напротивъ, признаніе, полученное священникомъ отъ кающагося во все время, покуда не прерывалось вызванное исповѣдью непосредственное общеніе между духовнымъ отцомъ и исповѣдывавшимся, признаніе, полученное при томъ при посредствѣ напominанія объ отвѣтственности предъ Богомъ и о смертномъ часѣ, должно быть разсматриваемо, какъ предумотрѣнное ст. 704 Уст. Уг. Судопр.». Что касается до священниковъ другихъ христіанскихъ исповѣданій въ Россіи, то и они, по силѣ специальныхъ правилъ объ ихъ должностяхъ, имѣютъ право и даже обязаны устранять себя отъ свидѣтельства на слѣдствіи и судѣ о всемъ томъ, что имъ довѣрено на исповѣди, и судебныя установленія не вправе требовать отъ нихъ такихъ свидѣтельствъ, за исключеніемъ упомянутыхъ въ пп. 11 и 12 Духовнаго регламента крайнихъ случаевъ, когда кто либо умыслилъ государственное преступленіе или, притворно учинивъ, разгласилъ ложное чудо, а также въ ст. 719 Уст. еванг.-лютеранской церкви, когда обнаруженіе открытаго на исповѣди необходимо для отвращенія опасности, грозящей Монарху. Но однимъ воспрещеніемъ духовнымъ лицамъ объявлять на слѣдствіи и судѣ то, что имъ повѣрено на исповѣди, безъ соотвѣтственнаго воспрещенія судебнымъ учрежденіямъ пользоваться такими показаніями, лежащая въ основѣ закона нравственно-религіозная цѣль не была бы достигнута вполне, такъ какъ нельзя отрицать возможности, хотя и въ крайне рѣдкихъ случаяхъ, забвенія и со стороны священниковъ своего въ этомъ отношеніи долга или даже сознательнаго уклоненія изъ онаго по соображеніямъ практической пользы, или по неправильному пониманію своихъ обязанностей въ отношеніи свѣтской власти. Во всякомъ случаѣ допущеніе такого показанія на слѣдствіи и судѣ и помѣщеніе его въ обвинительномъ актѣ, подлежащемъ прочтенію предъ присяжными засѣдателями, должно влечь за собою не только отмѣну приговора суда, но и опредѣленія палаты объ утвержденіи обвинительнаго акта».

Что касается до исключенія повѣреннаго и защитниковъ изъ числа свидѣтелей, въ отношеніи того, что имъ сдѣлалось извѣстнымъ изъ признанія подсудимаго во время производства его дѣла, то основаніе этого исключенія такъ очевидно, что о немъ нѣтъ надобности и распространяться. Но и въ этомъ вопросѣ могутъ возникнуть трудные вопросы, въ тѣхъ сложныхъ комбинаціяхъ, какія представляетъ дѣйствительная жизнь. А. обращается къ своему по-

вѣренному по всѣмъ дѣламъ съ вопросомъ: какое наказаніе грозитъ за подлогъ въ векселѣ? Повѣренный говоритъ. Вскорѣ его довѣритель привлекается къ слѣдствію по обвиненію въ подлогѣ. А. не имѣетъ еще защитника. Слѣдователь вызываетъ его постоянного повѣреннаго и спрашиваетъ его, совѣщался ли обвиняемый съ нимъ по вопросу объ отвѣтственности за подлогъ. А. отказывается дать отвѣтъ. Тогда слѣдователь грозитъ привлечь его въ качествѣ пособника. Повѣренный даетъ показаніе на слѣдствіи и затѣмъ даетъ его и на судѣ. Конечно, по буквѣ закона, изображеннаго въ 704 ст. Ул. Уг. Судопр., повѣренный могъ быть допрошенъ; но по существу учрежденія адвокатуры — правильно ли это? А д в о к а т у р а, какъ сословіе, основанное на довѣрїи, а потому все что подрываетъ это довѣрїе должно быть устранено.

Наше законодательство не исключаетъ врачей, акушеровъ и повивальныхъ бабокъ изъ числа свидѣтелей по отношенію къ тѣмъ признаніямъ, которыя могутъ быть имъ сдѣланы ихъ пациентами — словомъ или дѣломъ. При разработкѣ Устава Уг. Судопр. предполагалось исключить изъ числа свидѣтелей врачей, акушеровъ и повивальныхъ бабокъ въ отношеніи къ тайнѣ, сообщенной имъ при исполненіи обязанности ихъ званія. При окончательномъ, однако, обсужденіи этого вопроса признано было, что «не представляется достаточной причины не допускать къ свидѣтельству врачей, акушеровъ и повивальныхъ бабокъ въ отношеніи признаній, имъ сдѣланныхъ при исполненіи обязанностей службы» на томъ основаніи, что «освобожденіе этихъ лицъ отъ свидѣтельства весьма часто послужило бы важнымъ препятствіемъ къ обнаруженію истины и къ закрытію ихъ соучастія или пособія въ совершонномъ преступленіи». Есть полныя основанія признать, что врачебная тайна, существовавшая до настоящаго времени лишь въ факультетскомъ обѣщаніи врача, въ Уголовномъ Улож. (ст. 541) признана, но это еще не значитъ, что врачъ не можетъ быть свидѣтелемъ въ отношеніи признанія, сдѣланнаго ему его пациентомъ, ибо для такого исключенія изъ числа свидѣтелей необходимо было бы процессуальное воспрещеніе въ кодексѣ, но такого воспрещенія нѣтъ. Сенатомъ же признано, что врачи не подходятъ подъ ст. 704 Устава Уг. Судопр. (касс. ^{69/}₄₁₂ Морозова). Въ дѣйствующемъ же нашемъ правѣ, врачебная тайна, пожалуй, охраняется ст. 137 Устава о наказ., но и то лишь въ томъ случаѣ, когда самое разглашеніе тайны имѣло мѣсто исключительно для цѣлей оскорбленія лица, довѣрившаго тайну. Но это, понятно, не есть рѣшеніе вопроса о врачебной тайнѣ, выданной безъ всякой цѣли оскорбленія, а съ другой, часто доброю цѣлью.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Не допускаются къ свидѣтельству безумные и сумасшедшіе.

О С Н О В А Н І Я .

Допущеніе къ свидѣтельству сумасшедшихъ и безумныхъ было иногда полезно, но подобный источникъ достовѣрности представляется настолько опаснымъ, что отъ него приходится отказаться. Покойный криминалистъ Миттермайеръ неоднократно указывалъ въ своихъ статьяхъ на ту пользу, которую можно извлечь изъ показаній сумасшедшихъ и безумныхъ по дѣламъ о преступленіяхъ, совершенныхъ въ домахъ умалишенныхъ и потому высказывался противъ безусловно-исключающихъ правилъ. У Конн¹⁾ находимъ замѣтку, что относительно безумныхъ и сумасшедшихъ возникалъ вопросъ о допросѣ ихъ во время такъ называемыхъ свѣтлыхъ промежутковъ (*lucida intervalla*) о томъ, что имъ сдѣлалось извѣстнымъ во время такихъ промежутковъ. Это, по мнѣнію нѣкоторыхъ, представлялось бы полезнымъ по дѣламъ о насиліяхъ, совершенныхъ низшимъ персоналомъ въ домахъ умалишенныхъ, но сенатъ въ 1899 отвергъ это опасное предложеніе, отъ принятія котораго очень немного и притомъ въ исключительныхъ случаяхъ выиграла бы прочность преслѣдованія, но осуществленіе котораго, въ виду свойствъ душевныхъ болѣзней кореннаго характера, каковы безуміе и сумасшествіе, представляло бы рядъ опасностей для правосудія.

Однако, изъ 706 ст. Устава Уг. Судопр. видно, что къ свидѣтельству допускаются слабоумные и лишь не допускаются къ присягѣ, если они не понимаютъ святости п р и с я г и. Примѣненіе безусловного воспрещенія показаній безумныхъ и сумасшедшихъ, въ настоящее время развитія душевныхъ и нервныхъ болѣзней, не такъ просто, какъ можетъ показаться не берущимъ во вниманіе тѣхъ неясныхъ, скользкихъ и почти неуловимыхъ болѣзненныхъ душевныхъ состояній, которыя, въ наше время, тяжелое вообще для душевнаго равновѣсія людей, сильно распространены въ обществѣ. С у м а с ш е д ш і й,—это выраженіе потеряло свою опредѣленность, точность и ясность, въ нашу эпоху, когда появился на аренѣ п о л у с у м а с ш е д ш і й, свободно обращающійся въ обществѣ, пользующійся всѣми средствами для распространенія своихъ болѣзненныхъ идей, чувствъ. Грассе²⁾ выставляетъ слѣдующія положенія о полусумасшедшихъ: 1) между душевно-здоровыми вмѣняемыми и душевно-больными невмѣняемыми существуетъ группа полусумасшедшихъ съ уменьшенною вмѣняемостью; 2) эти полусумасшедшіе навязываются на вниманіе большой публики и на

¹⁾ Конспектъ, 100.

²⁾ Grasset, professeur de clinique medicale, Demifous et demiresponsables. Paris, 1907, p. 277.

внѣмедицинское, надъ ними, наблюдение: они заполнили театр и литературу своими произведеніями; 3) эти полусумасшедшіе представляютъ точные клиническіе признаки, дающіе право научно признать существованіе этого вида полубольныхъ; 4) эти полусумасшедшіе могутъ имѣть громадную социальную цѣнность, какъ это доказываютъ многочисленные писатели съ характерными признаками полусумасшествія; 5) эти же полусумасшедшіе могутъ быть очень вредными членами общества, которое имѣетъ полное право защищаться отъ ихъ злодѣяній, оказывая имъ въ то же время медицинскую помощь; 6) только медикъ способенъ рѣшить вопросъ о томъ, существуютъ ли въ данномъ случаѣ признаки полусумасшедшаго; 7) въ случаѣ совершенія полусумасшедшимъ преступленія, его нужно въ одно и то же время и наказывать, и лѣчить. Въ списокъ полусумасшедшихъ Грассэ включаетъ почти всѣхъ извѣстныхъ литераторовъ нашего времени, такимъ образомъ—писателей, которые на языкѣ нынѣшнихъ газетъ именуется «властителями думъ».

Между тѣмъ, эти полусумасшедшіе часто страдаютъ галлюцинаціями, при существованіи которыхъ ихъ едва ли можно считать вполне надежными свидѣтелями.—Все, нами сказанное имѣло лишь въ виду показать, что слово: «с у м а с ш е д ш і й», употребленное въ ст. 704 Устава Уг. Судопр., едва ли даетъ твердую опору для рѣшенія, въ отдѣльномъ случаѣ, вопросовъ о допущеніи къ свидѣтельству. Конечно, суды найдутъ себѣ, при рѣшеніи подобныхъ вопросовъ, выходъ въ формальномъ актѣ признанія челоуѣка сумасшедшимъ. Это удобно для суда, но не рѣшаетъ правильно вопроса для правосудія. Понятно, что ст. 704 имѣетъ въ виду осязательные, мы бы сказали, формальные случаи сумасшествія; въ случаяхъ же сомнительныхъ придется прибѣгать къ психиатрической экспертизѣ для рѣшенія вопроса о допущеніи лица къ дачѣ свидѣтельскаго показанія.—Что касается до пьяныхъ, то въ состояніи опьяненія показаніе не можетъ быть отбираемо,—вотъ все, что можетъ быть сказано по этому вопросу.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Подозрительными свидѣтелями считаются лица, которыхъ, хотя и допускаются къ свидѣтельству, но не имѣютъ права давать присяги, считающейся формальнымъ признакомъ достовѣрности по унаслѣдованнымъ отъ предковъ общественнымъ понятіямъ.

ОСНОВАНІЯ.

Къ такимъ лицамъ, по ст. 706 Устава Уг. Судопр., относятся: 1) отлученные отъ церкви по приговору духовнаго суда; 2) малолѣтніе, недостигшіе 14 лѣтъ; 3) слабоумные, не понимающіе святости присяги и 4) лица евангелическаго исповѣданія, пока они не конфирмованы.

Всѣ эти лица допускаются къ свидѣтельству, но законъ какъ бы говоритъ, допуская ихъ: «они допущены, ихъ показанія могутъ быть и исполнѣнными; но судьи предупреждаются, что эти свидѣтели дали свои показанія безъ той высшей гарантіи, которую представляетъ присяга. Эти свидѣтели—подозрительные свидѣтели!».

Понятно, что при системѣ внутренняго убѣжденія подобное предостереженіе закона едва ли можетъ имѣть рѣшающее значеніе: оцѣнка свидѣтеля сводится къ провѣркѣ его и къ тому впечатлѣнію, какое онъ производитъ¹⁾. Если считать не присяжные показанія просто справочными свѣдѣніями, то возникаетъ вопросъ: зачѣмъ допускать на судъ, рѣшающій дѣло, справочныя свѣдѣнія? Подобныя «справки» еще могутъ быть допущены на предварительномъ слѣдствіи, гдѣ онѣ могутъ дать иной толчекъ, иное направленіе слѣдствію и послужить къ открытію новыхъ путей для раскрытія темнаго дѣла, на какое они могутъ имѣть значеніе, въ глазахъ закона, на судѣ, при законченности дѣла, когда самъ законъ налагаетъ на нихъ мѣтку подозрительности? Разъ какое либо доказательство допущено на судѣ, оно возмѣтитъ свое дѣйствіе, и отсутствіе формальнаго признака достовѣрности не можетъ помѣшать тому живому впечатлѣнію, какое доказательство произвело на душу судьи. Притомъ же предположеніе, что судьи въ состояніи выбросить изъ головы какое-нибудь доказательство, прошедшее предъ нимъ на судѣ, не считается съ обыкновеннымъ психологическимъ опытомъ людей. Самъ предсѣдатель, говорящій присяжнымъ: «забудьте этого свидѣтеля, какъ если бы его предъ вами совсѣмъ и не спрашивали» едва ли вѣритъ въ возможность исполнить его совѣтъ. Весь процессъ, основанный на внутреннемъ убѣжденіи, какъ на мѣрилѣ силы доказательствъ, основанъ на идеѣ, что, разъ доказательство допущено на судѣ, оно можетъ сдѣлаться даннымъ, на которомъ создается внутреннее убѣжденіе судьи. Поэтому въ лабораторію суда не слѣдуетъ допускать доказательствъ, которыя почему либо кажутся подозрительными. Здѣсь тѣ или другіе аттестаты закона не рѣшаютъ вопроса о достовѣрности.

Къ этой же категоріи подозрительныхъ свѣдѣній, но съ нѣсколькими иными отгѣнками, слѣдуетъ отнести слѣдующихъ свидѣтелей:

а) По ст. 705 Устава Уг. Судопр.: «мужъ или жена подсудимаго лица, родственники его по прямой линіи, восходящей и нисходящей, а также родные его братья, могутъ устранить себя отъ свидѣтельства, а если не пожелаютъ воспользоваться симъ правомъ, то допрашиваются безъ присяги». б) Не допускаются, далѣе, по ст. 707, къ свидѣтельству подѣ присягою, въ случаѣ предъявленія которою либо изъ сторонъ отвода: 1) лишенные по суду всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и пре-

¹⁾ Vidal, Cours, p. 820, справедливо говоритъ, что раздѣленіе свидѣтелей на присяжныхъ и не присяжныхъ à titre de simple renseignement, — остатокъ формальной теоріи доказательствъ.

имуществъ, лично и по состоянію имъ присвоенныхъ; 2) потерпѣвшее отъ преступленія лицо, хотя бы, оно не участвовало въ дѣлѣ, а также мужъ или жена его, родственники по прямой линіи и родные его братья и сестры; 3) другіе по боковымъ линіямъ родственники какъ потерпѣвшаго лица, такъ и подсудимаго, въ третьей и четвертой степеняхъ, и свойственники обѣихъ сторонъ въ первыхъ двухъ степеняхъ; 4) состоящіе съ участвующими въ дѣлѣ лицами въ особенныхъ отношеніяхъ или по усыновленію или по опека или по управленію однимъ изъ нихъ дѣлами другого, а также имѣющіе тяжбу съ кѣмъ либо изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ; 5) еврей—по дѣламъ бывшихъ ихъ единовѣрцевъ, принявшихъ христіанскую вѣру, и раскольники по дѣламъ лицъ, обратившихся изъ раскола въ православіе. в) Дальше, не допускаются, по ст. 708, къ свидѣтельству подѣ присягою, по отводу подсудимаго, наслѣдники его, въ какой бы степени родства они ни состояли съ нимъ, когда онъ судится за преступленіе, разрушающее всѣ права состоянія.

Всѣ эти группы лицъ отмѣчаются закономъ, какъ подозрительные свидѣтели, причемъ или самъ законъ налагаетъ на нихъ мѣтку подозрительности, или разрѣшаетъ это сдѣлать сторонѣ, посредствомъ отвода.

Первая группа (а) вышеупомянутыхъ подозрительныхъ свидѣтелей освобождена отъ свидѣтельской повинности по соображеніямъ гуманности,—не вынуждать людей давать показанія о близкихъ лицахъ. Мотивы къ этой статьѣ говорятъ: «въ видахъ огражденія ненарушимости семейственнаго союза, составляющаго основу всякаго общежитія, не слѣдуетъ требовать свидѣтельскихъ показаній отъ лицъ, состоящихъ съ подсудимымъ въ супружествѣ или родствѣ по прямой линіи, а также отъ его родныхъ братьевъ и сестеръ; но они могутъ быть допущены къ показаніямъ, если сами себя не устраняютъ отъ свидѣтельства. Лица эти не могутъ быть допущены къ присягѣ по принятому ими на себя свидѣтельству, хотя бы и не было предъявлено противъ нихъ никакого отвода. Какъ бы ни была велика ихъ рѣшимость дать безпристрастное показаніе, но чувство любви, связывающее ихъ съ подсудимымъ, можетъ, противъ воли ихъ, подавить требованіе совѣсти. Законъ не долженъ никого ставить въ положеніе, угрожающее явною опасностью клятвеннаго преступленія». Кони ¹⁾ справедливо замѣчаетъ: «Кромѣ лицъ, устраняемыхъ отъ показанія, есть рядъ лицъ, м о г у щ и х ъ о т к а з а т ь с я о т ъ показаній. Сюда, прежде всего, относятся тѣ, которыхъ требованіе дачи показаній ставило бы въ противорѣчіе съ самими священными, кровными узами.

Если Уложеніе о нак. не наказываетъ ближайшихъ родственниковъ за недонесеніе другъ на друга, то тѣмъ болѣе этическая задача судопроизводства не допускать требованія показанія въ такихъ случаяхъ, когда предъ человѣкомъ поставлена была бы тяжкая альтернатива или содѣйствовать гибели и строгой карѣ своего близкаго, или же говорить предъ судомъ ложь и умалчивать о правдѣ».

¹⁾ Ibid. 109.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Никто не можетъ быть допрошенъ въ качествѣ свидѣтеля совместно съ исполненіемъ по тому же дѣлу обязанностей прокурора, или защитника подсудимаго, или повѣреннаго частнаго обвинителя, или гражданскаго истца.

ОСНОВАНІЯ.

Пятое опредѣленіе и безъ всякихъ комментаріевъ вполне понятно, и если могутъ возникать сомнѣнія, то лишь въ сложныхъ случаяхъ дѣйствительности, когда примѣшиваются такія черты, которыя какъ будто не имѣлись въ виду у законодателя. Но эти случаи легко разрѣшаются, если держаться основнаго начала пятаго опредѣленія. Оно состоитъ въ томъ, что не должны быть смѣшиваемы въ одномъ лицѣ различныя процессуальныя функции. Свидѣтель является источникомъ достовѣрности для суда; напротивъ, прокуроръ, защитники и повѣренныя частнаго обвинителя и гражданскаго истца являются лишь аргументаторами на основаніи доказательствъ.— Могутъ быть случаи, когда придется рѣшить вопросъ: какимъ функциямъ отдать предпочтеніе въ случаѣ ихъ соединенія въ одномъ лицѣ? Сенатомъ разъяснено (68/575 Салтыковъ; 74/151 Плужникова и др.), что, при столкновеніи въ одномъ лицѣ обязанности защитника или повѣреннаго обвинителями съ обязанностями свидѣтеля, предпочтеніе должно быть отдано послѣднимъ. Такъ, если подсудимый проситъ о вызовѣ назначеннаго ему защитника въ свидѣтели, то судъ не можетъ ему отказать (73/611 Волынскаго). Основаніе такого предпочтенія понятно: свидѣтелей создаетъ лишь дѣяніе судимое, повѣреннымъ же можетъ быть всякое лицо, занимающееся хожденіемъ по чужимъ дѣламъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Вызовъ свидѣтеля, какъ судебное дѣйствіе, есть необходимое условіе допроса и налагаетъ на послѣдняго обязанность явиться, огражденную извѣстными санкціями.

ОСНОВАНІЯ.

Безъ вызова, какъ судебного дѣйствія, допросъ свидѣтелей былъ бы часто простымъ разспросомъ, не обставленнымъ необходимыми гаранціями отвѣтственности. Этотъ вызовъ свидѣтеля судебнымъ слѣдователемъ, смотря по стадіи процесса, есть судебное дѣйствіе, совершаемое при двухъ условіяхъ: а) ожидаемое отъ свидѣтеля показаніе должно находиться съ дѣломъ въ связи, опредѣ-

ляемой словомъ «относимость» (relevancy); б) въ случаѣ неисполненія требованія судебной власти о явкѣ, безъ законныхъ на то причинъ, принимаются мѣры, указанныя въ законѣ¹⁾. Для явки свидѣтелей назначается, по возможности, время, въ которое они свободны отъ занятій (ст. 437 Уст. Уг. Судопр.). Въ случаѣ неявки свидѣтеля безъ представленія законныхъ причинъ, указанныхъ въ ст. 388, судебный слѣдователь налагаетъ на него денежное взысканіе²⁾ въ размѣрѣ до 50 рублей и посылаетъ къ нему в т о р и ч н у ю повѣстку. Если и затѣмъ свидѣтель не явится въ срокъ и не представитъ законныхъ къ тому причинъ, то онъ приводится къ слѣдствію (ст. 438). Въ нѣкоторыхъ американскихъ штатахъ, а также въ Канадѣ, свидѣтели, совершенно неповинные въ преступленіи, заключаются въ тюрьму для того чтобы обезпечить ихъ явку къ дѣлу. Нерѣдко можно видѣть въ тюрьмѣ, на этомъ основаніи, наряду съ преступникомъ и жертву преступленія. Бываетъ даже иногда еще болѣе странное положеніе: обвиняемый освобождается подъ поручительство, а потерпѣвшій, по неимѣнію поручителя или залога, остается въ тюрьмѣ (см. Tallack, Pathological and preventive principles, цитируемый Vidal, Cours, 1906, p. 821). Въ сказанномъ нѣтъ ничего страннаго, если вспомнить, что уклоненіемъ отъ дачи показаній можно привести уголовное правосудіе къ такому состоянію, когда оно окольными путями осуждено будетъ на полное безсиліе.

Вопросъ о томъ, какъ обезпечить явку свидѣтелей къ слѣдствію и суду, составляетъ одинъ изъ труднѣйшихъ вопросовъ практическаго процессуальнаго права. Самая драгоценная сторона уголовного процесса, непосредственное показаніе свидѣтеля предъ судомъ, рѣшающимъ дѣло, страдаетъ, при уклоненіи свидѣтелей отъ явки, превращающемъ судебное слѣдствіе въ мертвое чтеніе письменныхъ показаній свидѣтелей, т. е. протоколовъ, доказательная сила въ которыхъ болѣею частью весьма невысока. Въ законодательствѣ о свидѣтеляхъ слѣдуетъ преслѣдовать двѣ цѣли: 1) какъ можно болѣе облегчить свидѣтельскую повинность для людей, не принуждая ихъ отрываться подолгу отъ занятій и дома 2) какъ можно лучше вознаграждать отлучку отъ дома и отъ занятій. Со свидѣтелями обращаются слишкомъ небрежно, какъ съ матеріаломъ, забывая, что эти люди виновны, лишь въ одномъ,—что судьба ихъ столкнула съ событіями или съ людьми, попавшими подъ судъ. Свидѣтелей загоняютъ въ одну комнату, часто тѣсную и весьма и гигиенически, и эстетически отвратительную. Въ этой грязной канурѣ свидѣ-

¹⁾ 387 ст. Устава Уг. Судопр.: «Призываемый обязанъ явиться лично и въ назначенный срокъ; если же онъ, по законнымъ причинамъ, явиться не можетъ, то долженъ представить о томъ удостовѣреніе»; ст. 388: «Законными причинами неявки къ слѣдствію признаются: 1) лишеніе свободы; 2) прекращеніе сообщеній во время заразы, нашествія непріятеля, необыкновеннаго разлитія рѣкъ и тому подобныхъ непреодолимыхъ препятствій; 3) внезапное разореніе отъ несчастнаго случая; 4) болѣзнь, лишающая возможности отлучиться изъ дому; 5) смерть родителей, мужа, жены, или дѣтей или же тяжкая, грозящая смертью болѣзнь ихъ; 6) неполученіе или несвоевременное полученіе повѣстки.

²⁾ Ст. 440 говоритъ о способѣ освобожденія отъ наложеннаго штрафа.

тели часами должны дожидаться вызова ихъ въ судебный залъ, гдѣ весьма часто имъ даже и не приходится показывать, такъ какъ бываетъ нерѣдко, что вызвавшій, по какому либо новому извороту обвинительной или защитительной тактики своей, считаетъ болѣе выгоднымъ совсѣмъ не допрашивать свидѣтеля. Нѣтъ сомнѣнiя, что съ самымъ существомъ свидѣтельской повинности связаны нѣкоторыя тяготы, но законодательство должно, по возможности, свести эти тяготы къ неизбѣжнымъ личнымъ жертвамъ, а не къ имущественнымъ. Свидѣтелей нужно широко вознаграждать не только за имущественныя потери, но и за труды, которыя имъ приходится нести. Эксперта вознаграждаютъ за трудъ. Почему же свидѣтель долженъ нести свой трудъ безвозмездно? Дешевизна уголовного правосудiя дорого обходится.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Допросъ свидѣтеля судебнымъ слѣдователемъ долженъ быть такъ производимъ, чтобы свидѣтельское показаніе было вполнѣ добровольнымъ показаніемъ, а не послѣдствіемъ обещаній, угрозъ или вообще вымогательства со стороны слѣдователя.

ОСНОВАНІЯ.

Въ ст. 404, воспреещающей слѣдователю домогаться сознанiя подсудимаго, въ числѣ средствъ воспрещенныхъ упоминаются «у х и щ р е н i я». Они нами здѣсь не упоминаются, потому что мы полагаемъ, что ухищреніе, негодное, какъ средство для добыванiя собственнаго признанiя, можетъ быть иногда цѣлесообразнымъ средствомъ, чтобы получить показаніе свидѣтеля, предполагая, конечно, что ухищреніе это не можетъ оказать никакого психическаго давленiя на свидѣтеля. Свидѣтель не подсудимый; требованіе отъ него правды есть требованіе, ничего общаго съ требованіемъ самоубійства не имѣющее, между тѣмъ какъ требованіе собственнаго признанiя равняется, во многихъ случаяхъ, требованію самоубійства, по крайней мѣрѣ, наложенiя руки на собственные свои интересы. Притомъ же, показаніе свидѣтеля, данное на предварительномъ слѣдствіи не подъ присягою, всегда можетъ быть измѣнено на судѣ, безъ всякаго риска подвергнуться наказанію за данное ложное показаніе на слѣдствіи предварительномъ. Вообще, нужно принять за руководящее правило, что свидѣтелю не слѣдуетъ давать обещаній выгодъ, его не слѣдуетъ подвергать застрашивать, его не слѣдуетъ подвергать душевной мукѣ, повергать въ усталость, возбуждать въ немъ отчаяніе, сознаніе своей беспомощности, но вполнѣ позволительно поставить его въ такое положеніе, когда онъ можетъ проговориться.

Законъ принимаетъ мѣры, чтобы свидѣтели не подвергались моральной пыткѣ какъ путемъ допроса, такъ и другими способами. Такъ, ст. 437 говорить, что для явки свидѣтелей назначается, по возможности, время, въ которое они свободны отъ занятій. По ст. 414, свидѣтеля допрашиваютъ немедленно, по явкѣ ихъ. Въ случаѣ какаго либо препятствія къ снятію допроса въ теченіе двѣнадцати часовъ послѣ явки, причины его означаются въ протоколѣ, съ котораго копія выдается свидѣтелю, по его требованію. Однако, по ст. 451, передопросъ свидѣтелей допускается. По ст. 447, вопросы и отвѣты должны быть кратки и ясны. Для полученія правдиваго, по возможности, обдуманнаго, провѣреннаго свидѣтельскаго показанія приняты слѣдующія мѣры. По ст. 446, свидѣтели допрашиваются порознь и, если окажется нужнымъ, сначала въ отсутствіи обвиняемыхъ и прикосновенныхъ къ дѣлу лицъ. Установлено нѣчто въ родѣ перекрестнаго допроса свидѣтеля чрезъ слѣдователя: ст. 448 говорить, что допросъ, снятый въ отсутствіи обвиняемаго, прочитывается ему, и что обвиняемый имѣетъ право опровергать сдѣланныя противъ него показанія — и просить слѣдователя о предложеніи свидѣтелю новыхъ вопросовъ. По ст. 449, обстоятельства, приведенныя обвиняемымъ въ опроверженіе показаній свидѣтеля, должны быть обслѣдованы, если имѣютъ существенное въ дѣлѣ значеніе. Наконецъ, слѣдователь, по ст. 452, можетъ прибѣгнуть къ очной ставкѣ свидѣтелей, старинному средству, которое влечетъ за собою только повтореніе лжи, еще съ большимъ нахальствомъ и со «смотрѣніемъ прямо въ глаза», какъ говорилось въ доброе инквизиціонное время. Впрочемъ, ст. 452 видитъ въ очной ставкѣ средство для разъясненія противорѣчій въ показаніяхъ. Изложивъ всѣ мѣры, принятыя закономъ для огражденія свидѣтеля и интересовъ подсудимаго отъ неправильныхъ дѣйствій слѣдователя, возможности произвола котораго нѣтъ нынѣ границъ, нужно, однако, сказать безъ всякихъ колебаній, что всѣ эти мѣры—одна тѣнь, совершенно бумажныя гарантіи. Пока не будетъ защитника на слѣдствіи, до тѣхъ поръ слѣдователь будетъ неограниченнымъ владыкою, отъ произвола котораго зависитъ участь подсудимаго.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Показанія свидѣтеля должны быть записаны въ первомъ лицѣ, собственными его словами, безъ всякихъ измѣненій, пропусковъ и прибавленій,—самимъ свидѣтелемъ, если онъ того пожелаетъ.

ОСНОВАНІЯ.

Хотя протоколъ свидѣтельскаго показанія, какъ доказательство со вторыхъ рукъ, не есть лучшее доказательство, тѣмъ не менѣе онъ допускается на судъ, по

необходимости, во-первыхъ, какъ замѣна устнаго показанія свидѣтеля, въ случаѣ отсутствія послѣдняго при извѣстныхъ условіяхъ, и, во-вторыхъ, какъ средство о с в ѣ ж е н і я п а м я т и свидѣтеля или, наконецъ, какъ средство для установленія противорѣчія между показаніемъ устнымъ, на судѣ, и показаніемъ, даннымъ на слѣдствіи. Вотъ почему показаніе свидѣтеля, данное на предварительномъ слѣдствіи, должно быть записано точно, по возможности буквально. Но все это только «д о л ж н о б ы т ь». На дѣлѣ нельзя не поразиться тѣмъ умышленнымъ и неумышленнымъ нечестностямъ, которыя встрѣчаются въ письменныхъ показаніяхъ свидѣтелей.

Слѣдователь вытравливаетъ изъ показаній всякое сомнѣніе, всякое колебаніе, и все это онъ дѣлаетъ, конечно, не въ пользу обвиняемаго. Можно смѣло сказать, что только весьма незначительный процентъ показаній записанъ вполне добросовѣстно, обыкновенно—показанія записываются съ наклоностью поддержать обвинительную точку зрѣнія. Это прискорбное явленіе, я думаю, можетъ быть подтверждено каждымъ, кому приходилось читать акты предварительнаго слѣдствія и потомъ сличать ихъ съ тѣмъ, что показываютъ на судѣ свидѣтели. Предсѣдатель обыкновенно сглаживаетъ противорѣчіе обычною фразою: «когда вы лучше помнили,—у слѣдователя, или теперь?». Нѣсколько испуганный свидѣтель прячется въ открываемое ему убѣжище и говоритъ, что онъ, конечно, тогда, у слѣдователя, лучше помнилъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

Главный допросъ свидѣтеля на судѣ состоитъ изъ связнаго разсказа свидѣтеля обо всемъ томъ, что ему извѣстно по дѣлу, и изъ отвѣтовъ на предлагаемые ему предсѣдателемъ и судомъ вопросы, по окончаніи допроса сторонами.

О С Н О В А Н І Я .

Мотивомъ, послужившимъ къ установленію порядка, по которому свидѣтелю сначала предоставляется разсказать все ему извѣстное, послужило слѣдующее соображеніе: «Разсказъ свидѣтеля, состоящій единственно изъ отвѣтовъ на данные ему вопросы, не можетъ имѣть ни той связи, ни той послѣдовательности, которыя необходимы для яснаго уразумѣнія его показанія». Къ этому нужно прибавить слѣдующія выгоды этого порядка: а) свидѣтель не подвергается внушенію со стороны допрашивающихъ, производимому не только словами, но и общимъ выраженіемъ лица и жестами; б) свидѣтель не излагаетъ показаній подъ вліяніемъ наводящихъ вопросовъ; в) предоставленный лишь своимъ воспоминаніямъ, свидѣтель, если онъ правдивъ, разскажетъ все въ естественномъ порядкѣ самаго своего наблюденія факта, безъ тѣхъ видоизмѣненій, которыя могутъ быть вызваны допросомъ. Внушаемость людей быва-

еть очень велика, и она может проявиться съ особою силою въ допросѣ, принявшемъ характеръ какой то бесѣды между допрашивающимъ и свидѣтелемъ. Всякій допросъ на судѣ долженъ имѣть строгій характеръ предложенія вопросовъ и дачи отвѣтовъ. Допросъ не есть разговоръ, въ которомъ обѣ стороны иногда говорятъ одновременно.

Къ главному же допросу слѣдуетъ отнести и допросъ стороною, вызвавшюю свидѣтеля.

Предсѣдатель и судьи предлагаютъ вопросы, по окончаніи допроса сторонами, но отступленіе отъ этого порядка не составляетъ существеннаго нарушенія, какъ истолковалъ сенатъ (76/192 Свирякина). — Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что главнымъ допросомъ слѣдуетъ считать всѣ вообще допросы судей и стороны, вызвавшей свидѣтелей, такъ какъ эти допросы, имѣютъ въ виду получить самое доказательство, а не провѣрку его, открывающуюся собственно допросомъ противной стороны. По окончаніи допроса сторонъ, допросы предсѣдателя и судей, а также и присяжныхъ (черезъ предсѣдателя), конечно, могутъ направиться на провѣрку показанія, тѣмъ или другимъ путемъ, но все таки эти вопросы должны считаться относящимися къ главному допросу, отличительная черта котораго заключается въ томъ, что, по процессуальному положенію допрашивающаго, онъ не имѣетъ характера партійнаго, односторонняго опроса. Допросъ, производимый стороною, вызвавшюю свидѣтеля, хотя и исходитъ отъ стороны, долженъ быть тѣмъ не менѣе отнесенъ къ главному допросу, ибо здѣсь не можетъ быть цѣли изобличенія, такъ какъ свидѣтель предполагается благопріятнымъ вызвавшей его сторонѣ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

На главномъ допросѣ наводящіе вопросы не должны имѣть мѣста, какъ противные основной его цѣли—добыть вполне самостоятельное показаніе.

ОСНОВАНІЯ.

Наводящіе вопросы на главномъ допросѣ мѣшали бы получить показаніе, вполне добровольное, т. е. данное внѣ всякаго психическаго вліянія допрашивающаго.

Въ англійскомъ процессѣ, на главномъ допросѣ (chief examination), наводящіе вопросы (leading questions), при возраженіи противной стороны, не могутъ имѣть мѣста, безъ разрѣшенія суда¹⁾. Но въ англійской теоріи доказательствъ выставляется, какъ основаніе этого правила, соображеніе, что свидѣтель, вызванный стороною, и безъ того уже на ея сторонѣ, слѣдовательно,—наводящіе вопросы здѣсь совершенно неумѣстны. Но мы въ опредѣленіи десятомъ

¹⁾ Stephen, A Digest of law of evidence, 1906, Art. 128, p. 146.

исходимъ не изъ партійной точки зрѣнія, а изъ потребности въ изслѣдованіи матеріальной истины, для которой необходимо получить вполне свободное отъ всякихъ вліяній показаніе.

Наводящимъ вопросомъ называется вопросъ, прямо или косвенно подсказывающій свидѣтелю отвѣтъ, который отъ него желаютъ получить.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Перекрестнымъ допросомъ называется допросъ свидѣтеля, вызваннаго одною стороною, производимый противною стороною.

ОСНОВАНІЯ.

Перекрестный допросъ введенъ у насъ по слѣдующимъ соображеніямъ: «Въ уголовномъ судопроизводствѣ допросъ свидѣтеля обѣими сторонами есть одно изъ самыхъ дѣйствительныхъ средствъ къ обращенію вниманія его на все то, что въ извѣстныхъ ему обстоятельствахъ по предмету его свидѣтельства можетъ служить не только къ обвиненію, но и къ защитѣ, и, наоборотъ, не только къ защитѣ, но и къ обвиненію. По вопросамъ, сдѣланнымъ свидѣтелю сторонами, сначала съ одной изъ этихъ точекъ зрѣнія, а потомъ съ другой, онъ, по необходимости долженъ высказать все то, что замѣтилъ или что припоминаетъ, безъ всякаго односторонняго направленія, которое едва ли можно выдержать послѣдовательно, при перекрестномъ допросѣ, если каждой сторонѣ будетъ предоставлено право предлагать свидѣтелю вторичные вопросы въ разъясненіе ствѣтовъ, данныхъ имъ на вопросы противной стороны. Впрочемъ, перекрестный допросъ, при всей его цѣлесообразности, можетъ принести несомнѣнную пользу тогда только, когда употребляется дополнителнымъ средствомъ къ изложенію свидѣтелемъ своего показанія... Свидѣтель, тѣснымъ со всѣхъ сторонъ разными вопросами, можетъ самъ зачутаться въ отвѣтахъ и внести въ свое показаніе сомнительную сбивчивость, которая при такомъ порядкѣ допроса можетъ происходить и не отъ лживости свидѣтеля». Главный допросъ, начинающійся со свободного изложенія свидѣтелемъ всего ему извѣстнаго, есть величайшее средство противодѣйствія злоупотребленіямъ перекрестнаго допроса въ рукахъ беззащитнаго защитника или прокурора.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

На перекрестномъ допросѣ дозволяются всякіе вопросы, клонящіеся къ изобличенію свидѣтеля въ неправильности его показанія, будутъ ли онѣ наводящія, или нѣтъ.

ОСНОВАНІЯ.

Цѣль перекрестнаго допроса провѣрить точность и правдивость свидѣтеля, а потому всякіе вопросы здѣсь уместны, хотя бы

они имѣли цѣлью доказывать безнравственность, лживость и даже преступность свидѣтеля. Разъясненіе сената, что «стороны не имѣютъ права задавать свидѣтелямъ вопросы объ ихъ личныхъ качествахъ, съ цѣлью подорвать значеніе ихъ показаній (касс. рѣш. 74/372 Разсудина) противорѣчить ст. Устава Уг. Судопр. 722, говорящей: «Свидѣтель не можетъ отказаться отъ дачи отвѣтовъ на вопросы, клонящіеся къ обнаруженію противорѣчія въ его показаніяхъ или несообразности ихъ съ извѣстными обстоятельствами, или же съ показаніями другихъ свидѣтелей, но онъ не обязанъ отвѣчать на вопросы, уличающіе его самаго въ какомъ бы то ни было преступленіи». Что свидѣтель не обязанъ отвѣчать на вопросы, уличающіе его самаго въ преступленіи, это вытекаетъ изъ того общаго положенія, что никто не обязанъ показывать противъ самаго себя, въ особенности если онъ и не привлеченъ въ качествѣ обвиняемаго. Но ему могутъ быть предлагаемы вопросы о обстоятельствахъ, подрывающихъ довѣріе къ его нравственнымъ качествамъ, какъ человѣка, а, слѣдовательно, и какъ свидѣтеля.

Ему могутъ быть предлагаемы вопросы, и онъ обязанъ на нихъ отвѣчать, о слѣдующихъ обстоятельствахъ:

- 1) о его прежней судимости;
- 2) о его задолженности;
- 3) о его занятіяхъ и способахъ приобрѣтенія средствъ къ жизни;
- 4) о его образѣ жизни, если этотъ образъ жизни имѣетъ отношеніе къ качествамъ его, какъ свидѣтеля;
- 5) о его лживости, проявившейся въ фактахъ;
- 6) о показаніи по другому дѣлу, противорѣчащемъ нынѣшнему свидѣтельству.

Понятно, что сторона, предлагающая подобные вопросы, должна имѣть достовѣрные факты, иначе она можетъ подвергнуться преслѣдованію за клевету. Во всякомъ случаѣ, если судъ найдетъ, что отвѣтъ на вопросы по вышеуказаннымъ предметамъ не можетъ доказать недоброкачественности свидѣтеля, то онъ можетъ самые вопросы устранить, какъ не относящіеся къ дѣлу.

Мы, конечно, не говорили о такихъ элементарныхъ вопросахъ на перекрестномъ допросѣ, которые упомянуты въ ст. 721: «Каждая сторона имѣетъ право предложить свидѣтелю вопросы не только о томъ, что онъ видѣлъ или слышалъ, но также и о тѣхъ обстоятельствахъ, которыя доказываютъ, что онъ не могъ показаннаго имъ ни видѣть, ни слышать или, по крайней мѣрѣ, не могъ видѣть или слышать такъ, какъ о томъ свидѣтельствуешь». О правѣ на подобные вопросы не можетъ быть рѣчи,—это право слишкомъ очевидно. Но вопросъ о правѣ о п о р о ч и в а н і я свидѣтеля можетъ подвергаться сомнѣнію, и тѣмъ не менѣе, вопросъ этотъ не можетъ не рѣшаться въ положительномъ смыслѣ. Понятно, что адвокатъ, равно и прокуроръ, должны быть отвѣтственны въ данномъ случаѣ за клевету, т. е. за умышленно - несправедливое обвиненіе въ поступкѣ, противномъ правиламъ чести. Кромѣ того, судъ всегда можетъ рѣшить вопросъ,

насколько вопросъ о данномъ обстоятельстве способенъ разъяснить степень довѣрія, внушаемаго свидѣтелемъ. Прибавляю, что, говоря объ отвѣтственности прокурора и защитника за клевету, мы, понятно, имѣемъ въ виду случаи, когда сторона на судѣ дозволила себѣ исполнѣ обдуманное обвиненіе свидѣтеля въ дѣяніи, противномъ правиламъ чести, а не случай сторапча, въ пылу рѣчи, сорвавшася выраженія.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Передопросъ свидѣтелей является средствомъ разъясненія показанія или изобличенія свидѣтеля—въ присутствіи другихъ свидѣтелей или на очной ставкѣ съ ними.

ОСНОВАНІЯ.

Иногда передопросъ свидѣтеля, въ присутствіи другихъ свидѣтелей или на очной съ ними ставкѣ, можетъ повести къ разъясненію недоразумѣній или противорѣчій; но требованіе передопроса стороною не можетъ быть признано обязательнымъ для суда (69/412 Морозова; 71/1256 Арбатскаго), и заключеніе суда о томъ, необходима, или нѣтъ очная ставка свидѣтелей и не слѣдуетъ ли удалить на-время свидѣтелей изъ залы суда, не подлежитъ повѣркѣ кассационнаго суда (72/305 Вдовенко, 72/473 Косагова и др.).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТЫРНАДЦАТОЕ.

Каждому свидѣтелю предъявляются вещественныя и письменныя доказательства, относящіяся къ предмету его показаній, но съ единственною цѣлью установитъ тожество книги, документа или вещи.

ОСНОВАНІЯ.

На неотчетливо производимомъ судебномъ слѣдствіи, при такомъ предъявленіи бухгалтерскихъ книгъ, документовъ или вещей, свидѣтель незамѣтно переходитъ иногда въ роль эксперта, что уже противорѣчитъ правильнымъ условіямъ изслѣдованія дѣла и, по обстоятельствамъ иного дѣла, можетъ представлять существенное нарушеніе процессуальнаго случая.

¹⁾ Stephen, *ibid.*, Art. 129.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТНАДЦАТОЕ.

Главный и перекрестный допросы должны касаться предметов изслѣдованія (*facta probanda, facts in issue or relevant or deemed to be relevant thereto*), или обстоятельствъ, относящихся или считаемыхъ относящимися къ тѣмъ предметамъ. Но перекрестный допросъ не долженъ быть ограничиваемъ лишь предметами, входившими въ главный допросъ. Перепросъ можетъ коснуться и новыхъ, сравнительно съ перекрестнымъ допросомъ, предметовъ,—но въ такомъ случаѣ, по такимъ новымъ предметамъ, долженъ быть опять допущенъ перекрестный допросъ.

ОСНОВАНІЯ.

Основанія для опредѣленія пятнадцатаго черпаются изъ ученія о *thesis probandi* и изъ того положенія, что перекрестный допросъ имѣетъ свои, независимыя отъ главнаго допроса, основанія для существованія такъ точно, какъ и передопросъ, имѣя свое особое назначеніе въ процессѣ, можетъ вызвать вновь необходимость въ предоставленіи противной сторонѣ перекрестнаго допроса. При этомъ, по вопросу о томъ, имѣетъ ли вызвавшая свидѣтеля сторона право опорочивать этого свидѣтеля на перекрестномъ допросѣ, мы можемъ дать отвѣтъ только положительный. Вызовъ свидѣтеля не есть результатъ договора свидѣтеля съ вызвавшею его стороной, и если свидѣтель оказался лживымъ, то нѣтъ основанія запретить его изобличеніе, конечно, фактомъ, а не общою характеристикой, которая могла бы породить вопросъ: если свидѣтель—лживый вообще человѣкъ, то зачѣмъ сторона его вызывала?

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТНАДЦАТОЕ.

Свидѣтелю, для болѣе точнаго изложенія его показанія на судѣ, не воспрещается имѣть при себѣ памятные записки, въ тѣхъ случаяхъ, когда показанія его относятся къ какимъ либо вычисленіямъ, выводамъ или отчетамъ, которые трудно удержать въ памяти. Ему позволяется также прочтеніе полученныхъ имъ писемъ или находящихся у него документовъ, когда тѣ или другіе относятся къ предмету его показаній.

ОСНОВАНІЯ.

По англійской теоріи доказательствъ¹⁾, свидѣтелю разрѣшается, во время допроса, освѣжать свою память документами, написанными имъ во время происшествія, составляющаго предметъ допроса, или настолько скоро послѣ самаго происшествія, что

¹⁾ Stephen, A Digest of the law of evidence, Art. 36 (*refreshing memori*).

судья можетъ полагать, что въ то время въ памяти свидѣтеля происшествіе было свѣжо. Свидѣтель можетъ также освѣжить свою память и документомъ, написаннымъ другимъ, но читаннымъ свидѣтелемъ въ вышеуказанное соотвѣтствующее время, если въ то время, когда читалъ его, онъ считалъ его правильнымъ. (A witness may, while under examination, refresh memory by referring to any writing made by himself at the time of the transaction concerning which he is questioned, or so soon afterwards that the judge considers it likely that the transaction was at that time fresh in his memory. The witness may also refer to any such writing made by any other person and read by the witness within the time aforesaid if when he read it he knew it to be correct). Эксперты также могутъ имѣть, при изложеніи экспертизы, памятные записки и ученые трактаты для ссылки (references to professional treatises).

По Уставу Уг. Судопр. (ст. 682), участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, свидѣтелямъ и свѣдущимъ людямъ, для болѣе точнаго изложенія ихъ изустныхъ показаній, не воспрещается имѣть при себѣ памятные записки въ тѣхъ случаяхъ, когда показанія ихъ относятся къ какимъ либо вычисленіямъ, выводамъ или отчетамъ, которые трудно удержать въ памяти. Эта статья имѣетъ въ виду лишь записки, помогающія памяти въ вычисленіяхъ, между тѣмъ у свидѣтеля могутъ имѣться записки, помогающія восстановленію въ памяти подробностей какаго либо событія. Нельзя думать, чтобы, напримѣръ, выписки изъ современныхъ событію дневниковъ могли быть воспрещены, по духу ст. 628. Конечно, всѣ подобныя выписки изъ современныхъ дневниковъ или писемъ должны быть разрѣшаемы въ тѣхъ условіяхъ, какія указаны въ приведенной выше статьѣ изъ law of evidence, какъ она формулирована Стивеномъ въ его кодексѣ доказательствъ¹⁾. Что касается до прочтенія на судѣ полученныхъ свидѣтелемъ писемъ или имѣющихся у него документовъ, то ст. 629 Устава Уг. Судопр. такъ устанавливаетъ его: «Участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ и свидѣтелямъ не восбраняется прочтеніе полученныхъ ими писемъ или находящихся у него документовъ, когда тѣ или другіе относятся къ предмету ихъ показаній». Пересматривая кассационную практику по вопросу о допущеніи прочтенія писемъ и документовъ, по ст. 629, трудно въ ней уловить

¹⁾ Интересно, что Бентамъ (*Traité des preuves*, въ переводѣ Дюмона, *Oeuvres de J. Bentham*, Bruxelles, 1840, т. I, p. 290) очень внимательно отнесся къ вопросу о памятныхъ запискахъ свидѣтелей. Онъ находитъ, что допущеніе памятныхъ записокъ противорѣчитъ точному признаку правдивости свидѣтеля— быстрому, неподготовленному отвѣту, выливающемуся изъ памяти совершенно естественно. Но, съ другой стороны, онъ находитъ страннымъ лишать свидѣтеля помощи записокъ, помогающихъ ему дать точный и подробный отвѣтъ. Онъ находитъ, что судья лучше всего рѣшить вопросъ о значеніи памятной записки предложеніемъ предварительныхъ вопросовъ: Когда были составлены эти памятные записки? Вскорѣ ли послѣ происшествія, о которомъ даютъ свѣдѣнія эти памятные записки? Чѣмъ вы руководствовались при составленіи тѣхъ записокъ? У васъ подлинникъ, или копія? Писаны ли онѣ вашею рукою, или чужою? Если чужою рукою, то какъ онѣ попали къ вамъ въ руки? Эти вопросы, которые вкладываетъ Бентамъ въ уста судьи, намѣчаютъ условія достовѣрности и относимости памятныхъ записокъ свидѣтеля.

единое начало. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что указанные въ ст. 629 письма и документы должны находиться съ предметомъ показанія въ связи относимости (relevancy), а относимость эта есть вопросъ, который можетъ быть рѣшенъ лишь in concreto. Повидимому, сенатъ признавалъ неотносящимися къ дѣлу документы, которые составляли совершенно независимое отъ показанія свидѣтеля оправдательное доказательство.

Такъ, сенатъ признавалъ не подлежащимъ прочтенію слѣдующіе документы: а) медицинское свидѣтельство, полученное отъ врача самимъ подсудимымъ (72/890 Никифоровой); б) жалобу, составленную для поданія присутственному мѣсту или должностному лицу по поводу событія, являющуюся предметомъ преслѣдованія (74/302 Эдельштейна); в) копию съ прошеній, поданныхъ подсудимымъ министру юстиціи во время производства предварительнаго слѣдствія (68/577 Сергухиной); г) рапортъ свидѣтеля слѣдователю (69/251 Ильина); д) одобрительный приговоръ односельчанъ подсудимаго о его поведеніи (72/959 Коричева, 72/974 Семенова и Карпова, 71/1350 Дмитріева и др., 75/378 Воротилова); е) вообще одобрительные отзывы, данные подсудимому другими лицами (73/940 Станиславскаго), а также такія свѣдѣнія, какъ о томъ, какое количество голосовъ было подано въ пользу обвиняемаго при выборахъ въ общественныя должности (84/13 Мельниковъ). Признаны подлежащимъ прочтенію слѣдующіе документы: а) представленныя подсудимымъ письма потерпѣвшаго отъ преступленія къ свидѣтелю съ указаніемъ на сущность показаній, которыя долженъ дать свидѣтель (74/681 Чеботаревскаго), или письмо къ свидѣтелямъ, говорящее о томъ же предметѣ, по которому они показывали (77/78 Скачкова); б) письмо къ подсудимому о ходѣ порученнаго ему управленія имѣніемъ (68/78 Лисовскаго); в) копию рѣшенія судебного мѣста, представленную подсудимымъ въ засѣданіе, напр. въ подтвержденіе одновременности драки съ нанесеніемъ имъ увѣчій (73/834 Меехи). Не могутъ, наконецъ, быть читаны документы, представляющіе свидѣтельскія показанія, — иначе проникли бы на судъ показанія свидѣтелей, данныя внѣ законныхъ гарантій ихъ достоверности (Касс. рѣш. 71/350 Дмитріевъ и др.). Не можетъ быть запрещено прочтеніе сторонами такихъ письменныхъ документовъ, которые указаны въ обвинительномъ актѣ, въ числѣ основаній къ обвиненію и приобщены къ дѣлу, а потому подлежатъ прочтенію по 687 ст., если на рукахъ у предъявляющей стороны имѣется другой образецъ документа, напр. номеръ газеты (78/34 Засуличъ) и если притомъ содержащіяся въ документѣ свѣдѣнія не могутъ быть сдѣланы извѣстными суду путемъ допроса свидѣтеля (74/84 Рѣпьевскаго).

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕМНАДЦАТОЕ.

Для разъясненія противорѣчія между показаніемъ, даннымъ свидѣтелемъ на судѣ, и показаніемъ его, записаннымъ въ протоколъ слѣдственнаго

производства, дозволяется прочитать на судѣ письменное его показаніе изъ протокола слѣдственного производства.

ОСНОВАНІЯ.

Противорѣчіемъ въ показаніяхъ называется такое соотношеніе показаній, когда въ устныхъ и письменныхъ показаніяхъ свидѣтеля заключается изложеніе однихъ и тѣхъ же обстоятельствъ, но не въ одинаковомъ видѣ и значеніи (касс. рѣш. 68/397 Федулова). Но не считается противорѣчіемъ, когда свидѣтель даетъ въ устномъ показаніи свѣдѣнія о такихъ фактахъ, о которыхъ его на слѣдствіи не допрашивали, а потому примѣненіе въ данномъ случаѣ ст. 627, не должно имѣть мѣста, такъ какъ она говоритъ: «Не возбраняется прочитывать прежнія показанія явившагося свидѣтеля, по отобраніи отъ него новыхъ, если изустныя его показанія несогласны съ письменными, данными на предварительномъ слѣдствіи». Понятно, что прочтеніе можетъ состояться лишь по окончаніи перекрестнаго допроса, когда противорѣчіе не было разъяснено ни устнымъ показаніемъ, ни отвѣтами на вопросы сторонъ (68/49 Бильбасова, 69/1094 Панина и др.); можетъ оно быть допущено и по инициативѣ суда (68/806 Степанова) и не въ цѣломъ составѣ показанія, а лишь въ одной его части (71/1320 Гофмана, 70/42 Савченко и Эля). Причина противорѣчій, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, главнымъ образомъ, заключается въ односторонности, а часто и тенденціозности допросовъ слѣдователя, противъ чего есть только одно дѣйствительное средство: допущеніе на предварительномъ слѣдствіи участія защитника съ правомъ перекрестнаго допроса свидѣтелей.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЕМНАДЦАТОЕ.

Кромѣ процессуальныхъ способовъ обезпеченія правильности свидѣтельскихъ показаній, законодательство устанавливаетъ еще и санкцію, состоящую въ наложеніи наказаній за ложныя показанія и за нарушеніе при этомъ присяги, принятой свидѣтелемъ и обѣщающей вѣрность показаній.

ОСНОВАНІЯ.

Государство имѣетъ право требовать отъ подданныхъ, чтобы они содѣйствовали правосудію правильными показаніями о томъ, что имъ пришлось видѣть и слышать о происшествіи, составляющемъ предметъ уголовного разслѣдованія. Поэтому свидѣтель даетъ присягу (или торжественное обѣщаніе), что, не увлекаясь ни дружбою, ни родствомъ, ни ожиданіемъ выгодъ или иными какими либо видами, онъ по совѣсти покажетъ въ семъ дѣлѣ сущую о всемъ правду и не утаитъ ничего ему извѣстнаго, памятуя, что во всемъ

этомъ долженъ будетъ дать отвѣтъ предъ закономъ и Богомъ. Предъ допросомъ свидѣтелей пресѣдатель суда напоминаетъ имъ объ отвѣтственности за ложныя показанія (ст. 716). Сверхъ того, допрашиваемымъ безъ присяги лицамъ свѣтскаго званія пресѣдатель суда дѣлаетъ увѣщаніе, дабы они, отрѣшась отъ всякаго вліянія вражды, страха или дружбы, говорили сущую правду и только одну правду, не увеличивая и не уменьшая извѣстныхъ имъ обстоятельствъ, а показывая все такъ, какъ что случилось.

Законодательная санкція правдивости показанія назначаетъ наказанія за ложное свидѣтельское показаніе какъ неприсяжное, такъ и присяжное, разумѣется—различной тяжести. Показаніе, данное на предварительномъ слѣдствіи, дается безъ присяги, но судебный слѣдователь предупреждаетъ свидѣтелей, что въ судѣ они могутъ быть спрошены подъ присягою и внушаетъ имъ о необходимости показать всю правду, по чистой совѣсти (ст. 443). На предварительномъ слѣдствіи свидѣтели приводятся къ присягѣ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда свидѣтель собрался въ дальній путь, и возвращеніе его можетъ замедлиться; 2) когда свидѣтель находится въ болѣзненномъ состояніи, угрожающемъ опасностью жизни; 3) когда свидѣтель имѣетъ жительство внѣ округа того суда, которому подсудно дѣло, и притомъ въ такой отдаленности отъ мѣста судебныхъ засѣданій, что ему безъ особенныхъ затрудненій являться въ судъ невозможно (442 ст. Уст. Уг. Судопр.). При этомъ нужно замѣтить, что дача ложнаго безъ присяги свидѣтельскаго показанія на предварительномъ слѣдствіи наказывается, по 943 ст. Уст. о наказ., только въ тѣхъ случаяхъ, когда это показаніе не было добровольно и своевременно отмѣнено или исправлено давшимъ его свидѣтелемъ. Въ разъясненіе этого положенія сенатъ, въ касс. рѣш. 82/16 Просовыхъ, высказала слѣдующія весьма важныя и основательныя соображенія: «Переходя къ источнику закона, выраженнаго въ ст. 943 Улож. о наказ.¹⁾, Прав. Сенатъ находить, что основаніемъ къ установленію наказуемости неприсяжнаго лжесвидѣтельства на судѣ послужила возможность вреда отъ него, какъ это видно изъ слѣдующихъ мотивовъ проекта Улож. о наказ. 1845 г. къ вновь составленной тогда ст. 1130, соотвѣтствующей 943 ст. Улож. изд. 1886 г.: «какъ показанія, учиненныя передъ судомъ даже безъ присяги, могутъ быть при слѣдствіи дѣлѣ пріемлемы въ уваженіе, то, дабы суды не были чрезъ лживыя сего рода показанія вводимы въ затрудненіе или заблужденіе, надлежитъ опредѣлить наказаніе, хотя и не столь строгое, за обману сего рода». Между тѣмъ, предварительное слѣдствіе по Уставу Уг. Судопр. 1864 г. имѣетъ цѣлью собраніе по дѣлу данныхъ, необходимыхъ для разрѣшенія вопроса о преданіи обвиняемаго суду или о прекращеніи дѣла и могущихъ служить матеріаломъ для разбирательства дѣла на судѣ; всѣ эти данныя, въ случаѣ разбирательства дѣла на судѣ, подвергаются тщательной и всесторонней провѣркѣ на судебномъ

¹⁾ Ст. 943 Улож. о наказ. преслѣдуетъ за «ложное показаніе безъ присяги предъ судомъ».

слѣдствіи и потому могутъ быть названы, какъ и самое слѣдствіе, предварительными. Самъ законъ, требуя, чтобы предварительное слѣдствіе было провѣрено на судебномъ, постановляя, что безъ такой провѣрки полученныя на предварительномъ слѣдствіи данныя не могутъ быть принимаемы въ основаніе разрѣшенія дѣла по существу, тѣмъ самымъ допускаетъ возможность измѣненія, исправленія ихъ на судѣ, и примѣровъ такихъ измѣненій и исправленій ежедневная судебная практика представляетъ не мало. Поэтому то законодатель и устранилъ присягу свидѣтелей на слѣдствіи предварительномъ и сохранилъ ее только для неизбѣжныхъ, точно определенныхъ, въ законѣ, случаевъ, справедливо опасаясь, что, какъ выразились составители судебныхъ уставовъ, свидѣтелю, сдѣлавшему при слѣдствіи ложное, неточное или легкомысленное показаніе, всякій выходъ на правдивый путь былъ бы закрытъ опасеніемъ подвергнуться наказанію за клятвопреступленіе (суд. уст. изд. Госуд. Канцел., т. II (стр. 166). Такимъ образомъ, свидѣтельское показаніе на предварительномъ слѣдствіи имѣетъ значеніе показанія первоначальнаго, неокончательнаго, возможность измѣненія котораго на судѣ законъ даже предвидитъ. Это показаніе, само по себѣ, не можетъ имѣть существеннаго вліянія, такъ какъ основаніемъ къ рѣшенію дѣла оно принимается судьями только въ томъ видѣ, въ какомъ выразилось послѣ провѣрки на судебномъ слѣдствіи. Но оно теряетъ всякое значеніе, когда замѣняется свидѣтелемъ на судѣ другимъ, которое, по изслѣдованіи на судебномъ слѣдствіи, будетъ признано согласнымъ съ истиною; подобное показаніе, уничтоженное свидѣтелемъ, лишается въ убѣжденіи судей достовѣрности, совершенно устраняется ими изъ числа уликъ, перестаетъ вліять на разрѣшеніе дѣла и потому неспособно уже причинить вредъ правосудію». Нельзя не признать, что и съ уголовно-политической точки зрѣнія рѣшеніе сената правильно: необходимо поощрять отступленіе отъ ложнаго показанія на предварительномъ слѣдствіи. Кромѣ того, такая возможность отступленія отъ показанія, даннаго у слѣдователя, подъ внушеніемъ его, смягчаетъ отчасти зло отъ отсутствія защитника на предварительномъ слѣдствіи.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТНАДЦАТОЕ.

Признаки достовѣрности свидѣтелей раздѣляются на четыре категоріи: юридическіе, логическіе, опытные и экспериментальные.

О С Н О В А Н І Я .

Оцѣнивая свидѣтельское показаніе мы, прежде всего, останавливаемся на вопросѣ о признакахъ юридическихъ, т. е. на томъ, соблюдены ли всѣ установленныя закономъ условія допущенія и эксплуатаціи свидѣтельскаго показанія. Свидѣтель допускается на судѣ, при извѣстныхъ требованіяхъ, установленныхъ за-

кономъ; онъ допрашивается по извѣстному способу и провѣряется извѣстнымъ методомъ. Всѣ эти признаки, получаемые отъ соблюденія опредѣленныхъ процессуальныхъ законовъ, составляютъ юридическіе признаки, или общія юридическія основанія къ сужденію о силѣ доказательства посредствомъ свидѣтельскаго показанія. Предполагается, что свидѣтельское показаніе, полученное въ лабораторіи суда по правильному методу добытія, правильно, и напротивъ,—что свидѣтельское показаніе, полученное въ лабораторіи суда при нарушеніяхъ установленнаго метода, невѣрно. Это такое же предположеніе, какъ и предположеніе, что научное наблюденіе, сдѣланное по невѣрному методу, или методу, хотя вѣрному, но съ пороками въ выполненіи, въ глазахъ ученаго, негодно, что на него положиться нельзя. Методологическія нарушенія опорачиваютъ результатъ изслѣдованія.

Далѣе, мы оцѣниваемъ показаніе свидѣтеля по логическому методу, состоящему въ изслѣдованіи степени его внутренней состоятельности, послѣдовательности, согласія его съ собою и съ другими доказательствами по дѣлу. Мы получаемъ такимъ образомъ логическіе признаки достовѣрности. Затѣмъ мы обращаемся къ опыту судебному, къ опыту вѣковъ о достовѣрности тѣхъ или другихъ классовъ свидѣтелей (классы общественные, полъ, возрастъ, служебныя лица, духовныя лица и т. д.). Мы пользуемся опытомъ историческимъ и житейскимъ и получаемъ такимъ образомъ третію категорію признаковъ—опытныхъ. Наконецъ, если мы устанавливаемъ пробу свидѣтелямъ, если мы устраиваемъ экспертизы, чтобы опредѣлить, могъ ли свидѣтель видѣть что-либо или слышать такъ, какъ онъ утверждаетъ, что видѣлъ что-либо или слышалъ, то мы получаемъ послѣднюю категорію признаковъ достовѣрности — признаки экспериментальныя. Эта категорія признаковъ, всегда существовавшая, въ послѣднее время провозглашается, какъ нѣчто совершенно новое и небывалое. Но это несправедливо. Въ судѣ уголовномъ всегда прибѣгали къ эксперименту, съ цѣлью провѣрить свидѣтеля, но экспериментировалось показаніе свидѣтеля, какъ онъ его давалъ, а не физическіе и психологическіе особенности людей или категорій людей — вообще съ цѣлью сдѣлать заключенія о ихъ достовѣрности.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТОЕ.

Съ точки зрѣнія юридическихъ признаковъ, свидѣтельское показаніе является достовѣрнымъ, если оно:

1) дано лицомъ, допущеннымъ, по закону, къ дачѣ свидѣтельскихъ показаній;

2) вполне добровольно, внѣ всякихъ психическихъ вліяній, возбуждавшихъ страхъ, надежду получить какую либо выгоду, вызывавшихъ душевное томленіе, усталость и сознаніе беспомощности;

- 3) когда оно отобрано въ законной обстановкѣ;
- 4) по установленному закономъ процессуальному способу (свободное изложеніе всего извѣстнаго на главномъ допросѣ);
- 5) проверено такъ, какъ это установлено въ процессуальномъ законѣ (перекрестный допросъ, передопросъ, прочтеніе показанія, даннаго на слѣдствіи);
- 6) дано подѣ законными санкціями, установленными закономъ;
- 7) не подвергалось искаженію сторонъ въ рѣчахъ предѣ судомъ или, если и подвергалось искаженію, то возстановлялось, предѣ судомъ, въ надлежащемъ своемъ видѣ предсѣдателемъ суда.

ОСНОВАНІЯ.

Всѣ эти признаки нами выведены изъ принятыхъ, въ процессѣ, положеній, обусловливающихъ допустимость и способы эксплуатаціи свидѣтельскихъ показаній на судѣ. Это—законодательный методъ добыванія и пользованія свидѣтелями въ дѣлѣ.

О такомъ свидѣтельскомъ показаніи предсѣдатель имѣетъ полное основаніе сказать присяжнымъ: «Свидѣтельское показаніе А. имѣетъ всѣ признаки, закономъ признаваемые за признаки достовѣрности. Влѣзть въ душу человѣка невозможно. Но когда мы видимъ, что свидѣтель былъ допущенъ къ свидѣтельскому показанію, что онъ даетъ его внѣ всякихъ психическихъ вліяній, для правды неблагоприятныхъ, въ законной обстановкѣ, по законному способу, что онъ подвергался проверкѣ по способу, установленному закономъ, то мы имѣемъ предѣ собою не болтовню человѣка, а судебное доказательство. Мы имѣемъ полное основаніе сказать, что это судебное доказательство не имѣетъ въ себѣ юридическихъ пороковъ, дѣлающихъ его негоднымъ продуктомъ для вашего внутренняго убѣжденія. Что это свидѣтельское показаніе, по своему внутреннему содержанию, достовѣрно, этого мы сказать не смѣемъ. Но есть законное предположеніе въ пользу достовѣрности его. Это законное предположеніе должно быть подтверждено другими данными, а также соображеніями, изъ этихъ данныхъ вытекающими, но предположеніе это существуетъ и не можетъ быть отобрано безъ доказательствъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ПЕРВОЕ.

Къ логическимъ признакамъ достовѣрности свидѣтельнаго показанія относятся слѣдующія его, проявившіяся въ дѣлѣ, качества:

- 1) согласіе его съ общимъ нашимъ понятіемъ о природѣ и о человѣкѣ, т. е. съ возможностью и вѣроятностью извѣстныхъ явленій, по состоянію нашихъ знаній;

2) согласіе его съ другими утвержденіями, по тому же предмету, того же свидѣтеля;

3) внутренняя его гармонія, т. е. согласіе всѣхъ его частей, выражающееся въ отсутствіи въ немъ внутреннихъ противорѣчій;

4) его согласіе съ установленными обстоятельствами дѣла (напр., *corpus delicti*) и другими вещественными и письменными доказательствами дѣла;

5) его согласіе съ другими свидѣтельскими показаніями по тѣмъ предметамъ, по которымъ такое согласіе вообще возможно было, по свойству даннаго случая.

О С Н О В А Н І Я .

Выставленные нами логическіе признаки достовѣрности свидѣтельскаго показанія относятся къ прочно установившимся признакамъ, выработаннымъ вѣками человеческихъ наблюденій и умственного труда надъ установленіемъ достовѣрности фактовъ, на основаніи разсказовъ людей. Но всѣ эти признаки имѣютъ весьма условное значеніе, потому-что коренятся не столько въ объектѣ, сколько въ субъектѣ, т. е. въ данномъ случаѣ, въ судѣ, постановляющемъ приговоръ. Такъ, что, напримѣръ, означаетъ общая возможность событія, описаннаго свидѣтелемъ? Что, по моему взгляду, по моему времени и по моему знанію, возможно, то представится невозможнымъ для другого. Владиміръ Соловьевъ видѣлъ чорта, я же его никогда не видѣлъ, и если бы покойный философъ меня, подъ присягою, увѣрялъ, что онъ видѣлъ чорта, я ему все же не повѣрилъ бы. Почему? Потому что я не видѣлъ чорта. Въ послѣднія десятилѣтія столько открыто наукою чудесъ, что мы рѣшительно не знаемъ, что возможно и что невозможно. Вчера утвержденіе какого-нибудь изобрѣтателя называли сумасшедшимъ, сегодня же мы пользуемся этимъ изобрѣтеніемъ, какъ обыкновеннымъ приспособленіемъ. То же самое можно сказать и о вѣроятности. То, что одинъ считаетъ вѣроятнымъ, другому представляется невозможнымъ, не только невѣроятнымъ. Вообще слѣдуетъ признать, что доводъ, основанный на невозможности или невѣроятности, долженъ считаться, самъ по себѣ, недостаточнымъ для опроверженія свидѣтельскаго показанія. Притомъ же нужно различать: необычайное, невозможное, невѣроятное, небывалое, неслыханное. Еще вчера мы вѣрили твердо въ извѣстныя положенія,—сегодня мы вынуждены признать, что тѣ положенія были вовсе не абсолютны и опровергнуты на дѣлѣ. Новыя открытія послѣдняго времени даютъ намъ полное основаніе принять за правило, что всѣ аргументы, почерпнутые изъ положеній о невозможномъ и невѣроятномъ, просто не должны составлять доказательства, а лишь общія предположенія, которыми ничего основательно доказать нельзя. Бентамъ¹⁾, въ вопросѣ о невозможномъ и невѣроятномъ

¹⁾ Ibid., p. 388.

высказывается, для своего времени, не знавшего современных чудесъ, съ поразительнымъ прозрѣніемъ будущаго. Онъ говоритъ: «Всякій аргументъ о невозможности чего либо сводится къ нашей склонности не признавать фактовъ необычайныхъ, не соответствующихъ обыденности. Но такая склонность нашего ума, основанная на уровнѣ нашихъ знаній, вовсе не есть достаточное доказательство (unperreuve concluante) противъ существованія этихъ фактовъ: наше невѣріе не уничтожаетъ ихъ существованія, если они существовали. На утвержденіе, что факты противны законамъ природы, могутъ отвѣтить: «вы не знаете всѣхъ законовъ природы или всѣхъ исключеній изъ нихъ».

Другія логическія качества достовѣрности свидѣтельскаго показанія, по своей общеизвѣстности, не нуждается въ разборѣ, развѣ слѣдуетъ указать, что согласіе свидѣтельскихъ показаній не означаетъ согласія во всѣхъ подробностяхъ, что даже невозможно, такъ какъ разные свидѣтели могли наблюдать событіе или явленіе съ разныхъ сторонъ, съ разныхъ позицій, не въ одно и то же время, при разномъ освѣщеніи, въ разномъ расположеніи духа и въ разныхъ состояніяхъ здоровья. Напротивъ, слишкомъ большое тожество свидѣтельскихъ показаній часто, напротивъ, можетъ внушить подозрѣніе въ стачкѣ свидѣтелей, въ заученности свидѣтельскихъ показаній, при общей подготовкѣ у одного и того же учителя. Внутреннее согласіе свидѣтельскаго показанія тоже должно быть требуемо съ осторожностью: слабость памяти на подробности иногда вызываетъ противорѣчія, которыя могутъ быть установлены допросомъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ВТОРОЕ.

Опытные признаки достовѣрности свидѣтельскихъ показаній состоятъ въ томъ знаніи особенностей людей разнаго рода, которое, въ практической жизни и въ судѣ, даетъ возможность человѣку, видавшему много на своемъ вѣку, различать правдиваго человѣка отъ лжеца; основательнаго—отъ легкомысленнаго; себялюбца—отъ добряна; честнаго—отъ мошенника; быстраго—отъ осторожнаго; жестокаго—отъ жалостливаго; блудника—отъ семьянина; женщины семейной—отъ пустой, свѣтской дамы; дѣвушку, чистую въ помыслахъ—отъ карьеристки и проститутки въ душѣ; стараго чиновника—взяточника—отъ нео-плута, высоко надъ головою, при своихъ продѣлкахъ, размахивающаго краснымъ, или бѣлымъ знаменемъ народнаго трибуна.

ОСНОВАНІЯ.

Каждый изъ пожившихъ на свѣтѣ имѣетъ свой архивъ казуистики, при помощи котораго онъ ориентируется въ жизни между людьми, различая ихъ психологію не по какой то интуиціи, а на основаніи богатаго знанія разныхъ сторонъ человѣческаго бытія.

«Опытные признаки», на основаніи которыхъ судья, посѣдѣвшій въ уголовномъ залѣ, быстро соображаетъ, съ кѣмъ, въ подсудимомъ и свидѣтеляхъ, онъ имѣетъ дѣло, даетъ ему возможность разобраться въ людяхъ для опредѣленія ихъ достовѣрности. «Знаніе людей» не даромъ считается въ жизни важною наукою, медленно приобретаемою, шагъ за шагомъ, съ непремѣнною платою за всякое знаніе, платою, состоящею или въ личномъ трудѣ, или же въ личныхъ потеряхъ и страданіяхъ. Матеріалы этой трудной науки, именуемой «знаніемъ людей», переходятъ и въ литературу, и въ науку, находя въ ней систематическую обработку и классификацію. Конечно, это — эмпирическій матеріаль, но его достоинство заключается въ томъ, что онъ—внимательно и постепенно приобретаемый матеріаль, сохраняющійся въ памяти, въ видѣ образовъ и событій. Это не книжная казуистика, переходящая изъ рукъ въ руки, часто съ наросганіемъ или съ утечкою, а—живая лѣтопись образовъ, происшествій, событій. Вотъ этогъ то матеріаль казуистики жизни и составляетъ тотъ драгоценный справочникъ, который перелистываетъ въ своей памяти опытный судья, когда ему нужно разобраться въ свидѣтельскихъ показаніяхъ. И величайшее достоинство суда присяжныхъ состоитъ въ томъ, что онъ соединяетъ въ себѣ массу самаго разносторонняго знанія жизни во всѣхъ ея уголкахъ. Предъ этимъ несравненнымъ качествомъ суда присяжныхъ меркнутъ всѣ его недостатки, всѣ возраженія противъ этого учрежденія. Ничто на свѣтѣ не можетъ замѣнить этого великаго достоинства присяжнаго суда! Судъ присяжныхъ, это — солнце, на которомъ, можетъ быть, и можно найти пятна, но отъ котораго получается и весь свѣтъ, и все тепло въ уголовномъ судѣ. Эти двѣнадцать паръ глазъ, видѣвшихъ жизнь со всѣхъ ея сторонъ, и составляютъ самое совершенное орудіе, посредствомъ котораго часто дѣйствительно раскрываютъ внутреннюю сущность и происшествій, и людей. Къ этому нужно прибавить, что драматичность производства, въ уголовномъ судѣ, ставитъ и подсудимыхъ, и свидѣтелей въ разныя положенія, обнаруживающія психологическіе признаки, раскрывающіе характеры, чувства, думы участвующихъ лицъ. Въ судѣ какъ бы опять переживается драма, и въ этомъ новомъ переживаніи исторгаются у людей секреты, глубоко запрятанные, проявляющіеся если не въ признаніяхъ, то въ невольномъ выраженіи ощущеній, надъ которымъ не властны самые испытанные лицемѣры и лицедѣи. Все можетъ человѣкъ спрятать въ тайникахъ души, но нельзя вполне овладѣть выраженіемъ лица, глазъ, всей фигуры, и даже величайшее умѣнье прятать свою душу находитъ своего предателя въ особой печати на лицѣ у человѣка, искусившагося въ умѣннн скрывать свои чувства, мысли и ощущенія. Печать лицемѣрія отличается необыкновенною точностью, выпуклостью рисунка. Выраженіе лица и слово человѣческое всегда были и будутъ изобразителями, какъ бы искусно ни обращались съ ними. И первый пре-

ступнигъ, Каинъ, такимъ же словомъ отвѣтилъ, увертываясь, какимъ отвѣчаетъ и нынѣшній убійца. И сказалъ Господь Каину: «гдѣ братъ твой Авель?» Онъ сказалъ: «не знаю; развѣ я сторожъ брату моему?»

Благодаря А. Э. Кони¹⁾, мы введены во внутреннюю лабораторію души судьи, оцѣнивающего свидѣтельское показаніе. Указавъ на процессуальныя условія добытія свидѣтельскаго показанія, Кони говоритъ: «Только пройдя это, такъ сказать, предохранительное испытаніе для соблюденія внѣшней достовѣрности, показаніе свидѣтеля предъявляется суду. Но и здѣсь, съ одной стороны, свидѣтель вполне ограждается отъ тревоги и смущенія разрѣшеніемъ ему не отвѣчать на вопросы, клонящіеся къ его собственному обвиненію, а, съ другой — показаніе его относительно полноты и точности содержанія подвергается тщательной провѣркѣ путемъ выясненія встрѣченыхъ въ немъ противорѣчій съ прежнимъ показаніемъ и, въ особенности, путемъ перекрестнаго допроса. Данное въ этихъ условіяхъ, полученное и обработанное такимъ образомъ, свидѣтельское показаніе поступаетъ въ матеріалы, подлежащія судейскому разсмотрѣнію и оцѣнкѣ. Надъ нимъ начинается работа логическихъ сопоставленій и выводовъ, психологическаго анализа, юридическаго навыка и житейскаго опыта, и оно укладывается, какъ кусокъ мозаики, какъ составная часть въ картину виновности или невиновности подсудимаго. Несомнѣнно, что критическій анализъ судьи долженъ быть направленъ во всѣ стороны этого показателя, опредѣляя, послѣдовательно, его относимость къ дѣлу, какъ доказательства, его пригодность для того или другого вывода, его полноту, правдоподобность, искренность и, наконецъ, достовѣрность». Но какъ бы тщательно ни была процессуальная, логическая, психологическая и житейская провѣрка свидѣтельскаго показанія, оно все таки можетъ намъ представляться подозрительнымъ по различнымъ причинамъ. Мы оставляемъ въ сторонѣ причины, лежащія въ мотивахъ свидѣтеля, въ его личныхъ интересахъ или въ его отношеніяхъ къ участвующимъ въ дѣлѣ людямъ. Беремъ только его способности воспріятія и воспроизведенія воспринятаго. Мы требуемъ отъ свидѣтеля механическаго фотографическаго снимка, онъ же намъ даетъ лишь рисунокъ отъ руки.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ТРЕТІЕ.

Экспериментальными признаками достовѣрности даннаго свидѣтельскаго показанія слѣдуетъ считать результаты, полученные отъ провѣрки разсказа свидѣтеля путемъ искусственнаго воспроизведенія тѣхъ условій, въ которыхъ свидѣтель, по его собственному утвержденію, наблюдалъ на-

¹⁾ А. Э. Кони, «Свидѣтели на судѣ», статья помѣщена въ сборникѣ «Проблемы психологій» Москва.

кое либо происшествіе, что либо видѣлъ или слышалъ на разстояніи, — вообще присутствовалъ при каномъ либо явленіи во внѣшнемъ мірѣ.

ОСНОВАНІЯ.

Такія испытанія часто вели къ изобличенію лжи въ свидѣтельскихъ показаніяхъ, происходила ли эта ложь отъ иллюзіи, внушенія или отъ злого умысла. Главный свидѣтель по тисса-эсларскому ритуальному дѣлу, мальчикъ, дѣйствовавшій подъ вліяніемъ внушеній мракобѣсовъ, утверждалъ, что въ замочную щель онъ видѣлъ всю сцену, какъ евреи точили кровь изъ дѣвушки-христіанки. Опытъ былъ произведенъ во всѣхъ подробностяхъ, какъ рассказывалъ свидѣтель. Оказалось, что въ замочную щель никакъ нельзя было видѣть описанной свидѣтелемъ сцены. Такіе эксперименты всегда производились въ нужныхъ случаяхъ и, конечно, всегда давали вѣрные результаты, по которымъ съ точностью можно было судить о достовѣрности разсказа, подвергнутого провѣркѣ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ЧЕТВЕРТОЕ.

Экспериментально-психологическое обслѣдованіе свидѣтеля, съ цѣлью испытать его способности, не противорѣчить логикѣ уголовного процесса, согласно которой научная провѣрка доказательства, съ точки зрѣнія годности его источника, вполне уместна.

ОСНОВАНІЯ.

Свидѣтель есть нѣкоторымъ образомъ психо-физическій аппаратъ, доставляющій суду доказательство; понятно, что обслѣдованіе этого аппарата, со стороны его годности, вполне цѣлесообразно. По поводу этой идеи возникло въ литературѣ цѣлое движеніе, на которомъ мы должны остановиться, во-первыхъ, потому, что изъ этого движенія получается извѣстная доля пользы для ученія о доказательствахъ и, во-вторыхъ, потому, что этому движенію придаютъ значеніе событія, открывающаго какъ бы глаза человѣчеству на общую негодность свидѣтельскихъ показаній, которые, однако, играютъ такую огромную роль въ правосудіи.

Все новѣйшее движеніе въ вопросѣ о достовѣрности свидѣтельскихъ показаній въ значительной степени связано Бентаму, тому толчку, который данъ былъ вопросу его знаменитымъ трактатомъ о судебныхъ доказательствахъ. Вѣрный своимъ двумъ руководящимъ тенденціямъ допрашивать всѣ установленныя вещи, съ цѣлью найти ихъ основаніе, и исчерпывать каждый вопросъ истощающимъ перечисленіемъ подробностей, Бентамъ представилъ необыкновенно остроумное, по наблюдательности, и яркое, по изложенію, ученіе о свидѣтельскихъ показаніяхъ, которое мы здѣсь на-

поминаемъ, чтобы объяснить такимъ образомъ, что многое въ новомъ движеніи въ ученіи о свидѣтеляхъ нисколько не ново, а лишь забыто.

Бентаму было хорошо извѣстно, что, помимо ложнаго свидѣтельства изъ корыстныхъ мотивовъ, могутъ быть ошибки добросовѣстныя, ошибки воспріятія, ошибки сужденія, ошибки памяти, которыя могутъ заключаться не только въ забвеніи какихъ либо обстоятельствъ но и въ ложныхъ воспоминаніяхъ (*faux souvenirs*). «Безъ малѣйшаго намѣренія отклоняться отъ правды, безъ искры сознанія своей ошибки, можно имѣть воспоминаніе подложное, ложное не только въ нѣкоторыхъ подробностяхъ, но и въ цѣломъ, говоритъ Бентамъ¹⁾. Если бы Бентамъ написалъ лишь эту одну фразу, удивительную въ устахъ человѣка не жизни, а кабинета, то и тогда мы имѣли бы право считать его отцомъ современнаго скептицизма относительно свидѣтельскихъ показаній. Но выставивъ свое положеніе, Бентамъ, какъ умъ большой, снабженный въ своихъ поискахъ истины свинцовыми подошвами, не позволявшими ему отрываться отъ земли, тутъ же прибавляетъ, на основаніи своихъ и чужихъ наблюденій, два замѣчанія. Во-первыхъ, подложныя воспоминанія слабы и неотчетливы; они сопровождаются какимъ то сомнѣніемъ; онѣ отличаются отъ чистыхъ продуктовъ воображенія тѣмъ, что они были выведены изъ какого нибудь факта, — они связаны съ правдою какимъ то обстоятельствомъ. Вторая черта этихъ подложныхъ воспоминаній—въ томъ, что когда питающій ихъ встрѣтится съ людьми, лучше помнящими фактъ, то онъ уступаетъ авторитету этихъ людей. Авторитетъ даже подавляетъ его и можетъ совершенно перетянуть на свою сторону. Происходитъ такимъ образомъ нѣчто, совершенно обратное случаю, когда мы имѣемъ внутреннее, ясное убѣжденіе,—послѣднее никогда не уступаетъ мѣста убѣжденіямъ другихъ. «Есть факты», добавляетъ Бентамъ, «въ утвержденіи которыхъ мы были бы непоколебимы, хотя бы цѣлый міръ старался ихъ ниспровергнуть въ нашихъ глазахъ». Наконецъ, бываютъ ошибки въ выраженіи мысли, ошибки, принимаемыя за утвержденіе. Вольтеръ рассказываетъ, что, въ одномъ случаѣ, старецъ, обвиненный въ убійствѣ, однимъ свидѣтелемъ не былъ признанъ. «Нѣтъ, это не онъ, не убійца!» сказалъ свидѣтель. Слава богу, воскликнулъ подсудимый, вотъ одинъ, по крайней мѣрѣ, который меня не признаетъ!» Судья это понялъ такъ: «я виновенъ, а вотъ одинъ свидѣтель меня не признаетъ!» Старецъ былъ осужденъ, казненъ, но его невинность скоро стала очевидною.

Изложивъ слабыя стороны свидѣтельскихъ показаній, Бентамъ говоритъ: «Этотъ аналитическій разборъ причинъ неполности свидѣтельскихъ показаній ведетъ къ полезнымъ результатамъ:

1) Мы видимъ, въ какихъ случаяхъ нужно особенно не до-

¹⁾ Bentham, *ib.*, 254: «Sans la moindre intention de s'écarter de la vérité sans avoir le moins du monde la conscience de son erreur, ont peut avoir un souvenir supposé, non seulement faux dans quelques circonstance, mais faux dan la totalité».

вѣряться свидѣтелямъ и до какой степени ошибки могутъ или не могутъ быть избѣгнуты.

2) Мы находимъ принципъ для различенія виновной лжи, сознающей себя, отъ невиновной, происходящей отъ какой нибудь слабости въ психическихъ способностяхъ.

3) Чѣмъ больше выясняются различныя причины неточности въ свидѣтельскихъ показаніяхъ, тѣмъ больше дается судья средствъ для различенія случаевъ, гдѣ имѣется ложь.

Не смотря на полное и ясное сознаніе слабостей, которыя присущи свидѣтельствамъ человѣческимъ, Бентамъ, однако, вѣрилъ, что, въ общемъ, правдивость свидѣтельства человѣческаго обезпечена естественною гарантіею. Эта гарантія — присущая человѣку любовь къ удобству, стремленіе человѣка избѣгать того, что тяжело, что причиняетъ непріятность. Говорить правду легко, лгать трудно, потому что нужно выдумывать, изобрѣтать. Это положеніе Бентама хотя и кажется нѣсколько парадоксальнымъ, въ сущности, справедливо: лѣнь есть такое качество, которое играетъ гораздо большую роль, чѣмъ это кажется людямъ невдумчивымъ. Ларошфуко сказалъ, что лѣнь, это — такое качество, которое господствуетъ надъ всѣми нашими чувствами, всѣми нашими удовольствіями; это — «препятствіе, могущее остановить самое большое судно». Общій выводъ, какой можно сдѣлать изъ ученія Бентама о свидѣтеляхъ, состоитъ въ томъ, что, несмотря на свои пороки, человѣческое свидѣтельство, въ большинствѣ случаевъ, даетъ довольно точныя свѣдѣнія, словомъ, — что правда преобладаетъ надъ ложью.

Въ заключеніе, Бентамъ выставляетъ тѣ качества, которыми должно обладать свидѣтельское показаніе. Оно должно быть:

- 1) отвѣтомъ на вопросы допрашивающаго;
- 2) обстоятельнымъ;
- 3) отчетливо выражающимъ свое содержаніе;
- 4) обдуманномъ, а не спѣшно даннымъ;
- 5) не приготовленнымъ напередъ, но и не противнымъ п. 4;
- 6) невнушеннымъ;
- 7) но полученнымъ при помощи соответствующихъ вопросовъ.

Во всемъ ученіи Бентама сквозитъ одна и та же черта: умѣренность въ проведеніи идеи, отсутствіе преувеличенія какой либо одной идеи.

Новѣйшее экспериментально - психологическое изслѣдованіе свидѣтельскихъ показаній, во главѣ котораго стоятъ Штернъ, Листъ, Времперъ, Борстъ и др.¹⁾, имѣетъ своею задачею, путемъ накопленія научнаго, вѣрнаго опыта и эксперимента, выяснить точность, правильность и надежность свидѣтельскихъ показаній. Читатель намъ проститъ длинныя выписки изъ соответствующихъ работъ, такъ какъ мы не желаемъ переиначивать объясненія тѣхъ писателей,

¹⁾ См. сборникъ: «Проблемы психологін. Ложь и свидѣтельскія показанія». изд. подъ ред. О. Б. Гольдовскаго, В. П. Потемкина и И. Н. Холчева. Книга эта представляетъ полную картину новѣйшаго движенія въ вопросѣ о свидѣтельскихъ показаніяхъ.

которые работают на этомъ поприщѣ и желаемъ дать точное, ихъ же словами, изложеніе ихъ ученія.

Штернъ говоритъ: «Свидѣтельскія показанія касаются всѣхъ мыслимыхъ сторонъ безконечно разнообразной дѣйствительности: зрительныхъ и слуховыхъ (вкусовыхъ, обонятельныхъ и осязательныхъ) впечатлѣній, воспринимаемыхъ нами предметовъ и дѣйствій, постигаемыхъ нами логическихъ сочетаній, качественныхъ и количественныхъ, пространственныхъ и временныхъ опредѣленій. Мы требуемъ этихъ показаній и сами даемъ ихъ, — причѣмъ остается неизвѣстнымъ, насколько наша апперцептивный аппаратъ и наша память способны воспринимать, удерживать и воспроизводить весь этотъ разнообразный матеріалъ психическихъ переживаній. Вотъ почему въ вопросѣ о томъ, что можно и дажепо ожидать отъ свидѣтеля, часто приходится встрѣчаться съ совершенно невѣрными представленіями. Качество нашихъ воспріятій и ощущеній зависитъ отъ цѣлаго ряда моментовъ, вліяніе которыхъ на правильность, точность и достовѣрность апперцепціи можетъ учесть только наука. Изслѣдуя остроту и силу зрѣнія или слуха, способность различать цвѣта, локализовать звукъ, впечатлительность обонянія, вкуса и осязанія, опредѣлять пространство и время, наконецъ, выясняя, какова сфера воспринимаемаго одновременно, — наука во всемъ этомъ устанавливаетъ границы, указываетъ нормы и отмѣчаетъ индивидуальныя особенности; она регистрируетъ обманы чувствъ и ошибки сужденій, которые господствуютъ въ различныхъ областяхъ нашей психики и переплетаются съ воспріятіями, точно соответствующими дѣйствительности. Наряду съ этимъ наука должна выяснить, насколько способны мы с о х р а н я т ь , воспроизводить и признавать новыя впечатлѣнія, полученныя отъ предметовъ извѣстной группы; она можетъ показать, что память о нѣкоторыхъ явленіяхъ вообще не заслуживаетъ довѣрія, если мы только не воспринимаемъ ихъ съ сознательнымъ намѣреніемъ запомнить и что, напимѣръ, извѣстнымъ впечатлѣніямъ свойственна тенденція — автоматически воскресать въ нашей памяти».

По мнѣнію Штерна, выясненіе цѣнности свидѣтельскихъ показаній можетъ повлечь за собою отрицательныя и положительныя мѣры для борьбы съ недостатками свидѣтельскихъ показаній.

«Отрицательныя мѣры сводятся къ тому, чтобы ограничить или вовсе парализовать дѣйствіе условій, могущихъ явно вредить достоинству свидѣтельскихъ показаній. Разъ будетъ извѣстно, что наводящіе вопросы и перекрестный допросъ сбиваютъ свидѣтеля, техника наша въ этой области должна будетъ измѣниться. Если на основаніи точныхъ вычисленій будетъ выяснено, какъ много теряется показаніе въ зависимости отъ времени, протекающаго съ момента первоначальнаго событія, — эти выводы послужатъ лишнимъ аргументомъ въ пользу возникающей уже агитаціи противъ всякой отсрочки судебныхъ процессовъ. Вполнѣ вѣроятно также, что психологія свидѣтельскихъ показаній послужитъ когда нибудь толчкомъ къ нѣкоторымъ реформамъ въ области предварительнаго слѣдствія, въ способахъ приведенія къ присягѣ и т. д., вызоветъ

стремленіе предупредить чрезмѣрную усталость свидѣтелей, часами ожидающихъ очереди, и, наконецъ, разрушить понятіе деликта, связаннаго «съ ложнымъ показаніемъ подъ присягою, допущеннымъ по небрежности». Въ области положительныхъ мѣръ, касающихся свидѣтельскихъ показаній, наиболѣе важными представляются слѣдующія двѣ: 1, чтобы въ судебное разбирательство введена была психологическая экспертиза свидѣтеля и 2, чтобы одною изъ задачъ воспитанія стала дисциплина памяти». Въ чемъ же задача психологической экспертизы свидѣтелей? Штернъ на это даетъ слѣдующій отвѣтъ. «Въ настоящее время, судьи признаются вообще вполне компетентными въ оцѣнкѣ того, насколько достовѣрны показанія свидѣтелей; только встрѣчаясь со случаями чисто патологическаго характера обращаются они за помощью къ постороннимъ экспертамъ,—именно, къ психіатрамъ. Однако,—еще большой вопросъ—окажется ли столь простой порядокъ достаточнымъ и на будущее время. Несомнѣнно, по крайней мѣрѣ, слѣдующее. Съ каждымъ днемъ становится очевиднѣе, что даже нормальное показаніе является чрезвычайно спорнымъ феноменомъ, правильно разобратъ въ которомъ довольно трудно; для такой задачи необходимо, научное знаніе, которое способно наилучшимъ образомъ анализировать всякое явленіе; напротивъ, оцѣнка показанія, руководствующаяся рутинною и интуитивными догадками, очень часто обнаруживаетъ полную свою несостоятельность. Поэтому вполне возможно, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ возникаетъ сомнѣніе относительно достовѣрности наиболѣе важныхъ свидѣтелей и ихъ показаній, такое колебаніе будетъ устраняемо или, по крайней мѣрѣ, значительно уменьшаемо участіемъ психологической экспертизы. Роль эксперта-психолога должна была бы явиться двойкою. Во-первыхъ, основываясь на данныхъ психологіи свидѣтельскихъ показаній, онъ выяснилъ бы какое вліяніе на свидѣтелей оказали тѣ или иныя условія; такъ, на примѣръ, отъ него можно было бы требовать свѣдѣній о томъ, какова, въ среднемъ, достовѣрность дѣтскихъ показаній; при нѣкоторыхъ сообщеніяхъ свидѣтелей, на примѣръ, при опредѣленіи времени, ему пришлось бы рѣшить вопросъ, не слишкомъ ли продолжителенъ срокъ, истекшій съ момента событія, для того, чтобы оно могло сохраниться въ памяти; если доказано было бы, что свидѣтель находится подъ вліяніемъ извѣстнаго внушенія, — экспертъ обязанъ былъ бы высказаться о томъ, насколько способно это внушеніе исказить истину; далѣе, онъ долженъ былъ бы давать свое заключеніе о томъ, не объясняется ли невѣрное показаніе свидѣтеля подъ присягою невольной ошибкою памяти. Во-вторыхъ, экспертъ могъ бы подвергать свидѣтелей экспериментальному изслѣдованію—чтобы опредѣлить что важнѣйшіе изъ нихъ способны къ точнымъ воспріятіямъ и потому достойны довѣрія». Въ заключеніе Штернъ говоритъ, что случаи призванія экспертовъ-психологовъ для обслѣдованія свидѣтелей уже бывали въ дѣйствительности. Таковы основныя положенія Штерна (см. его статью: «Изученіе свидѣтельскихъ показаній» въ московскомъ сборникѣ: Проблемы психологіи, а также его работу Zur Psy-

chologie der Aussage, въ Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft).

Мнѣ, всю жизнь работавшему надъ идеею введенія въ судъ научнаго элемента на правахъ особаго научнаго суда, едва ли нужно доказывать, что, во многихъ случаяхъ, введеніе психологической экспертизы и для оцѣнки свидѣтеля, не только подсудимаго ¹⁾, можетъ быть только полезно, благотворно. Также точно, только блага можно ждать отъ научнаго изученія свидѣтельскихъ показаній, по методу экспериментальной психологіи. Еще съ большею радостью мы встрѣчаемъ мысль о введеніи въ школы психологическихъ знаній и особенно о воспитываніи въ человѣкѣ, съ дѣтства, сознательнаго отношенія къ психической жизни своей и чужой и воспитаніи въ человѣкѣ живости, точности, и вѣрности воспріятія и памяти. Неменьшей важности задачею является въ школѣ и обществѣ воспитаніе воли, для чего нужно знакомить дѣтей съ механизмомъ и свойствомъ человѣческой воли. Всѣ эти новые приемы въ воспитаніи людей дадутъ богатые результаты въ дѣлѣ человѣческаго отношенія къ ближнему и болѣе объективной критики его и, частнѣе, — въ подготовкѣ условій для воспитанія людей для потребностей общественной жизни вообще и правосудія въ особенности. Какъ справедливо говорить Штернъ, предъ педагогикой свидѣтельскихъ показаній стоятъ четыре задачи: «борьба противъ лжи, борьба противъ невѣрныхъ воспріятій и наблюденій, борьба противъ недостатковъ памяти и слабости самокритики и, наконецъ, противъ впечатлительности ко внушенію».

Признавая, такимъ образомъ, не только полезнымъ, но и неизбежнымъ переходъ отъ рутиннаго, практическаго испытанія свидѣтельскихъ показаній по «личному опыту» къ научному ихъ обследованію, нельзя, однако, упразднить и старый способъ познаванія людей въ жизни, безъ помощи эксперта. Начиная съ ранняго утра и до поздней ночи, во всѣхъ своихъ дѣлахъ, ежечастно и ежеминутно, всѣ мы имѣемъ дѣло со свидѣтельскими показаніями, на основаніи которыхъ мы совершаемъ и большія, и малыя дѣла въ жизни. Вся жизнь человѣческая, частная и общественная, движется ежеминутно при помощи двухъ рычаговъ: авторитета и свидѣтельства. Я или до вѣряю, или про вѣряю: оказываю кредитъ, или дѣлаю провѣрку! Отправляюсь къ медику: онъ даетъ мнѣ лѣкарство; я, безъ провѣрки, помѣщаю свое довѣріе въ его авторитетъ и пью это лѣкарство. Затѣмъ цѣлый день дѣйствую на основаніи сообщеній людей, показанія которыхъ принимаю по извѣстной, быстрой провѣркѣ, причемъ руководствуюсь своимъ собственнымъ архивомъ опыта и знанія людей. Въ самомъ дѣлѣ, не могу же я постоянно ходить съ аппаратомъ для испытанія психическихъ способностей свидѣтелей, или же подъ руку съ экспертомъ-психологомъ!

Преувеличенныя изображенія прирожденныхъ слабостей и

¹⁾ См. мое сочиненіе: «Психологическое изслѣдованіе въ уголовномъ судѣ» Москва, 1902.

пороковъ свидѣтельскихъ показаній, въ настоящее время, начинаютъ входить въ большую моду. Каждое новое направленіе представляетъ приливъ, который своевременно, конечно, отхлынетъ; каждое новое направленіе въ наукѣ склонно къ увлеченіямъ и крайностямъ. Дѣло принимаетъ такой видъ, какъ будто только послѣ книгъ Штерна мы узнали, что люди вообще ошибаются, что свидѣтель часто, безъ всякаго желанія сказать неправду, говоритъ ее, однако. Мы сами относимся съ величайшимъ уваженіемъ и сочувствіемъ къ работамъ Штерна, но все же не можемъ забыть, что и до Штерна человѣчество, въ теченіе тысячелѣтій, наблюдало ошибки людей въ воспріятіи и передачѣ впечатлѣній, въ сужденіяхъ и вообще въ психическихъ отправленияхъ. Но, въ настоящее время, объ этихъ ошибкахъ стали говорить, какъ о новѣйшемъ открытіи. Между тѣмъ не только извѣстны были человѣчеству ошибки свидѣтелей, но даже способы провѣрки свидѣтелей не были чужды людямъ не только въ серьезныхъ дѣлахъ, но и даже въ играхъ и забавахъ (фанты).

Обращаясь къ психологическимъ экспериментамъ, мы, не сомнѣваясь въ томъ, что, они, съ теченіемъ времени, будутъ усовершеншаться и лучше приспособляться къ реальнымъ условіямъ свидѣтельской функціи въ дѣйствительности, замѣтимъ, что, въ послѣднее время, нѣкоторые изъ нихъ мало насъ удовлетворяютъ.

Оцѣнки, которыя дѣлаются въ жизни, для опредѣленія точности свидѣтельскихъ показаній, также не лишены глубины и цѣлесообразности. Не всегда все дѣлается по расчету: есть быстрыя, почти бессознательныя оцѣнки, которыя часто лучше исполнѣ сознательныхъ. Если мы будемъ прыгать черезъ канаву по совершенно сознательному расчету, то навѣрное попадемъ въ лужу, а если сдѣлаемъ прыжокъ по быстрому, рутинному, интуитивному глазомѣру, то навѣрное перепрыгнемъ.—Для того, чтобы разъяснить себѣ значеніе, въ уголовномъ процессѣ, экспериментовъ надъ свидѣтелями, необходимо поставить и разрѣшить нѣсколько вопросовъ:

1) Даютъ ли, въ общемъ, свидѣтели больше правды, или больше неправды? ¹⁾

2) Требуется ли свидѣТЕЛЬСКАЯ функція въ уголовномъ судѣ такой точности, какая преслѣдуется экспертами въ наблюденіяхъ надъ психическими отправлениями?

3) Можетъ ли экспериментъ надъ свидѣтелемъ доказать вѣрность или невѣрность его показанія о какомъ либо фактѣ, который онъ наблюдалъ совсѣмъ въ другое время, въ другомъ мѣстѣ и при другихъ условіяхъ своего личнаго состоянія, — здоровья физическаго, психическаго, настроенія и т. д.?

¹⁾ Здѣсь имѣется въ виду лишь неправда бессознательная.

Разсмотримъ эти вопросы:

§ I.

Даютъ ли въ общемъ свидѣтели больше правды, или больше неправды?

На этотъ вопросъ, безъ всякихъ колебаній, можно отвѣтить: «конечно, больше правды, чѣмъ неправды!». И въ судахъ то же самое. Судебная ошибка, основанная на ложныхъ показаніяхъ, есть все-таки рѣдкое исключеніе, а не правило. Жизнь ежедневная была бы совершенно невозможна, если бы неправда въ показаніяхъ людей преобладала надъ правдой.

Ошибки въ воспріятіи, въ памяти и въ выраженіяхъ, конечно, случаются и даже часто, но мы всегда чувствуемъ, когда наше знаніе какого либо факта—твердо, и когда оно слабо, шатко. Если, въ настоящее время, замѣчается большая склонность къ ошибкамъ въ воспріятіи и въ памяти, то это объясняется самою организациею современной жизни, къ которой человѣкъ еще не совсѣмъ приспособился. Жизнь личности оторвалась отъ постояннаго мѣста прикрѣпленія; она сдѣлалась подвижною; она полна впечатлѣній, быстро мѣняющихся. Мы летимъ по желѣзнымъ дорогамъ и по воздуху, глазъ нашъ скользитъ быстро по разнообразнымъ предметамъ, ни на чемъ долго не останавливаясь. Впечатлѣнія скользки, летучи, и однообразны, и разнообразны. Быстрый темпъ жизни, къ которому мы еще не вполне приспособились, даетъ намъ массу иллюзій, галлюцинацій, вызываемыхъ усталостью. Когда то мы знали лишь новости своего околотка, города, много—своего государства. Въ настоящее время, земной шаръ имѣетъ нервы, находящіеся въ постоянномъ контактѣ съ нашими нервами. Въ полчаса, за стаканомъ утренняго чая, я обзрѣваю событія всего міра, отражающіяся не только на моихъ нервахъ, но и на моемъ кошелькѣ, на моей судьбѣ, на моихъ близкихъ. Вслѣдствіе этого мы нервы, склонны къ психическимъ недомоганіямъ, во время которыхъ, понятно, наши психическія отправленія уклоняются въ сторону ненормальную. Удивительно ли, что такой человѣкъ, который ежеминутно волнуется и, вообще говоря, виситъ постоянно на волоскѣ и со всею своею судьбою можетъ ежеминутно попасть то подъ какой нибудь трамвай или автомобиль, то подъ какой нибудь экономическій кризисъ или политическій крахъ.— удивительно ли, что такой человѣкъ склоненъ къ психической шаткости.

Итакъ, самъ человѣкъ, субъектъ психическихъ функцій, теперь находится въ такомъ состояніи, въ какомъ, конечно, онъ никогда прежде не былъ. Неудивительно, что онъ сравнительно съ патріархальными временами, нѣсколько иной. Бѣшеный темпъ жизни особенно усиливается отъ безпощадной конкуренціи, жестокой борьбы за существованіе, и потому улучшеніе современнаго человѣка, въ психическомъ отношеніи, не столько, быть можетъ, послѣдуетъ отъ введенія въ школу психологическаго воспитанія, сколь-

ко отъ ослабленія высокаго давленія жизни, главное содержаніе которой—безсовѣстная война всѣхъ противъ всѣхъ. Однако несмотря на все это, правда въ человѣческихъ свидѣтельствахъ, особенно въ пунктахъ, существенныхъ для частной и общественной жизни, далеко перевѣшиваетъ неизбѣжную долю лжи. И если человѣкъ, въ наше время, больше прежняго склоненъ къ ошибкамъ внѣшнихъ чувствъ и памяти, то, въ то же время, вслѣдствіе большей утонченности своего воспитанія, большаго расширенія предѣловъ сознательности и связанной съ нею самокритики, онъ болѣе способенъ контролировать свою психическую жизнь и разбираться въ ея проявленіяхъ, вѣрныхъ и невѣрныхъ. Понятно, что экспериментально-психологическое изученіе можетъ только принести пользу и обогатить наше пониманіе человѣка. Въ этомъ отношеніи мы привѣтствуемъ завоеванія, которыя совершаются экспериментальною психологіею почти на каждомъ шагѣ въ современной жизни. Но и житейскій опытъ, и личный архивъ каждаго человѣка, перевидѣвшаго въ своей жизни несмѣтное число людей, не теряетъ своей прежней цѣнности.

§ II.

Нуждается ли свидѣтельская функція въ уголовномъ процессѣ въ такой точности въ подробностяхъ, какая требуется научными экспериментами надъ психическими отправлениями?

Многіе факты, играющіе важную роль въ уголовномъ процессѣ, устанавливаются чувственнымъ воспріятіемъ судьи: таковы всѣ вообще вещественные остатки преступленія, его тѣло (*corpus delicti*), его орудія, слѣды и т. п. данныя. Они устанавливаются личнымъ осмотромъ судьи и не требуютъ дальнѣйшихъ доказательствъ. Субъективный составъ преступленія, т. е. дѣйствіе преступника и душевное состояніе устанавливаются конечно, свидѣтелями, но, помимо нихъ, еще и другими доказательствами. Конечно, при доказаніи тождества преступника, его *alibi* и тому подобныхъ моментовъ, свидѣтели играютъ громадную роль. Но каждому опытному слѣдователю и судѣй вполнѣ понятно, что нельзя основывать на свидѣтельскихъ показаніяхъ очень спѣшно и вскользь, при неблагоприятныхъ условіяхъ, воспринимаемые факты, а потому и непрочно запоминаемые. Также точно судья будетъ остороженъ въ основываніи своихъ выводовъ на какихъ нибудь вычисленіяхъ, сдѣланныхъ свидѣтелями спѣшно, предположительно, какъ то: опредѣленіе разстоянія; протекшаго, при какомъ либо событіи, времени и т. п. Никогда опытный судья, въ такихъ случаяхъ, не будетъ основываться на одномъ или даже двухъ свидѣтеляхъ. Онъ постарается проконтролировать этихъ свидѣтелей не только другими свидѣтелями, но также и другими доказательствами по дѣлу. Опытный судья, въ случаяхъ опредѣленія свидѣтелемъ разстоянія

или протекшаго времени потребуетъ или эксперимента, если онъ возможенъ, или с м ѣ ш а н н ы х ъ доказательствъ: судья добрый и опытный не станетъ рисковать за счетъ подсудимаго.

При разслѣдованіи субъективнаго состава преступленія приходится проявлять, посредствомъ свидѣтелей, внутреннюю, душевную жизнь обвиняемаго. Такимъ же способомъ приходится устанавливать образъ жизни, отношенія, характеръ лица и тому подобныя факты. Допрашиваются обыкновенно люди, близко знающіе обвиняемаго. По этимъ предметамъ свидѣтельскія показанія основываются на массѣ наблюденій; свидѣтели не столько даютъ отдѣльные факты, подробности, сколько общіе выводы на основаніи продолжительнаго знакомства съ жизнью, характеромъ и дѣйствіями лица. Наиболѣе трудными являются показанія свидѣтелей, наблюдавшихъ какіе нибудь факты въ испугѣ, гнѣвѣ и т. п. аффектахъ. Въ этихъ случаяхъ приходится относиться весьма недовѣрчиво къ показаніямъ свидѣтелей, и опытный судья, и разумный присяжный рѣшительно не возьмутъ на свою совѣсть приговора, основаннаго на подобныхъ доказательствахъ.

Чтобы представить дѣло въ болѣе реальномъ видѣ, приведу здѣсь изъ перваго попавшагося дѣла показаніе свидѣтеля, который не можетъ считаться достовѣрнымъ вслѣдствіе того душевнаго состоянія, въ которомъ онъ находился во время сомаго происшествія. «Прасковья Юдовна Ломаненкова, 46 лѣтъ, жена крестьянина Рубовской волости и слободы, православная, живу на хуторѣ у Иванова, не судилась, неграмотна, посторонняя. Среди ночи 15 мая я была разбужена лаемъ собакъ и какимъ то необычайнымъ шумомъ на дворѣ. Посмотрѣвъ въ окно, я замѣтила, что хуторъ Иванова горѣлъ въ нѣсколькихъ мѣстахъ и тотчасъ же разбудила Бухтина. Въ это же время раздался стукъ со двора и голосъ Передникова, что горитъ хуторъ. Вслѣдъ за симъ я выбѣжала на дворъ, а за мною и Бухтинъ. Со двора я тотчасъ же вернулась въ комнату и начала выносить свое имущество. Я такъ была напугана пожаромъ, что мало замѣчала, что происходило кругомъ. Я замѣтила лишь, когда въ первый разъ выбѣжала на дворъ, что по двору прошли какіе то два молодые чело-вѣкъ, прилично одѣтые и непохожіе на нашихъ служащихъ; что это были залюди и какіхъ они были примѣтъ, я не могу сказать, такъ какъ не обратила на нихъ вниманія. Я не слышала, чтобы они разговаривали. Все время я была занята спасеніемъ своего имущества и не замѣчала, что происходило на пожарѣ, и что дѣлали другіе. Я лишь замѣтила около пруда, на плотинѣ, лошадь, запряженную въ дрожки; на дрожкахъ неизвѣстнаго чело-вѣка и около лошади другого чело-вѣка. Сидѣвшій чело-вѣкъ выранилъ кого-то матерною бранью и кому-то закричалъ: «идите скорѣй!». Это я видѣла, когда въ первый разъ принесла на плотину свое имущество; когда же явилась съ имуществомъ въ другой разъ, тамъ ужъ не было ни лошади, ни людей; куда они уѣхали, я не видѣла. Я подумала тогда, что это какіе нибудь рабочіе крестьяне

ѣдутъ на поле или съ поля и не обратила на нихъ вниманія, поэтому я не замѣтила ни примѣтъ этихъ людей, ни того, на какихъ дрожкахъ и лошади они ѣхали. Когда же Передниковъ и Совловъ, уже послѣ пожара, рассказывали мнѣ, поджигатели были въ конюшнѣ и взяли оттуда лошадей и дрожки Иванаова, я подумала, что на плотинѣ были поджигатели. Я помню, какъ во снѣ, что, во время пожара, слышны были два или три выстрѣла; но когда именно и гдѣ именно стрѣляли, я не помню и также не знаю, кто стрѣлялъ, такъ же смутно помню, что во время пожара были слышны свистки; помнится, что свистали тѣ люди, которые были съ лошадей на плотинѣ. Вообще я была очень испугана пожаромъ, и всѣ обстоятельства этого пожара у меня перепутались въ памяти и точно я ничего не помню. Такъ я показывала и полиціи. Прочитаннаго вами мнѣ показанія я не дѣлала, онъ невѣрно записалъ мое показаніе, такъ какъ онъ очень старый и глухой, а я не могу громко говорить. Мнѣ не удалось спасти всего своего имущества; всего у меня погорѣло рублей на двадцать. Отъ всего хутора Иванаова уцѣлѣли только амбаръ, баня и погребъ. Больше по этому дѣлу я ничего не знаю. Показаніе прочитано». Это показаніе дано на слѣдствіи черезъ 1½ мѣсяца послѣ пожара и будетъ дано на судебномъ слѣдствіи года черезъ два. Спрашивается, какой же разумный судья будетъ основываться на такомъ показаніи, въ которомъ свидѣтель самъ заявляетъ, что онъ помнитъ все, какъ во снѣ? Изображающіе опасности свидѣтельскихъ показаній забываютъ одно весьма важное обстоятельство: что честный свидѣтель всегда самъ скажетъ, что онъ не помнитъ хорошенько, что онъ неясно вспоминаетъ. Это сознание нетвердости памяти, присущее намъ въ случаяхъ слабого воспоминанія, спасаетъ и свидѣтеля, и судъ отъ большихъ ошибокъ. Бенгамъ¹⁾, тонкій изслѣдователь душевныхъ состояній, обратилъ, какъ нами указано было выше, вниманіе именно на это сознание, какъ на внутренней критерій самаго свидѣтеля. Неужели же судъ не обратитъ вниманія на то, что самъ свидѣтель не убѣжденъ въ правильности или точности своего воспоминанія? Всѣ возраженія противъ свидѣтельскихъ показаній, основанныя на экспериментально-психологическомъ изслѣдованіи, имѣютъ чисто лабораторный характеръ, т. е. совершенно изолированы отъ тѣхъ коррективовъ, которыми обставлено свидѣтельское показаніе въ дѣйствительной жизни. Этимъ мы вовсе не желаемъ сказать, что не бывало и не бываетъ невѣрныхъ показаній, а желаемъ только указать, что въ дѣйствительности есть много способовъ обезопаситься отъ бессознательной лжи въ свидѣтельскихъ показаніяхъ.

Что же касается до сознательной лжи свидѣтеля,

то противъ такой лжи собственно нѣтъ дѣйствительныхъ способо́въ обезопасить судъ. Выбравъ себѣ удобный и недосыгаемый для прѣвѣрки способъ солгать, лживый свидѣтель, съ открытымъ лицомъ, хорошо загримировавъ его соотвѣтствующею обстоятельству экспрессіею, спокойно и твердо излагаетъ свою ложь, не боясь отвѣтственности, которая въ случаяхъ, хорошо обдуманыхъ, совершенно призрачна. Въ современномъ обществѣ такъ восхищаются сценическою ложью, пожею на правду, что способность лгать въ обществѣ и поощряется, и развивается. Ложь, сознательная ложь въ нынѣшнемъ культурномъ обществѣ вовсе не преслѣдуется. Больше всего уважается успѣхъ, успѣхъ же нуждается во лжи, безъ которой онъ рѣдко достигается. Не съ бессознательною ложью, невиновною и зависящею отъ ошибокъ воспріятія и памяти, трудно бороться и справиться, а съ сознательною ложью, которая проникаетъ почти всю нашу частную и общественную дѣятельность, почти завладѣла всею нашею жизнью. Есть, наконецъ, цѣлая высокая область дѣятельности, гдѣ ложь составляетъ почти постоянный способъ дѣйствованія—дипломатія. Оттуда ложь, восхваляемая, какъ ловкое дѣльчество, распространяется на всю жизнь. Въ дѣловой жизни соврать—значитъ лишь примѣнить тактическій пріемъ. И мы беремъ смѣлость сказать, что бессознательная ложь, съ которою трудно было бы бороться, которую трудно было бы разоблачить, есть самая незначительная доля той неправды, которою живетъ современное общество.

§ III.

Можно ли экспериментомъ надъ свидѣтелемъ доказать вѣрность или невѣрность его показанія о какомъ либо фактѣ, который онъ наблюдалъ совсѣмъ въ другое время, въ другомъ мѣстѣ и при другихъ условіяхъ своего личнаго состоянія, — здоровья психическаго, физическаго, того или другого настроенія и т. д.?

На этотъ вопросъ слѣдуетъ дать отвѣтъ отрицательный.

Возьмемъ ту самую Ломаненкову, которой разсказъ о пожарѣ мы привели. Развѣ можемъ мы ее поставить, для эксперимента, въ тѣ самыя условія, въ которыхъ она находилась во время пожара, когда она спасала свой скарбъ? Съ другой стороны, можетъ ли экспериментъ поставить человѣка въ такія условія заостреннаго вниманія, какое вызывается у насъ какимъ нибудь рѣзкимъ, выдающимся происшествіемъ? Въ своей статьѣ о свидѣтеляхъ¹⁾ Кони говоритъ: «Одно ли и то же показаніе свидѣтеля на судѣ и отчетъ человѣка, разсматривавшаго, въ теченіе $\frac{3}{4}$ минуты, показанную ему картину съ изображеніемъ спокойно-безцвѣтной сцены изъ ежедневной жизни? Одно ли и то же — взглянуть съ без-

¹⁾ «Проблемы психологія», сборникъ статей, Москва.

различнымъ чувствомъ и искусственно-направленнымъ вниманіемъ въ изображеніе того, какъ художникъ переѣзжаетъ на новую квартиру или мирная бюргерская семья завтракаетъ, выѣхавъ in's Grüne и затѣмъ отдаться злѣбъ дня, забывъ и про картину, и про Штерна, или быть свидѣтелемъ обстоятельства, связаннаго съ необычнымъ дѣяніемъ, нарушающимъ мирное теченіе жизни и при томъ не на сценѣ, а въ окружающей дѣйствительности и быть призваннымъ вспомнить о немъ, зная о возможныхъ послѣдствіяхъ своихъ словъ при дознаніи, у слѣдователя и на судѣ, идя въ который, всякій невольно провѣряетъ себя. Преступленіе измѣняетъ статику сложившейся жизни; оно перемѣщаетъ или истребляетъ предметы обладанія, прекращаетъ или искажаетъ то или другое существованіе, разрушаетъ на-время укладъ опредѣленныхъ общественныхъ отношеній. По большей части для установленія этого существуютъ объективныя, фактическія признаки, не нуждающіеся въ дальнѣйшихъ доказательствахъ—свидѣтельскими показаніями. Но въ преступленіи есть и д и н а м и к а—дѣйствіе обвиняемаго, занятое имъ положеніе, его дѣйствіе до и по совершеніи того, что нарушило статику. Здѣсь свидѣтели играютъ, по большей части, огромную роль, и ихъ прикосновенность къ обстоятельствамъ, въ которыхъ выразилась динамика преступленія, вызываетъ особую сосредоточенность вниманія, запечатлѣвающую въ памяти образы и звуки съ особою яркостью. Этого не въ силахъ достичь никакая картина, если она не изображаетъ чего либо потрясающаго и оставляющаго глубокой слѣдъ въ душѣ, вродѣ «Петра и Алексѣя» Ге, «Княжны Таракановой»—Флавицкаго или «Ивана Грознаго»—Рѣпина. Да и тутъ—отсутствіе личнаго отношенія къ изображенному и сознаніе, что это, какъ говорятъ дѣти, «не завсамдѣлѣ», должны быстро ослаблять интенсивность впечатлѣнія и стирать мелкія подробности видѣннаго». На это экспериментаторы могутъ возразить, что мы вѣдь ставили на опытахъ цѣлыя происшествія, причемъ свидѣтели были вполне убѣждены, что предъ ними разыгралось настоящее, истинное, драматическое событіе, слѣдовательно, они совершенно были поставлены въ такія же жизненныя условія, какъ и настоящіе свидѣтели. Посмотримъ, однако, на эти опыты, чтобы уснѣсти себя, чему собственно эти опыты насъ обучаютъ. Беру извѣстный опытъ изъ интересной статьи О. Гольдовскаго («Психологія свидѣтельскихъ показаній», помѣщенной въ Московскомъ сборникѣ «Проблемы психологіи»), опытъ, продѣланный въ аудиторіи проф. Липмана. Вотъ какимъ образомъ г. Гольдовскій передаетъ этотъ опытъ: «Во время лекціи Липмана (Бреславль)—аудиторія состояла изъ рабочихъ въ 8¼ утра; за ¼ часа до окончанія лекціи, кто то постучался въ дверь. Липманъ отвѣтилъ: «войдите» Вошла дама и стала что то шепотомъ говорить профессору. Дама была мала ростомъ, волосы и глаза у нея были темные, на головѣ черная, фетровая шляпка. Туалетъ дамы былъ чернаго цвѣта: черная кофточка съ пуговицами въ два ряда, черная юбка, черныя башмаки, лайковыя перчатки и зонтикъ. Липманъ ей отвѣтилъ громко: «теперь мнѣ некогда; ты

можешь, вѣдь, меня подождать, я сейчас кончу». «Ну, такъ я могу здѣсь обождать», сказала дама». «Пожалуй—садись тамъ; только сиди тихо». Дама взяла съ кафедры книжку, сѣла на переднюю скамейку слѣва, съ краю около окна, облокотилась на обѣ руки и стала читать взятую съ кафедры книгу—до 8 ч. 55 м. Вдругъ она сказала: «тутъ ужасно жарко; нельзя ли открыть окно?». Липманъ возразилъ: «оставь, ужъ не такъ здѣсь жарко,—и обращаясь къ аудиторіи, прибавилъ, «неправда ли? Подожди снаружи». «Мнѣ здѣсь жарко, лучше я подожду на дворѣ». Дама быстро вышла, сунувъ книжку въ карманъ юбки. Чрезъ 3 и 4 дня Липманъ предложилъ своимъ слушателямъ рассказать, что они замѣтили. Ихъ рассказы онъ дополнилъ листомъ допроса, въ которомъ добровольно рассказанное отмѣчалось курсивомъ. Определенные отвѣты (сюда относится «не знаю») отмѣчались какъ 1, неопределенные какъ $\frac{1}{2}$, каждое показаніе двойное («или»), половина коего вѣрна, половина невѣрна, отмѣчалась какъ $\frac{1}{2}$ вѣрной и $\frac{1}{2}$ невѣрной. Получился рядъ важнѣйшихъ выводовъ. На вопросъ, взяла ли дама что либо съ кафедры—самый важный съ точки зрѣнія юридической—получилось 2 не знаю и ни одного вѣрнаго отвѣта. Степень знанія (т. е. вѣрныхъ показаній изъ общаго числа)—67%, степень достоверности памяти (т. е. вѣрныхъ показаній изъ общаго числа определенныхъ)—84%. Этотъ же опытъ показалъ, насколько достовернѣе добровольныя показанія, чѣмъ отвѣты на вопросы.

Теперь спрашивается: что слѣдуетъ изъ этого опыта? Что никто не замѣтилъ взятія дамою книжки съ кафедры? Но взятіе ничего поразительнаго не представляло. Мы многого не замѣчаемъ, хотя и смотримъ глазами въ ту сторону. Но то обстоятельство, что никто изъ свидѣтелей не замѣтилъ взятія книги — а по смыслу опыта это именно и должно было имѣть юридическое значеніе,—въ судѣ было бы иначе восстановлено, посредствомъ другихъ доказательствъ. Нашлись бы другіе свидѣтели, которые послѣ аудиторіи видѣли у нея книгу; можетъ быть, обыскъ у нея открылъ бы эту книгу и т. д.

Что касается до недочетовъ въ свидѣтельскихъ показаніяхъ, то они всегда бываютъ. Свидѣтельство очевидца не есть фотография и въ поле нашего зрѣнія, равно какъ и вниманія, не все попадаетъ, а лишь то, что повелительно призываетъ вниманіе. Въ опытѣ Липмана не было, должно быть, ни одного свидѣтеля, который не замѣтилъ бы, что въ аудиторію, во время лекціи, вошла дама, что она сѣла у окна, что-то читала и, наконецъ, вышла. Свидѣтели упускаютъ весьма часто несущественныя подробности, такъ какъ ихъ вниманіе не приковывается къ неважнымъ подробностямъ. Можно годами проходить по высокой лѣстницѣ, мимо ряда квартиръ, и все таки и не знать въ точности, что на дощечкахъ напечатано. Вопросъ не въ томъ, бываютъ ли недочеты въ воспріятіи вообще и въ памяти людей, а въ томъ, способны ли люди вообще обслуживать жизнь, какъ слѣдуетъ, своимъ воспріятіемъ и памятью? На это сама жизнь есть лучший отвѣтъ.

Между тѣмъ, результаты экспериментовъ надъ психологиче-

скими нашими отправлениями вызываютъ въ литературѣ такія взгляды на свидѣтельскія показанія, которые способны преувеличить недостатки этого доказательства въ глазахъ общества, а, слѣдовательно, и суда. Говорить о свидѣтеляхъ, значить говорить о чело-вѣчествѣ, потому-что свидѣтели вѣдь не особая порода людей; говорить о чело-вѣчествѣ, съ точки зрѣнія его способности воспринимать и запоминать воспринятое, значить говорить о всей культурѣ, которая представляетъ величайшій памятникъ чело-вѣческихъ психическихъ способностей, проявлявшихся въ могучемъ и разностороннемъ творчествѣ. И тѣмъ не менѣе, для насъ совершенно ясно, что экспериментально-психологическія изслѣдованія надъ свидѣтелями, которыя слѣдуетъ вести строго-научно, безъ желанія сейчасъ же что-то передѣлывать въ процессѣ, вольютъ много свѣта въ дѣло уголовного правосудія. Мы даже не можемъ въ точности сказать, какіе могутъ получиться результаты не только для процесса, но даже для матеріальнаго уголовного права отъ введенія н а у ч н о с т и вообще въ дѣло уголовного правосудія, гдѣ до сихъ поръ больше дѣйствовали инстинкты и аффекты, а не разумъ въ выработкѣ руководящихъ принциповъ. — Возвращаясь къ поставленному въ началѣ настоящаго § вопросу, мы должны сказать, что психологическій экспериментъ надъ свидѣтелемъ не можетъ доказать невѣрность или вѣрность его показанія о происшествіи, которое онъ наблюдалъ въ другихъ условіяхъ, хотя и можетъ пролить нѣкоторый свѣтъ на его психическія отправления вообще. Но массовыя наблюденія надъ категоріями людей могутъ расширить опытъ судьи въ значительной степени.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВАДЦАТЬ ПЯТОЕ.

Свидѣтельное показаніе не должно быть изолированнымъ доказательствомъ и должно получать свое рѣшающее подкрѣпленіе отъ другихъ доказательствъ, не основанныхъ на свидѣтельствѣ чело-вѣческомъ.

ОСНОВАНІЯ.

Въ виду того, что свидѣтели могутъ ошибаться вполне добросовѣстно; въ виду того, что свидѣтели могутъ и обманывать вполне сознательно; въ виду того, что стачка свидѣтелей, ловко устроенная, налаженная и проведенная, всегда возможна, — заурядный критерій достовѣрности свидѣтелей, именно—согласіе ихъ въ показаніяхъ, не устраняетъ сомнѣній изъ души судьи. На свидѣтельское показаніе слѣдуетъ смотрѣть, какъ на с ы р о й м а т е р і а л ь, по счастливому выраженію одного современнаго криминалиста ¹⁾. И з ъ

1) Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin, 1909, S. 182.

этого сырого материала судья долженъ выработать истину. Понятно, что, вырабатывая эту истину, судья, если это возможно, можетъ провѣрять достовѣрность свидѣтеля и другими доказательствами, — вещественными, письменными документами уликами.

КНИГА ПЯТАЯ.

Письменные доказательства.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Письменнымъ доказательствомъ называется всякій предметъ, на которомъ изложена человѣческая мысль письменами, или какимъ либо инымъ видомъ условныхъ знаковъ или символовъ.

О С Н О В А Н І Я .

Мы усвоили здѣсь прекрасное опредѣленіе Бэста ¹⁾, особенно подходящее къ уголовнымъ доказательствамъ, такъ какъ какая нибудь надпись на стѣнѣ или какомъ нибудь предметѣ можетъ явиться важнымъ письменнымъ доказательствомъ, хотя нельзя отрицать, что такое же значеніе она можетъ имѣть, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, и въ гражданскомъ судѣ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Письменнымъ актомъ называется письменное выраженіе воли или описаніе факта.

О С Н О В А Н І Я .

Какой бы мы ни взяли письменный актъ, онъ является или выраженіемъ воли, или же описаніемъ какого нибудь факта, разумѣя подъ послѣднимъ всякое явленіе міра физическаго или психическаго.

¹⁾ Best, *ibid.*, p. 298: «all material substances, on which the thoughts are represented by writing, or any other species of conventional mark or symbol».

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Письменные акты официальные, могущіе имѣть доказательственную относимость въ уголовномъ процессѣ, суть протоколы или удостовѣренія, исходящіе отъ надлежащей власти и содержащіе описаніе какого либо факта.

ОСНОВАНІЯ.

Протоколы, или же удостовѣренія являются доказательствами, достовѣрность которыхъ предполагается, до ко л ѣ н е доказано противное. Такъ какъ сила всѣхъ вообще доказательствъ въ уголовномъ процессѣ опредѣляется по внутреннему убѣжденію, то и доказательственное значеніе официальныхъ протоколовъ или удостовѣреній опредѣляется на основаніи того же критерія.

Судебные протоколы вообще.

Подъ протоколомъ слѣдуетъ разумѣть отчетъ, составленный компетентнымъ лицомъ, на мѣстѣ, съ соблюденіемъ предписанныхъ закономъ правилъ, для установленія какихъ либо фактовъ, имѣющихъ значеніе обстоятельствъ судебного дѣла.

Признаками судебного протокола являются слѣдующія качества:

а) Протоколъ долженъ быть составленъ надлежащимъ лицомъ, т. е. лицомъ, на то установленнымъ закономъ. Если бы протоколъ, по какимъ либо особымъ обстоятельствамъ, былъ составленъ не тѣмъ лицомъ, которое, по закону, имѣетъ право составлять протоколы, то онъ будетъ имѣть значеніе частнаго письменнаго документа, доказательственная сила котораго вполне будетъ зависѣть отъ внутренняго убѣжденія судьи. Жизнь очень многосложна, событія ея совершаются часто при такихъ условіяхъ, при которыхъ установленіе какого либо факта, весьма желательное или даже совершенно необходимое, не можетъ быть сдѣлано официальнымъ лицомъ. Почему же въ такомъ случаѣ не составить частнаго протокола, доказательное достоинство котораго будетъ, конечно, зависѣть оттого, какъ, г д ѣ и к ѣ м ѣ онъ былъ составленъ? Конечно, такой протоколъ долженъ быть подтвержденъ потомъ свидѣтельскими показаніями и другими доказательствами. Частный протоколъ вообще долженъ быть признаваемъ вообще подозрительнымъ, т. е. нуждающимся въ доказательствахъ.

Можно себѣ представить большія злоупотребленія при составленіи такихъ частныхъ протоколовъ, можно себѣ представить ловкое мошенничество, учиненное такимъ способомъ, подготовленіе большаго пантагяа и т. п. преступныя предпріятія. Тѣмъ не менѣе, нельзя отрицать, что, путемъ частныхъ протоколовъ, могутъ быть

охранены весьма важные интересы и установлены весьма цѣнные факты.

б) Протоколъ долженъ быть составленъ на мѣстѣ и

в) Протоколъ, кромѣ подписи составителя, долженъ имѣть на себѣ подписи свидѣтелей составленія его въ извѣстное время, на извѣстномъ мѣстѣ, извѣстнымъ лицомъ.

Въ нашемъ уголовномъ процессѣ встрѣчаются слѣдующіе виды протоколовъ:

1) Протоколы, коими возбуждается уголовное преслѣдованіе или, лучше сказать, кой содержатъ въ себѣ законный поводъ къ начатію слѣдствія.

Ст. 297 говоритъ: «Законными поводами къ начатію предварительнаго слѣдствія признаются: 1) объявленія и жалобы частныхъ лицъ; 2) сообщенія полиціи, присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ; 3) явка съ повинною; 4) возбужденіе дѣла прокуроромъ; 5) возбужденіе дѣла по непосредственному усмотрѣнію судебного слѣдователя». Упомянутыя въ настоящей статьѣ частные документы, конечно, не относятся къ протоколамъ, но если заявленія частныхъ лицъ были сдѣланы устно, то онѣ облакаются въ форму протоколовъ. Понятно, что безыменные пасквили и подметныя письма не составляютъ законнаго повода къ начатію слѣдствія; но если они заключаютъ въ себѣ указаніе на важное злоупотребленіе или преступное дѣяніе, угрожающее общественному спокойствію, то служатъ поводомъ къ полицейскому розыску или дознанію, могущему повлечь за собою и самое слѣдствіе (ст. 300 Устава уг. судопр.).

О всѣхъ этихъ протоколахъ не имѣется въ законѣ никакихъ указаній, касающихся формы, содержанія или удостовѣренія ихъ, помимо составителя, еще другими лицами. Лишь относительно жалобы потерпѣвшаго, а, слѣдовательно, и протокола устной жалобы такого лица, находимъ слѣдующія указанія, — ст. 302 говоритъ: «Въ жалобѣ означаются: 1) время и мѣсто совершенія преступнаго дѣянія; 2) причины, по которымъ возводится на кого либо подозрѣніе; 3) понесенные вредъ и убытки и 4) приблизительное исчисленіе вознагражденія, если оно требуется». Совершенно ясно, что во всякомъ протоколѣ, содержащемъ законный поводъ къ начатію слѣдствія, должны быть приблизительно тѣ же части, что и въ жалобѣ потерпѣвшаго лица. Кромѣ того, каждый протоколъ долженъ въ себѣ содержать указанія, гдѣ, когда и кѣмъ онъ составленъ и долженъ имѣть надлежащую подпись.

II) Протоколы слѣдственныхъ дѣйствій.

А. По изслѣдованію событія преступления.

а) Протоколы осмотровъ и освидѣтельствованій чрезъ слѣдователя.

Протоколъ осмотра и освидѣтельствванія долженъ быть составленъ, по возможности,

1) на самомъ мѣстѣ производства этихъ дѣйствій (ст. 319), которыя должны быть совершаемы днемъ, за исключеніемъ случаевъ, не терпящихъ отлагательства;

2) все оказавшееся записывается въ той послѣдовательности, какъ осматривалось и открывалось. Такое объективное описаніе, составленное безъ всякой напередъ составленной идеи или тенденціи, даетъ возможность тѣмъ лицамъ, которыя впослѣдствіи будутъ пользоваться этимъ протоколомъ, обладать матеріаломъ, изъ котораго могутъ быть сдѣланы самостоятельныя заключенія. Кромѣ того, какъ нами уже было указано, въ настоящее время, протоколы осмотровъ и освидѣтельствowanій дополняются фотографическими снимками, планами и т. д.

3) Протоколъ осмотра или освидѣтельствowanія долженъ быть подписанъ свидѣтелями осмотра—понятыми, число которыхъ не должно быть ни въ какомъ случаѣ меньше двухъ (ст. 321) и которые берутся (ст. 320) изъ лицъ, заслуживающихъ, по своему положенію, общественнаго довѣрія,⁴⁾ — для осмотра же и освидѣтельствowanія лицъ женскаго пола приглашаются, въ качествѣ понятыхъ, замужнія женщины.

б) Протоколы осмотровъ и освидѣтельствowanій чрезъ свѣдущихъ лицъ.

Въ протоколахъ осмотра или освидѣтельствowanія чрезъ свѣдущихъ лицъ, судебный слѣдователь,

во - п е р в ы х ъ, долженъ сначала описать объектъ изслѣдованія,—ст. 330 говоритъ: «Предметамъ, подлежащимъ освидѣтельствowanію и изслѣдованію чрезъ свѣдущихъ людей, судебный слѣдователь производитъ предварительный внѣшній осмотръ и составляетъ протоколъ о видимыхъ признакахъ преступленія, если таковые окажутся, а равно и о всѣхъ перемѣнахъ, происшедшихъ въ положеніи осматриваемыхъ предметовъ.

во - в т о р ы х ъ, излагаетъ вопросы, которые онъ предложилъ на разрѣшеніе свѣдущимъ лицамъ;

въ - т р е т ь и х ъ, долженъ помѣстить подписи свѣдущихъ лицъ и понятыхъ, въ присутствіи которыхъ производились осмотръ или освидѣтельствowanіе.

в) Протоколъ осмотра или освидѣтельствowanія чрезъ врачей.

Объ актѣ осмотра или освидѣтельствowanія чрезъ врачей-экспертовъ уже было говорено нами въ той книгѣ настоящаго сочиненія, которая была посвящена экспертамъ.

По изслѣдованію событія преступленія обыкновенно имѣются еще и протоколы полицейскаго дознанія, передаваемые слѣдователю.

⁴⁾ По ст. 320, понятыми къ осмотру или освидѣтельствowanію приглашаются изъ ближайшихъ жителей: въ городахъ хозяева домовъ, лавокъ, промышленныхъ и торговыхъ заведеній, а также управляющіе и повѣренные; въ мѣстечкахъ и селеніяхъ, кромѣ вышеупомянутыхъ лицъ, землевладѣльцы, волостныя и сельскія должностныя лица и церковныя старосты. Въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства, могутъ быть призываемы и другія лица, пользующіяся довѣріемъ.

О дознаніи находимъ слѣдующія постановленія:

По ст. 252, когда ни судебного слѣдователя, ни прокурора, или его товарища нѣтъ на мѣстѣ, то полиція, сообщая имъ о происшествіи, заключающемъ въ себѣ признаки преступнаго дѣянія, вмѣстѣ съ тѣмъ производитъ надлежащее о немъ дознаніе. Задача дознанія сохранить слѣды преступления (corpus delicti и прочіе слѣды) и дать матеріалъ для предварительнаго рѣшенія вопроса, имѣется ли въ данномъ случаѣ дѣяніе преступное, или происшествіе непроступнаго характера. По ст. 253, когда признаки преступления или проступка сомнительны или когда о происшествіи, имѣющемъ такіе признаки, полиція извѣщается по слуху (народной молвѣ) или, вообще, изъ источника не вполне достовернаго, то, во всякомъ случаѣ, прежде сообщенія о томъ по принадлежности, она должна удостовериться чрезъ дознаніе: дѣйствительно ли происшествіе то случилось и точно ли въ немъ заключаются признаки преступления». По ст. 254, при производствѣ дознанія полиція всѣ нужныя ей свѣдѣнія собираетъ посредствомъ розысковъ, словесными разспросами и негласнымъ наблюденіемъ, не производя ни обысковъ, ни выемокъ въ домахъ. Произведенное дознаніе полиція передаетъ судебному слѣдователю (255 ст.).

Однако, могутъ быть случаи, когда полиція замѣняетъ судебного слѣдователя и когда, слѣдовательно, ея протоколы могутъ имѣть значеніе слѣдственныхъ протоколовъ. Ст. 258 говоритъ: «Въ тѣхъ случаяхъ, когда полиціею застигнуто совершающееся или только-что совершившееся преступное дѣяніе, а также когда до прибытія на мѣсто преступления судебного слѣдователя слѣды преступления могли бы изгладиться, полиція замѣняетъ судебного слѣдователя во всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, не терпящихъ отлагательства: въ осмотрахъ, освидѣтельствованіяхъ, обыскахъ и выемкахъ; но формальныхъ допросовъ ни обвиняемымъ, ни свидѣтелямъ полиція не дѣлаетъ, развѣ кто либо изъ нихъ оказался тяжело больнымъ и представилось бы опасеніе, что онъ умретъ до прибытія слѣдователя». Ст. 259: «Въ случаяхъ, означенныхъ въ ст. ст. 257 и 258, полиція соблюдаетъ во всей точности правила, постановленныя для производства предварительнаго слѣдствія».

III. Протоколъ судебного засѣданія.

Протоколъ, составляемый по каждому, разсматриваемому въ судебномъ засѣданіи, дѣлу, составляется секретаремъ или его помощникомъ и содержитъ въ себѣ слѣдующія части: 1) время и мѣсто засѣданія, съ указаніемъ, въ которомъ именно часу оно открыто и закрыто; 2) должностныя лица, присутствовавшія въ засѣданіи; 3) составъ присутствія присяжныхъ засѣдателей, когда дѣло разсматривалось съ ихъ участіемъ; 4) предметъ дѣла, разсмотрѣннаго въ засѣданіи; 5) участвующія въ дѣлѣ лица, а именно: подсудимые съ ихъ защитниками и гражданскіе истцы или частные обвинители и ихъ повѣренныя; 6) свидѣтели, допрошенныя въ засѣданіи, и свѣдущіе люди, представившіе свои объясненія; 7) всѣ

дѣйствія, происходившія въ засѣданіи въ томъ именно порядкѣ, въ какомъ они совершались; 8) замѣчанія и возраженія относительно порядка каждаго изъ дѣйствій, съ краткимъ указаніемъ постановленныхъ судомъ, по симъ предметамъ, рѣшеній (ст. 836).

Разъясняя значеніе протокола, какъ доказательства его содержанія, сенатъ (76/69 Константинова) говоритъ: «Протоколъ засѣданія, оставленный сторонами безъ всякихъ замѣчаній, какъ относительно неточнаго изложенія въ немъ судопроизводственныхъ дѣйствій, или же внесенныхъ въ него, по просьбѣ сторонъ, показаній и объясненій по существу дѣла, такъ и относительно отказа въ просьбѣ о внесеніи въ протоколъ сихъ объясненій и показаній, или какихъ либо обстоятельствъ и дѣйствій, происходившихъ на судѣ, долженъ служить неоспоримымъ доказательствомъ, съ одной стороны, соблюденія судопроизводственныхъ формъ и порядковъ въ немъ записанныхъ, а съ другой — незаявленія сторонами, на судѣ, просьбъ о занесеніи въ протоколъ показаній, объясненій и дѣйствій, на невнесеніе коихъ въ протоколъ приносятся ими послѣдствіи жалобы». Выраженіе, что «протоколъ долженъ служить неоспоримымъ доказательствомъ» нужно понимать, конечно, условно, ибо въ правѣ нѣтъ и не можетъ быть акта или документа, который не могъ бы быть созданъ подложно. Слѣдовательно, каждый актъ можетъ быть оспоренъ или сдѣланъ предметомъ уголовного преслѣдованія. Но даже не идя такъ далеко, можно сказать, что неоспоримость протокола нисколько изъ Устава уг. судопр. не вытекаетъ да и не можетъ вытекать, такъ какъ даже *res judicata* подлежитъ разслѣдованію и ниспроверженію, если будетъ доказано, что состоявшийся приговоръ былъ послѣдствіемъ подлога, подкупа или иного преступленія (ст. 23 Устава уг. судопр.). Въ уголовномъ процессѣ, всякій актъ, сдѣлавшійся предметомъ уголовного преслѣдованія, можетъ быть ниспровергнутъ, въ своемъ доказательственномъ значеніи, такъ какъ, по принципу внутренняго убѣжденія, нѣтъ актовъ, сила которыхъ была бы обязательна для судьи, когда она составляетъ предметъ уголовного разслѣдованія. Заключенія суда, по замѣчаніямъ сторонъ на протоколъ, тоже могутъ быть опровергнуты, путемъ уголовного изслѣдованія, и такія замѣчанія суть не что иное, какъ свидѣтельскія показанія судей, которыя вовсе не могутъ притязать на неоспоримость или, лучше сказать, на неопровержимость путемъ уголовного разслѣдованія преступнаго злоупотребленія, послужившаго ихъ источникомъ. Такія заключенія, чтобы пользоваться довѣріемъ, должны составляться своевременно: «составленіе опредѣленія суда чрезъ 18 дней послѣ заявленныхъ замѣчаній на протоколъ», говоритъ сенатъ въ одномъ касс. рѣшеніи (94/4 Салтыкова), «представляется неправильнымъ, ибо такая медленность не можетъ не повліять на память членовъ присутствія, въ дѣлѣ участвовавшихъ, и лишитъ ихъ возможности восстановить въ заключеніи подлинныя слова рѣчей защитника, а равно и заключительное слово предсѣдателя...» — Изъ всего сказаннаго выше, ясно, что протоколъ судебного

засѣданія является обыкновеннымъ судебнымъ актомъ въ уголовномъ процессѣ, который можетъ быть оспариваемъ въ своей полнотѣ, точности и достовѣрности, но въ какихъ случаяхъ и въ какомъ порядкѣ, это, собственно говоря, не относится уже къ предмету нашего сочиненія о доказательствахъ. Практика показываетъ, что въ засѣданіяхъ бурныхъ, происходящихъ, при враждебныхъ столкновенияхъ сторонъ между собою и съ судомъ, протоколъ суда можетъ быть весьма неполнымъ, неточнымъ и даже невѣрнымъ изложеніемъ происшедшаго на судѣ, и называть такой актъ неоспоримымъ доказательствомъ — значитъ идти противъ дѣйствительной жизни, показывающей, что хотя неоспоримаго въ человѣческихъ удостовѣреніяхъ и довольно много, но еще больше встрѣчается и такого, что можетъ и должно быть оспариваемо.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Письменные акты, составляющіе въ гражданскомъ правѣ доказательства предустановленныя, въ уголовномъ процессѣ не имѣютъ силы формальнаго доказательства, обязательнаго для судьи, рѣшающаго по внутреннему убѣжденію.

ОСНОВАНІЯ.

Уголовный процессъ не признаетъ предустановленныхъ доказательствъ, которыя, по существу своему, противорѣчатъ принципу внутренняго убѣжденія.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ.

Если въ вердиктѣ присяжныхъ отвергнуто гражданское отношеніе, основанное на какомъ либо предустановленномъ доказательствѣ, то такой вердиктъ тогда только измѣняетъ правовое отношеніе, основанное на томъ предустановленномъ доказательствѣ, когда законная сила послѣдняго именно и составляетъ самый предметъ уголовного преслѣдованія, подлежащаго рѣшенію присяжныхъ.

ОСНОВАНІЯ.

Присяжные на вопросъ о поджогѣ могутъ отвѣтить, что подсудимый сжегъ такой-то домъ во владѣніи В., но не чужой, а свой. Такой вердиктъ не уничтожитъ силы купчей крѣпости, составляющей предустановленное доказательство, что домъ есть собственность В. и не обратитъ этотъ домъ въ собственность подсудимаго.

Но если предметомъ судебного преслѣдованія будетъ именно подложность купчей крѣпости, находящейся въ рукахъ В., то вер-

диктъ присяжныхъ можетъ уничтожить силу купчей и основанное на ней гражданское право послѣдняго. Основаніе этого различія состоитъ въ томъ, что купчая В., въ первомъ случаѣ, не была предметомъ, на который было направлено обвиненіе и которое составляло вопросъ, подлежащій рѣшенію присяжныхъ. Присяжные рѣшаютъ три вопроса: совершилось ли событіе преступленія, совершено ли дѣяніе подсудимымъ и вмѣняемъ ли онъ. Это — основная задача присяжныхъ и, если въ своемъ вердиктѣ, они, мимоходомъ, признаютъ какое нибудь побочное обстоятельство, опровергающее то или другое предустановленное доказательство, то это можетъ имѣть значеніе лишь для уголовнаго вопроса о вмѣненіи, но не для созданія новыхъ гражданско-правовыхъ отношеній, для какового созданія есть особые, законами гражданскими указанные, пути. Словомъ, присяжные, для цѣлей уголовнаго правосудія, могутъ иногда придти въ противорѣчіе съ предустановленнымъ доказательствомъ, но это не уничтожаетъ силы послѣдняго, разъ не оно составляло предметъ обвиненія. Вердиктъ создаетъ правовыя отношенія лишь въ предѣлахъ обвиненія, которое было предметомъ разсмотрѣнія судебного, въ видѣ главнаго вопроса о виновности подсудимаго¹⁾.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Частный письменный документъ можетъ играть роль въ уголовномъ процессѣ или какъ *corpus delicti*, или какъ обыкновенное доказательство.

ОСНОВАНІЯ.

Частный документъ можетъ играть роль *corpus delicti*, или роль обыкновеннаго уголовнаго доказательства. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ главный вопросъ заключается въ установленіи подлинности самаго документа, т. е. въ установленіи факта, что такой-то документъ дѣйствительно исходитъ, т. е. написанъ или подписанъ такимъ-то лицомъ. Но, предварительнаго рѣшенія вопроса о подлинности, мы сталкиваемся здѣсь еще съ вопросомъ о способахъ добытія частныхъ документовъ, напр., писемъ и т. п. негласныхъ документовъ.

Такимъ образомъ намъ нужно разсмотрѣть два вопроса:

I.

О выемкѣ письменныхъ документовъ.

Вопросъ о выемкѣ письменныхъ документовъ представляется потому важнымъ, что выемка ихъ, необходимая для цѣлей уголов-

¹⁾ См. ст. 30 Устава Уг. судопр., дающаго, въ концѣ концовъ, рѣшеніе затронутаго вопроса.

наго правосудія, сталкивается съ другими началами права, имѣющими важное значеніе какъ для жизни государственной, такъ и частной. Уголовный процессъ вообще врѣзывается въ жизнь острыми зубцами, которые ранятъ и неповинныхъ людей, налагая на нихъ разныя тягости, отрывая отъ занятій, семей, нарушая душевное спокойствіе и срывая даже тотъ покровъ частной жизни, который составляетъ священное право каждаго человѣка, священное потому, что обнаженіе тайнъ встрѣчаетъ въ толпѣ не правосудное и осторожное сужденіе, а часто совершенно невѣрную оцѣнку, нерѣдко же и совершенно незаслуженное плуменіе. Кромѣ того, сохраненіе тайны разныхъ документовъ, въ области государственной службы и частной дѣятельности, необходимо не только для пользы дѣла, но часто даже для сохраненія самаго существованія этого дѣла.

Въ виду потребностей уголовного правосудія, для котораго приходится нарушать тайны служебную, почтово-телеграфную, нотаріальную и частную, законъ представляетъ выемку письменныхъ документовъ извѣстными условіями, обезпечивающими наименѣе тяжкое нарушеніе указанныхъ нами выше тайнъ.

а) Выемка письменныхъ доказательствъ въ присутственныхъ мѣстахъ и у должностныхъ лицъ.

Относительно подобной выемки мы находимъ слѣдующее постановленіе въ Уставѣ уг. судопр., — ст. 368: «Ни присутственныя мѣста, ни должностныя или частныя лица не могутъ отказываться отъ выдачи нужныхъ производству слѣдствія письменныхъ или вещественныхъ доказательствъ». Сенатомъ разъяснено, что присутственныя мѣста не могутъ входить въ разсмотрѣніе вопроса о томъ, насколько требуемымъ слѣдователемъ отъ нихъ бумаги и дѣла могутъ, по обстоятельству производимаго имъ слѣдствія, служить вещественными доказательствами, а обязаны въ точности исполнить требованіе 368 ст. Уст. уг. судопр. (рѣш. Соед. Присутствія 1-го и Касс. Департ. 17 Февр. 1894 г.).

б) Выемка почтово-телеграфной корреспонденціи.

Ст. 368¹ Устава уг. судопр. такъ опредѣляетъ выемку почтово-телеграфной корреспонденціи: «Въ случаѣ оказывающейся при производствѣ слѣдствія необходимости въ осмотрѣ и выемкѣ почтовой или телеграфной корреспонденціи, отправленной отъ имени или присланной на имя лица, противъ коего возбуждено уголовное преслѣдованіе, соблюдаются слѣдующія правила. 1) Судебный слѣдователь каждый разъ сообщаетъ о задержаніи корреспонденціи подлежащему почтовому, телеграфному или почтово-телеграфному учрежденію по принадлежности, и вмѣстѣ съ тѣмъ безотлагательно входить съ представленіемъ въ окружный судъ о разрѣшеніи ему осмотра и выемки. Такія представленія разсматриваются окружнымъ судомъ внѣ очереди. 2) Въ постановленіи окружнаго суда о разрѣшеніи осмотра и выемки должны быть съ точностью указаны основанія, вызывающія необходимость этой мѣры. 3) На основаніи со-

стоявшася, по представленію судебнаго слѣдователя, постановленія, окружный судъ, одновременно съ увѣдомленіемъ слѣдователя о разрѣшеніи или неразрѣшеніи испрашиваемой имъ мѣры, сообщаетъ о томъ же, съ указаніемъ дѣла, по которому состоялось постановленіе, окружному почтово-телеграфному начальству (или замѣняющему его), для поставленія въ извѣстность надлежащихъ почтовыхъ, телеграфныхъ или почтово-телеграфныхъ учреждений; въ столицахъ увѣдомленія, касающіяся телеграфной корреспонденціи, препровождаются въ управленіе городскими телеграфами, а касающіяся корреспонденціи почтовой — къ мѣстному почтъ-директору. Въ случаѣ неразрѣшенія судомъ осмотра и выемки корреспонденціи, она немедленно отправляется по назначенію. 4) По полученіи разрѣшенія отъ суда, судебный слѣдователь или сообщаетъ таковое надлежащимъ почтовымъ, телеграфнымъ или почтово-телеграфнымъ учреждениямъ для доставленія ему требуемой корреспонденціи, или же увѣдомляетъ эти учрежденія о времени своего прибытія для производства осмотра и другихъ слѣдственныхъ дѣйствій, а по прибытіи предъявляетъ имѣющееся у него разрѣшеніе почтовому, телеграфному или почтово-телеграфному начальству. 5) Осмотры и выемки почтовой и телеграфной корреспонденціи производятся въ присутствіи должностнаго лица почтово-телеграфнаго вѣдомства, причемъ письма, посылки и телеграммы, неподлежащія задержанію, безотлагательно отправляются по назначенію. 6) Въ случаѣ необходимости какихъ либо свѣдѣній о корреспонденціи, полученной или отправленной лицомъ, привлеченнымъ къ уголовной отвѣтственности, судебный слѣдователь обращается съ требованіемъ о доставленіи сихъ свѣдѣній къ подлежащимъ почтовымъ, телеграфнымъ или почтово-телеграфнымъ учреждениямъ, не испрашивая на то разрѣшенія окружнаго суда.

в) Осмотръ книгъ маклерскихъ, нотаріальныхъ и бумагъ, переданныхъ присяжному повѣренному.

Ст. 367 Устава Уг. Судопр. постановляетъ, что маклеры и нотаріусы обязаны, по требованію судебнаго слѣдователя, показывать свои книги. Ст. 23 Положенія о нотаріальной части постановляетъ: «По всѣмъ поручаемымъ нотаріусу дѣламъ и относительно актовъ и документовъ, находящихся у него на храненіи, онъ обязанъ соблюдать тайну, за исключеніемъ случаевъ, въ законѣ указанныхъ».

Кони ¹⁾), по поводу нотаріальной тайны говоритъ: «До 1889 г. эта тайна нарушалась лишь по отношенію къ требованіямъ лицъ судебнаго вѣдомства, но съ 1889 г. это право распространено и на представителей административной власти, но каждый разъ по разрѣшенію предсѣдателя окружнаго суда.

2) Осмотры документовъ и бумагъ частныхъ лицъ.

Общимъ правиломъ является положеніе Устава Уг. Судопр., по которому ни присутственныя мѣста, ни должностныя или частныя

¹⁾ Кони, Краткій конспектъ, стр. 103.

лица не могутъ отказываться отъ выдачи нужныхъ къ производству слѣдствія письменныхъ или вещественныхъ доказательствъ. Гарантій, что слѣдователь не сдѣлаетъ выемки такихъ и писемъ и бумагъ частнаго лица, которыя не имѣютъ отношенія къ дѣлу, нѣтъ никакихъ. Относимость документовъ и бумагъ — начало очень растяжимое, и слѣдователь можетъ безнаказанно копаться въ чужихъ тайнахъ, не рискуя никакою отвѣтственностью. Необходимо, однако, создать какія нибудь гарантіи, ограждающія частное лицо отъ грубости и самовластия слѣдователя. Уваженіе къ тайнамъ частнаго лица, воплотившееся въ законодательствѣ и практикѣ, есть поздній цвѣтъ цивилизаціи, недоступный странамъ, еле начинающимъ выходить изъ состоянія крѣпостничества, какъ основнаго нерва жизни.

II.

Установленіе подлинности письменнаго документа.

Установленіе подлинности всякаго письменнаго документа, въ концѣ концовъ, сводится къ установленію сходства почерка всего документа или подписи на немъ. Мы здѣсь не имѣемъ въ виду тѣхъ случаевъ, когда подлинность документа доказывается еще и другими данными: свидѣтелями, описывающими его содержаніе, слогомъ того лица, котораго авторству приписывается документъ. Такое доказываніе не представляетъ ничего специфическаго. Здѣсь мы имѣемъ въ виду лишь доказываніе подлинности документа, т. е. собственноручнаго написанія его извѣстнымъ лицомъ, сходствомъ почерка; говоримъ: сходствомъ, ибо то жество почерка есть *quid probandum* и, слѣдовательно, никогда не можетъ считаться безусловно-установленнымъ.

Сходство почерка можетъ быть установлено тремя способами:

а) Предположеніемъ, вытекающимъ изъ показанія свидѣтеля, видѣвшаго данное лицо пишущимъ и потому получившимъ точное представленіе о его почеркѣ: *praesumptio ex visu scripti o n i s*. «Такое доказательство», по мнѣнію Бэста¹⁾ «какъ бы оно ни было слабо, можетъ быть допустимо (*admissible*)». Конечно, его слабость можетъ быть доказываема предъ присяжными, но это вѣдь горнило, чрезъ которое проходитъ каждое доказательство: допустимость доказательства и оцѣнка силы его — различныя понятія.

Когда, давно, или недавно, и сколько разъ видѣлъ свидѣтель лицо пишущимъ, не составляетъ вопроса, который долженъ быть рѣшенъ предварительно допущенія доказательства; это — вопросъ, касающійся силы доказательства.

б) Предположеніемъ, вытекающимъ изъ того, что свидѣтель видѣлъ много разъ почеркъ лица: *praesumptio scriptis olim*

¹⁾ Best, The principles of the Law of evidence, p. 327.

visis. Свидѣтель, по службѣ своей, часто видалъ, прочитывалъ письма лица, получалъ, отвѣчалъ на нихъ и, такимъ образомъ, приобретаетъ точное знаніе почерка лица. Такой свидѣтель можетъ быть *о п у щ е н ъ*, какъ доказательство, хотя оцѣнка его можетъ быть весьма невысока. По отношенію къ свидѣтелямъ *и ex visu scriptiois*, и *ex scriptis olim visis* былъ поднятъ, въ англійской судебной практикѣ, вопросъ: можно ли имъ дозволять освѣжать свою память просмотромъ писаній, несомнѣнно исходящихъ отъ лица? Вопросъ этотъ, хотя въ одномъ случаѣ и разрѣшенъ былъ въ утвердительномъ смыслѣ, въ другихъ прецедентахъ разрѣшается отрицательно. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что упомянутое освѣженіе памяти можетъ разыграть роль несознаваемаго внушенія. Предположенія, основанныя и на *ex visu scriptiois*, и на *ex scriptis olim visis*, говоря вообще, такъ шатки, что дозволеніе освѣжать память просмотромъ писемъ нельзя не считать опаснѣйшимъ приѣмомъ, могущихъ повлечь большія ошибки. Поэтому на вышепоставленный вопросъ мы бы отвѣтили отрицательно¹⁾.

в) Предположеніемъ, вытекающимъ изъ сравненія почерковъ: *praesumptio ex comparatione scriptorum*.

Англійская теорія доказательствъ относилась всегда съ замѣтнымъ недоувѣріемъ къ сравненію почерковъ, какъ къ доказательству подлинности почерка²⁾. Общее правило англійскаго *common law* (англійское общее обычное право) гласило, что доказательство посредствомъ сравненія почерковъ недопустимо, и для такого правила выставляли три основанія. Первое основаніе: рукописи, предлагаемыя для сравненія, могутъ быть подложны; поэтому сравненію должно предшествовать установленіе подлинности этихъ рукописей, что можетъ идти *ad infinitum* «къ большому развлеченію

¹⁾ Stephen, A digest of the Law of evidence, 7-th edit., London, p. 63, Art. 51, такъ формулируетъ допущеніе свидѣтелей почерка:

Art. 51: «Opinions as to handwriting, when deemed to be relevant.

When there is a question as to the person by whom any document was written or signed, the opinion of any person acquainted with the handwriting of the supposed writer that it was or was not written or signed by him, is deemed to be a relevant fact.

A person who is deemed to be acquainted with the handwriting of another person when he has at any time seen that person write, or when he has received documents purporting to be written by that person in answer to documents written by himself or under his authority and addressed to that person, or when, in the ordinary course of business, documents purporting to be written by that person have been habitually submitted to him». Т. е. «Мнѣнія о почеркѣ считаются относящимися къ дѣлу. Въ случаяхъ, когда возникаетъ вопросъ о лицѣ, написавшемъ или подписавшемъ какой либо документъ, мнѣніе свидѣтеля, знакомаго съ почеркомъ лица, считается доказательствомъ, относящимся къ дѣлу. Свидѣтель почитается знакомымъ съ почеркомъ лица, если онъ когда либо видѣлъ лицо то пишущимъ, или же получалъ документы, писанные тѣмъ лицомъ въ отвѣтъ на документы, писанные имъ, свидѣтелемъ, или по его приказу, или если онъ, по дѣламъ своей службѣ или промысла, обыкновенно обозрѣвалъ документы того лица».

²⁾ Въ нашей литературѣ имѣется обширная работа объ изслѣдованіи письменныхъ документовъ: Буринскій. Судебная экспертиза документовъ, Спб. 1903.

вниманія присяжныхъ и къ проволочкѣ процесса». Второе основаніе: образцы могутъ быть подобраны недобросовѣстно или неудачно. Третье основаніе: присяжные могутъ быть неграмотны и, слѣдовательно, некомпетентны въ оцѣнкѣ сравненія почерковъ. Всѣ эти основанія, однако, не настолько сильны, чтобы исключить экспертизу почерка, и мы у Стивена находимъ слѣдующую формулировку нынѣшняго положенія вопроса о значеніи сравненія почерковъ въ англійской теоріи доказательствъ. Ст. 52 (Digest, Art. 52) его кодекса law of evidence гласитъ, что сравненіе почерковъ дозволяется дѣлать посредствомъ свидѣтелей, и такія рукописи и свидѣтельское мнѣніе о сходствѣ почерковъ могутъ быть представлены на усмотрѣніе суда, какъ доказательства. Свидѣтель долженъ быть опытенъ (peritus), но не долженъ быть непременно профессиональнымъ экспертомъ (a professional expert). Такимъ образомъ, современное law of evidence допускаетъ мнѣніе о сходствѣ почерковъ, какъ доказательство.

Экспертиза сходства почерковъ есть одно изъ наиболѣе шаткихъ, неудовлетворительныхъ и опасныхъ судебныхъ дѣйствій. Правда, въ послѣднюю четверть вѣка улучшились приемы экспертизы почерковъ и теперь уже рѣдко выбираютъ экспертами учителей чистописанія съ недоумѣвающими лицами, или секретарей разныхъ присутствій съ хитринкою въ глазахъ. Все же вездѣ суды съ нескрываемымъ недовѣріемъ относятся къ экспертизѣ почерка. Конечно, когда желательно обвинить, то и учитель чистописанія является, для предсѣдателя, авторитетомъ. «Эксперты почерка были, суть и будутъ предметомъ вышучиванія и всяческаго издѣвательства! Ихъ называли водевильными персонажами; о нихъ говорятъ, что, подобно авгурамъ, они не въ состояніи смотрѣть другъ на друга безъ смѣха; и публика тоже не можетъ смотрѣть и слушать ихъ безъ улыбки. Они такъ вѣрятъ въ свою непогрѣшимость; сомнѣніе такъ далеко отъ нихъ! Когда ихъ поймаютъ на вопіющей ошибкѣ — какъ это было въ дѣлѣ Буссиніера—они изображаютъ и покорность, и вмѣстѣ съ тѣмъ высокомеріе. Они изображаютъ изъ себя такихъ убѣжденныхъ мучениковъ за графологическое искусство, что имъ можно простить ихъ глупость, конечно, если не думать о ихъ жертвахъ». Такова аттестація, которая дается экспертамъ почерка авторами одного чрезвычайнаго дѣльнаго труда о судебныхъ ошибкахъ¹⁾. Дагоссо вѣрно опредѣлилъ, много лѣтъ тому назадъ, значеніе экспертизы почерка. Онъ сказалъ: «Удостовереніе подлинности почерка есть лишь аргументъ, признакъ, вѣроятная улика, почерпнутая изъ сходства буквъ. Нѣтъ ничего легче, какъ сдѣлать ошибку, скажемъ болѣе: это—обыкновенный случай, что такое сходство вводитъ въ заблужденіе». Послѣ Дагоссо, чрезъ двѣсти лѣтъ, одинъ французскій судъ въ своемъ рѣшеніи высказалъ: «нужно взять во вни-

¹⁾ Maurice Lailier et Henry Vonoven, Les erreurs judiciaires et leurs causes, Paris, A. Pedone.

маніе, что сравненіе почерковъ ведетъ къ такимъ ошибкамъ самыхъ почтенныхъ и безупречныхъ экспертовъ, что многія иностранныя законодательства даже отвергли совсѣмъ это доказательство».

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Содержаніе письменнаго доказательства можетъ быть доказываемо и первоисточникомъ (самимъ документомъ), и второстепеннымъ доказательствомъ.

ОСНОВАНІЯ.

Первоисточникомъ для доказательства содержания документа является самъ документъ, но въ уголовномъ процессѣ, въ которомъ нѣтъ предустановленныхъ доказательствъ, содержаніе документа можетъ быть возстановлено второстепеннымъ доказательствомъ (*secondary evidence*). Къ второстепеннымъ доказательствамъ слѣдуетъ, въ данномъ случаѣ, отнести: копии; письменные документы, описывающіе содержаніе возстановляемаго документа; свидѣтелей, читавшихъ документъ и вообще всякія доказательства, возстановляющія содержаніе искомаго документа. Понятно, что мы говоримъ здѣсь о допущеніи доказательства, а не объ оцѣнкѣ силы его, зависящей отъ массы условій. Конечно, при опредѣленіи силы свидѣтельскихъ показаній, возстановляющихъ содержаніе документа, слѣдуетъ всегда помнить, что мы, подъ вліяніемъ внушенія, можемъ вообразить, что читали въ документѣ именно то, что въ данномъ случаѣ составляетъ искомый фактъ. Обманъ памяти, питаемый воображеніемъ, бываетъ такъ коваренъ, что мы какъ бы видимъ предъ глазами и самую страницу, на которой написано то, что, въ данномъ случаѣ, возстановляется посредствомъ допроса, незамѣтно превращающагося въ сильнѣйшее внушеніе.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

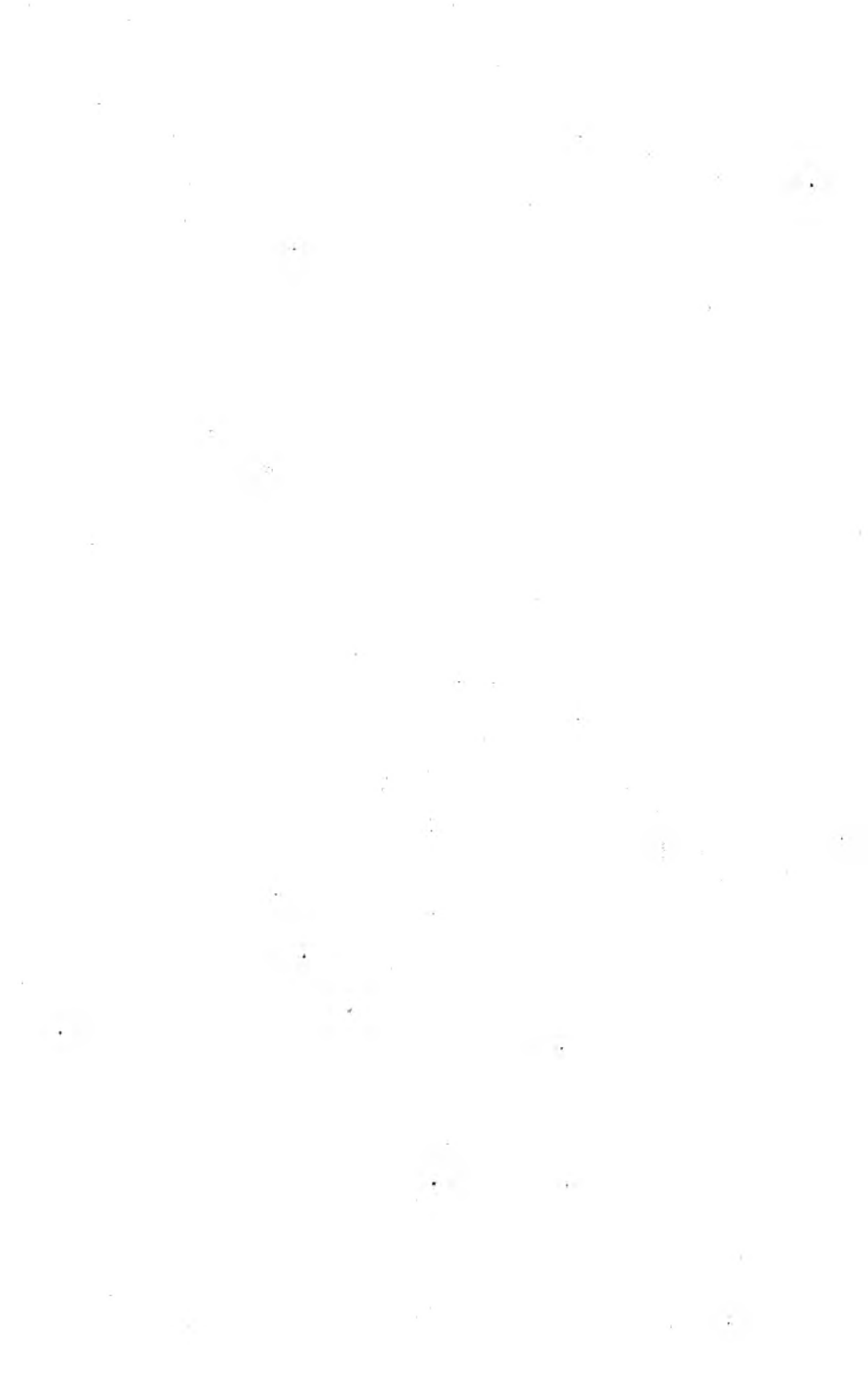
Въ уголовномъ процессѣ нѣтъ и не можетъ быть письменныхъ актовъ, имѣющихъ обязательную силу для суда.

ОСНОВАНІЯ.

Основное начало, рѣшающее въ уголовномъ судѣ, вопросъ о силѣ доказательства, есть внутреннее убѣжденіе судей, рѣшающихъ дѣло. Отсюда слѣдуетъ, что даже метрическое свидѣтельство, неподлежащее никакому сомнѣнію въ своей достовѣрности, необязательно для уголовного суда, и онъ можетъ совершеннолѣтняго

признать несовершеннолѣтнимъ. Отъ такого признанія подсудимому, которому минуло 21 годъ, не станетъ 16 лѣтъ, но, въ дѣлѣ вмѣненія, онъ по данному дѣлу, воспользуется привилегією несовершеннолѣтняго. Оттого, что присяжные признали, что преступленіе совершено не ночью, а днемъ, полночь не превратится въ день, но подсудимому вмѣнено будетъ преступленіе, совершенное не ночью, а днемъ.

Каждый протоколъ, составленный съ соблюденіемъ всѣхъ, требуемыхъ закономъ, условій, можетъ быть отвергнутъ судомъ, ибо послѣдній рѣшаетъ дѣло по внутреннему убѣжденію, для котораго нѣтъ обязательныхъ признаковъ достовѣрности. Показаніе свидѣтеля, прочитанное на судѣ и точно записанное, можетъ быть отвергнуто, такъ точно, какъ всякое устное доказательство. Вступая въ уголовный судъ слѣдуетъ забыть совершенно всѣ привычныя понятія, выносимыя изъ гражданскаго суда.



КНИГА ШЕСТАЯ.

У л и к и.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЕРВОЕ.

Уликою называется всякое доказанное обстоятельство, изъ котораго можно сдѣлать заключеніе о недоказанномъ предметѣ, составляющемъ *quid probandum* процессуальнаго изслѣдованія.

О С Н О В А Н І Я .

Все, что находимъ въ мірѣ внѣшнемъ, и что составляетъ проявленіе міра внутренняго, психическаго, можетъ быть уликою, если только изъ него можно сдѣлать какое нибудь заключеніе о *factum probandum*,—потому фактической матеріаль уликъ также неотъемлемъ, какъ всѣ явленія, наполняющія собою какъ міръ матеріальный, такъ и нравственный. Улика есть предположеніе, основанное на силлогизмѣ, въ большой посылкѣ котораго помѣщается какое либо общее положеніе. Конечно, если это общее положеніе есть неизблennyй законъ физической природы, то и улика будетъ уже не предположеніемъ, а неопровержимымъ выводомъ. Но въ большинствѣ случаевъ, въ большой посылкѣ силлогизма помѣщается не законъ природы, а правило, допускающее исключенія. Поэтому въ большинствѣ случаевъ улика будетъ лишь предположеніемъ, основаннымъ на приблизительномъ обобщеніи.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ.

Законнымъ предположеніемъ (*praesumptio*, презумціей) называется заключеніе, признанное въ законъ за правило, въ судѣ, при рѣшеніи дѣлъ, обязательное,—безусловно, или доколѣ противное не доказано.

О С Н О В А Н І Я .

Законное предположеніе основано на логической почвѣ, на опытѣ, на обыкновенномъ ходѣ жизни, хотя это предположеніе и допускаетъ исключенія. Такія законныя предположенія необходимы для социальной жизни человѣчества; безъ нихъ невозможно

было бы управленіе этою жизнію. Нельзя было бы, напримѣръ, управлять государствомъ, если бы каждый имѣлъ право отговариваться незнаніемъ закона, и самаго знанія закона избѣгали бы, какъ величайшаго зла. Нельзя было бы отправлять правосудія, если бы не было предположенія, что *res judicata pro veritate habetur*.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРЕТІЕ.

Законныя предположенія раздѣляются на два класса: а) предположенія неопровержимыя (*praesumptiones juris et de jure*) и опровержимыя (*praesumptiones juris tantum* или просто *praesumptiones juris*).

ОСНОВАНІЯ.

Цивилисты о первыхъ даютъ такое объясненіе: «*Praesumptio juris dicitur, quia lege introducta est; et de jure, quia super tali praesumptione lex inducit firmum jus et habet eam pro veritate*». Словомъ, предположенія *juris et de jure* никогда не могутъ быть опровергаемы; напротивъ, предположенія *juris tantum* суть предположенія, доколѣ противное не доказано.

Это опредѣленіе мы привели для отграниченія понятія улики, которая представляетъ логическое заключеніе, не введенное въ законъ, а дѣлаемое судомъ свободно, по убѣжденію.

Отъ презумпцій слѣдуетъ отличать ф и к ц и (*factio*), которыя такъ опредѣляются: «*Fictio est legis, adversus veritatem, in re possibili, ex justâ causâ, dispositio*». Законъ, въ этомъ случаѣ, признаетъ за фактъ, не подлежащій опроверженію, нѣчто такое, что ложно, но не невозможно. *Super falso et certo fingitur, super incerta et verogaesumitur*. Такъ *praesumptio de juris et de jure*, постановляющее, что дитя, скажемъ, моложе 7 лѣтъ не можетъ дѣйствовать съ умысломъ, по всей вѣроятности, говоря вообще правильно, хотя можетъ быть невѣрно въ отдѣльномъ случаѣ. Напротивъ, фикція, что договоръ, состоявшійся гдѣ то на океанѣ, считается заключеннымъ въ Англіи, признаетъ явную неправду за фактъ, и дѣлается это для того, чтобы создать подсудность вестминстерскимъ судамъ.

Мы, такимъ образомъ, попытались выяснитъ положеніе уликъ среди всякихъ предположеній и фикцій, допускаемыхъ въ законѣ для пользы государства, общественнаго оборота и правосудія.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЧЕТВЕРТОЕ.

Съ презумпціями не слѣдуетъ смѣшивать общихъ процессуальныхъ максимъ, созданныхъ не закономъ, а логикою изслѣдованія достовѣрности.

ОСНОВАНІЯ.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что какъ въ уголовномъ правѣ, такъ и въ уголовномъ процессѣ есть предположенія, презумпціи, какъ

juris et de jure, такъ и juris tantum, напримѣръ: *res judicata pro veritate habetur*. Но наряду съ такою презумпціею имѣются общія положенія, составляющія какъ бы общія начала процессуальнаго метода изслѣдованія истины. Сюда относятся максимы, лежащія въ основѣ уголовного процесса. Приведемъ наиболѣе яркія изъ нихъ. Всякій предполагается невиновнымъ, доколѣ противное не доказано. Это основное процессуально-методологическое начало влечетъ за собою много положеній въ уголовномъ процессѣ: право подсудимаго на молчаніе, возложеніе *onus probandi* на плечи обвинителя, отсутствіе допроса неосознаваемаго подсудимаго и т. д. *Res ipsa in se dolum habet*. Каждый предполагается нормально-дѣйствующимъ, и когда мы видимъ, что А. топоромъ бьетъ Б. по головѣ, то мы предполагаемъ, что онъ это дѣлаетъ съ намѣреніемъ разбить эту голову. *Semel malus semper praesumitur malus*. Намъ нѣтъ надобности перечислять всѣ накопившіяся вѣками максимы, имѣющія, въ настоящее время, лишь процессуально-методологическое значеніе, такъ какъ наша задача выяснитъ точнѣе положеніе улики среди разныхъ предположеній, составляющихъ особый, если можно такъ выразиться, подземный пластъ въ нѣдрахъ уголовного процесса.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПЯТОЕ

Сила отдѣльной улики зависитъ отъ начала, лежащаго въ большой посылкѣ силлогизма, коимъ дается заключеніе.

ОСНОВАНІЯ.

Если въ большой посылкѣ имѣется неизблемый законъ природы, то мы получимъ неизблемое заключеніе. Такія улики называются необходимыми или физическими. Онѣ неопровержимы, какъ неопровержимъ физическій законъ, лежащій въ большой посылкѣ.

Такимъ образомъ, по сущности общаго положенія, лежащаго въ большой посылкѣ, улики раздѣляются на улики физическія, улики нравственныя, улики психологическія, улики бытовья и т. д. Сила каждой изъ этихъ уликъ обусловлена достовѣрностью того закона или приблизительнаго обобщенія, которые лежатъ въ большой посылкѣ. Возьмемъ слѣдующій силлогизмъ. Большая посылка: нахождение краденыхъ вещей у человѣка можетъ быть принято за признакъ, что онъ укралъ эти вещи. Малая посылка: у А. найдены краденныя вещи. Заключеніе: слѣдовательно, имѣется у А. признакъ, что онъ укралъ тѣ вещи. Слабость этой улики вытекаетъ изъ слабости общаго положенія, помѣщеннаго въ большой посылкѣ. Возьмемъ психологическую улику. *Semel malus, semper praesumitur malus*. Большая посылка: Кто разъ совершилъ злое дѣло, можетъ его совершить и въ другой разъ



Малая посылка: А. разъ совершилъ убійство. Заключение: онъ могъ совершить преступленіе и въ другой разъ. Улики нравственныя и психологическія, основанныя на приблизительныхъ обобщеніяхъ, въ старинныхъ трактатахъ объ уликахъ назывались также *у л и к а м и* *н е о п р е д ѣ л е н н ы м и*.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ШЕСТОЕ.

Сила отдѣльной улики зависитъ отъ того періода преступной дѣятельности, отъ которой, по свойству своему, она происходитъ.

ОСНОВАНІЯ.

Улики, по своей принадлежности къ періодамъ преступной дѣятельности субъекта, раздѣляются на *п р е д ш е с т в у ю щ і я*, *с о п у т с т в у ю щ і я* и *п о с л ѣ д у ю щ і я*. Предшествующими уликами называются какъ неопредѣленные улики, почерпнутыя изъ прежней судимости, характера, отношеній, связей, занятій, обычнаго поведенія, такъ и изъ обдумыванія преступленія, мотивовъ для дѣянія, притоговленія къ самому совершенію преступленія и т. д. Сопутствующими уликами называются обстоятельства, доказывающія, что подсудимый былъ на мѣстѣ совершенія преступленія, совершилъ его. Словомъ, сопутствующія улики, это — части того измѣненія во внѣшнемъ мірѣ, какое совершено преступленіемъ; сюда относятся: положеніе трупа, видъ фальшиваго документа, слѣды преступленія, пятна, отпечатки рукъ, ногъ и т. д. Послѣдующими уликами называются улики, вытекающія изъ дѣятельности, слѣдующей за совершеніемъ преступленія, напр., сокрытія вещей, трупа, заматанія всякихъ слѣдовъ учиненнаго. При анализѣ уликъ, на которыхъ построено обвиненіе, лучше всего группировать ихъ по періодамъ преступной дѣятельности. При такомъ анализѣ ярче выступаетъ сравнительная сила уликъ того или другого періода. Наибольшую шаткостью, а, слѣдовательно, и опасностью отличаются неопредѣленные улики, почерпаемые изъ прежней жизни подсудимаго, его отношеній, связей, занятій и т. д. Попытка нашего Устава уг. судопр. упорядочить добываніе этихъ уликъ заслуживаетъ вниманія, и мы должны на ней остановиться.

Съ цѣлью установленія наиболѣе правильнаго способа собранія неопредѣленныхъ уликъ, нашъ Уставъ уг. судопр. создалъ особую процедуру на предварительномъ слѣдствіи—*д о з н а н і е* *ч р е з ъ* *о* *к* *о* *л* *ь* *н* *ы* *хъ* *л* *ю* *д* *е* *й* (стт. 454—466). Дознаніе чрезъ окольныхъ людей коренится въ *п о в а д ѣ* *н* *о* *мъ* *о* *б* *ы* *с* *к ѣ*, игравшемъ громадную роль въ древнемъ русскомъ уголовномъ процессѣ, а затѣмъ въ дореформенномъ слѣдственномъ нашемъ процессѣ. Онъ превратился въ средство узнанія истины, при помощи котораго можно открыть не обстоятельства совершенія преступленія, а поведеніе лица обвиняемаго. При разработкѣ нынѣшняго Устава уг. судопр.,

въ комисіи возникъ вопросъ: какъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, когда, для разъясненія дѣла, окажется необходимымъ имѣть свѣдѣнія о занятіяхъ, связяхъ и образѣ жизни обвиняемаго и слѣдуетъ ли собирать эти свѣдѣнія посредствомъ обыкновенныхъ свидѣтельскихъ показаній, или посредствомъ предназначеннаго для того, въ сводѣ 1857 г., повального обыска? По обсужденіи этого вопроса рѣшено было улучшить повальный обыскъ свода 1857 г. и, такимъ образомъ, создано было дознаніе чрезъ околныхъ людей. На принятіе этого института главнымъ образомъ повліяли слѣдующія соображенія. «Конечно», говорится въ мотивахъ комисіи, «свѣдѣнія о личности подсудимаго можно почерпнуть и изъ свидѣтельскихъ показаній; безусловной невозможности въ этомъ нѣтъ; но есть столь важное неудобство, что оно почти равносильно невозможности. Обязанность личной явки въ судъ, лежащая на свидѣтеляхъ, столь тягостна вообще и столь обременительна въ особенности въ Россіи, что число вызываемыхъ въ судъ должно быть, по необходимости, самое ограниченное, а именно, въ судъ должны быть требуемы только лица, могущія сообщить свѣдѣнія, которые относятся прямо къ существу разсматриваемаго дѣла. Кромѣ того, весьма желательно, чтобы свѣдѣнія о характерѣ и нравственности подсудимаго имѣли какую либо твердую точку опоры и чтобы у насъ, при новомъ порядкѣ судопроизводства, не происходило голословныхъ по сему предмету преній, въ которыхъ обыкновенно прокуроръ по свѣдѣніямъ, подѣ рукою собраннымъ, выставляетъ почти каждаго подсудимаго отъявленнымъ злодѣемъ, а защитникъ, по свѣдѣніямъ, столь же мало достовѣрнымъ, выставляетъ то же лицо добродѣтельнымъ. Известно, что во Франціи, напримѣръ, свѣдѣнія о характерѣ и нравственности подсудимаго имѣютъ надлежащую достовѣрность только въ важныхъ процессахъ, когда всѣ лица, могущія сообщить эти свѣдѣнія, вызываются въ судъ, но тогда судебныя издержки возрастаютъ до огромныхъ размѣровъ, а судебныя засѣданія тянутся продолжительное время». На основаніи этихъ сообщеній старинный повальный обыскъ, какъ онъ окончателно вылился въ сводѣ законовъ 1857 г., былъ улучшенъ, и получилось дознаніе чрезъ околныхъ людей нашего Устава уг. судопр.

По ст. 454, если окажется необходимымъ, для разъясненія дѣла, собрать свѣдѣнія о занятіяхъ, связяхъ и образѣ жизни обвиняемаго, или если сей послѣдній въ показаніяхъ своихъ по этимъ предметамъ сошлется на мѣстныхъ жителей, то судебный слѣдователь производитъ особое на мѣстѣ дознаніе чрезъ околныхъ людей. О назначенномъ для дознанія времени и о мѣстѣ его производства судебный слѣдователь доводитъ до свѣдѣнія прокурора или его товарища и объявляетъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ (455). Если обвиняемый, содержащійся подѣ стражею, изъявитъ желаніе находиться при дознаніи чрезъ околныхъ людей, то онъ препровождается на мѣсто сего дознанія (456). Прибывъ на мѣсто дознанія до срока, судебный слѣдователь составляетъ списокъ домохозяевъ и старшихъ въ семействахъ лицъ, жившихъ въ

одномъ околоткѣ съ обвиняемымъ (457). Составленный списокъ представляется находящимся на лицо сторонамъ, которымъ предоставляется указать на неправильности, допущенныя въ его составленіи (459).

Изъ утвержденного списка избираются по жребію двѣнадцать человѣкъ, если же въ списокѣ состоитъ не болѣе двѣнадцати, то избирается изъ него по жребію шесть человѣкъ (461). Избранныхъ по жребію людей стороны могутъ отводить по причинамъ, указаннымъ въ стт. 704 — 709. Сверхъ того, какъ обвиняемому, такъ и противной сторонѣ предоставляется отвѣсть не болѣе двухъ околныхъ людей, безъ объясненія причинъ подозрѣнія (463). Околные люди допрашиваются подъ присягою, съ соблюденіемъ правилъ, установленныхъ для допроса свидѣтелей (466). Актъ дознанія чрезъ околныхъ людей можетъ быть прочитанъ на судѣ, на основ. 687 ст. Устава уг. судопр., какъ неоднократно разъяснено было сенатомъ (67/353 Иванова, 68/194 Трунова и Федоровой и др.).

Касаясь оцѣнки доказательственного значенія акта дознанія чрезъ околныхъ людей, мы должны, сказать, что дознаніе чрезъ околныхъ людей предполагаетъ быть патріархальный. Въ настоящее время, когда индивидъ оторвался отъ своего дѣдовскаго мѣста прикрѣпленія и, гонимый вѣтромъ, подобно перекасти-полю въ степи, покатился по желѣзнымъ путямъ, изслѣдованіе его прежней жизни стало затруднительнымъ, а часто даже мало осуществимымъ. Далѣе, актъ дознанія чрезъ околныхъ людей является доказательствомъ второстепеннымъ, а потому и весьма слабымъ. Независимо отъ того, нельзя не замѣтить, что вообще неопредѣленныя улики представляютъ весьма слабое доказательство, и даже опасное: человѣкъ, можетъ быть, и велъ жизнь нехорошую, но могъ даннаго преступленія и не совершить. Въ англійскомъ процессѣ магистратура строго оберегаетъ правосудіе отъ вліянія молвы о «прошлой жизни» подсудимаго на вердиктъ присяжныхъ.

Давъ показаніе объ арестѣ подсудимаго, полицменъ, въ одномъ дѣлѣ, разсматривавшемся въ 1892 г. въ Лондонѣ, добавилъ въ заключеніе: «Этотъ Колли хорошо извѣстенъ, какъ человѣкъ на все способный». Защитникъ протестуетъ: «Этотъ отзываетъ можетъ повредить подсудимому въ глазахъ присяжныхъ». Судья заявляетъ, что если полицменъ себѣ еще позволить подобное замѣчаніе, то онъ немедленно приостановитъ дѣло, отпуститъ присяжныхъ и возложитъ уплату судебныхъ издержекъ на правительство. Въ Англійи стремятся къ правосудію, на континентѣ — къ репрессіи, и въ этомъ великая разница между судопроизводствомъ въ Англійи и въ другихъ европейскихъ государствахъ. Отдайте англійскій процессъ въ руки недобросовѣстнымъ чиновникамъ, готовымъ на все ради окладовъ и отличій, и они его вамъ превратятъ въ страшное орудіе противъ правды и свободы. Мы постоянно вспоминаемъ слова славнаго процессуалиста Миттермайера. Онъ повторялъ неоднократно: «уголовный процессъ находится въ тѣснѣйшей связи съ политическими, прав-

ственными и социальными условиями жизни народа». И вот, проработавъ цѣлую жизнь надъ изученіемъ наиболѣе правильныхъ условій изслѣдованія истины въ уголовномъ судѣ, я пришелъ къ заключенію, что и плохо устроенный уголовный процессъ, въ честныхъ рукахъ, можетъ вести къ правосудію. Съ другой стороны, видимъ, что и превосходно устроенный процессъ можетъ давать плохіе результаты, если въ немъ дѣйствуютъ люди, готовые на все ради своей выгоды, въ душѣ которыхъ нѣтъ неумолимой, правдивой совѣсти.

Этимъ однако, мы не желаемъ умалить значеніе научнаго труда надъ выработкою лучшей формы процесса. Нравственная система не теряетъ своей цѣны оттого, что она плохо примѣняется въ жизни. Во всякомъ случаѣ, твердо стоитъ одно положеніе: судъ присяжныхъ есть та глубокая и текучая вода, которую трудно надолго испортить даже самому искусному во злѣ правительству.

Авторы превосходнаго сочиненія ¹⁾ о судебныхъ ошибкахъ справедливо говорятъ: «Чтобы дать нашимъ судамъ то безпристрастіе, ту вѣжливость, ту заботливость о правахъ защиты, которыя составляютъ красоту англійскаго правосудія, неужно судебной реформы. Для этого нужна реформа нашихъ судебныхъ нравовъ». Какъ уничтожить судебный цинизмъ континентальной магистратуры?

ОПРЕДѢЛЕНІЕ СЕДЬМОЕ.

Сила отдѣльной улики зависитъ отъ степени ея доказанности.

ОСНОВАНІЯ.

Улика есть обстоятельство, изъ котораго дѣлаютъ заключеніе о предметѣ, составляющемъ объектъ процессуальнаго изслѣдованія. Понятно, что она должна быть доказана. Доказываніе улики, по принципу внутренняго убѣжденія, можетъ совершаться и путемъ прямыхъ, и путемъ косвенныхъ доказательствъ. Такимъ образомъ, вопросъ о томъ, можетъ ли быть доказываема улика уликами, разрѣшается въ положительномъ смыслѣ. Вотъ почему и возникло ученіе, что улики имѣютъ степени, что могутъ быть улики первой степени, второй и т. д. Названіе степени уликъ едва ли вѣрно; лучше называть улику, доказывающую другую улику, уликою улики, какъ это дѣлали старые писатели. Понятно, что улика, доказываемая уликою, должна почитаться доказанною слабѣе, чѣмъ улика, подтвержденная прямыми доказательствами. Въ этомъ отношеніи, не создавая формальной теоріи доказательствъ, можно, кажется, выставить правило: доказываніе улики должно быть, по возможности, прямое, ибо, при косвенномъ доказываніи ея, шансы на ошибку увеличиваются.

¹⁾ Lailler et Vonoven, Les erreurs judiciaires.

По мѣрѣ удлиненія цѣпи уликъ, которую поддерживается улика, доказывающая непосредственно *quid probandum*, послѣдняя болѣе и болѣе слабѣетъ.

Мы здѣсь не распространяемся о томъ, что, въ настоящее время, техника обслѣдованія многихъ уликъ (пятенъ, слѣдовъ ногъ, волосъ и т. п. предметовъ) повысилась, что должно внушить большее довѣріе къ косвенному доказательству, находившемуся всегда и находящемуся еще и теперь въ сильномъ подозрѣніи¹⁾. По мѣрѣ того, какъ техника обслѣдованія вещественныхъ доказательствъ будетъ возрастать, будетъ повышаться и психическая сторона человѣчества, а, по мѣрѣ усовершенствованія послѣдней, такъ называемыя неопредѣленныя улики, основывающіяся по большей части на свидѣтельскихъ показаніяхъ, возрастутъ въ своей достовѣрности. Развитой умственно и этически человѣкъ будетъ давать осторожно показанія о своемъ ближнемъ, которому угрожаетъ уголовное наказаніе. Нынѣшнее недоброжелательное отношеніе къ ближнему, являющееся источникомъ жестокаго злорадства, уступить, съ успѣхами истиннаго просвѣщенія, мѣсто христіанскому отношенію къ человѣку. Повысится пониманіе души другого человѣка. Теперь же она потемки для другого человѣка, и потемки потому, что *homo homini lupus est*. Современныя отношенія людей полны зависти, коварства и мелкаго плутовства, и все это часто на почвѣ жестокости или леденящаго равнодушія. При такихъ моральныхъ условіяхъ общества можно ли ждать, что свидѣтели будутъ постоянно осторожны и честны, насколько это нужно для правосудія? Не только въ судьи, но и въ свидѣтели не годятся еще люди, воспитанные на жестокой борьбѣ за существованіе, на взаимной враждѣ и зависти.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ВОСЬМОЕ.

Уликою обвиненія называется всякое обстоятельство, могущее подтвердить субъективный или объективный составъ преступленія, а также и тѣ факты, которые увеличиваютъ или уменьшаютъ виновность подсудимаго и составляютъ обстановку преступленія.

ОСНОВАНІЯ.

Практика судебная прежнихъ временъ, когда господствовала формальная теорія доказательствъ, выработала болѣе или менѣе подробный списокъ обвинительныхъ уликъ. Конечно, нѣтъ возможности охватить всевозможныя улики, какъ нѣтъ возможности обнять весь міръ явленій физическихъ и нравственныхъ. Но списокъ этотъ, составлявшійся постепенно на практикѣ, любопытенъ и рисуетъ картину уликъ. Въ своемъ мѣстѣ, при изложеніи формальной теоріи доказательствъ, мы привели этотъ списокъ, изъ котораго вид-

¹⁾ Niceforo, La police et l'enquête judiciaire scientifique, Paris, 1907.

но, что для него взяты крупнѣйшія обстоятельства предшествующія, соотвѣтствующія и слѣдующія за преступленіемъ. Въ числѣ этихъ уликъ полиціонное есть одна изъ древнѣйшихъ уликъ, упоминаемыхъ въ законодательствѣ. Въ Литовскомъ Статутѣ полиціонное называется *лицомъ*; въ древнемъ же русскомъ правѣ полиціонное имѣло значеніе болѣе тѣсное: «А полиціонное то, что выимуть изъ клятви изъ-за замка; а найдутъ что во дворѣ или въ пустой хороминѣ, а не за замкомъ, ино то не полиціонное». Улики, основывающіяся на выраженіи ощущеній человѣка (блѣдность, краснѣніе, дрожаніе, потѣніе, вздрагиваніе и т. д.), въ наше время, едва ли кѣмъ могутъ быть почтены доказательствами: убѣжденіе въ собственной невинности, при опасностяхъ нынѣшняго правосудія именно для невиннаго человѣка, можетъ больше волновать, чѣмъ даже признаніе своей виновности.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕВЯТОЕ.

Уликою оправдательною называется такое обстоятельство, которое, не разрушая никакой отдѣльной улики обвиненія, представляетъ самостоятельное оправданіе, указывая, что есть данныя для совершенно противоположной гипотезы о всемъ происшедшемъ.

ОСНОВАНІЯ.

Улика оправдательная, показываетъ, что, кромѣ гипотезы, сдѣланной въ дѣлѣ можетъ быть и другая, совершенно противоположная. Возьмемъ для примѣра извѣстную оправдательную улику: *alibi* (инобытность). *Alibi* не разрушаетъ ни одной изъ собранныхъ обвинительныхъ уликъ,—онѣ всѣ остаются въ своемъ значеніи. Но *alibi* разрушаетъ все обвиненіе цѣликомъ, оно разгромляетъ все построеніе обвиненія. Подсудимый не могъ совершить преступления: онъ былъ, во время совершенія преступления, совсѣмъ въ другомъ мѣстѣ. Нужно, однако, замѣтить, что *alibi* есть любимый пріемъ защиты именно виновныхъ людей. Его часто готовятъ напередъ. Приготовивъ все для пожара, А. уѣзжаетъ въ Ростовъ, тамъ является въ полицію и проситъ отмѣтить на его паспортѣ, что онъ пріѣхалъ въ городъ. Онъ вызываетъ удивленіе въ полиціи своею заботливостью о пропискѣ. На другой день онъ получаетъ телеграмму: «сгорѣло не все».

Бэстъ ¹⁾ говоритъ, что сфабрикованное *alibi* всегда можетъ быть изобличено на предварительномъ допросѣ.

Оправдательныя улики, почерпнутыя изъ личности подсудимаго, часто имѣютъ гораздо больше значенія, чѣмъ дутое *alibi*.

¹⁾ The principles of law of evidence, p. 824

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДЕСЯТОЕ.

Противоуликою называется такой фактъ, который, не представляя самостоятельнаго доказательства въ оправданіе подсудимаго, разрушаетъ только одну каную либо обвинительную улику.

О С Н О В А Н І Я .

Противоулика, вышибая одну какую либо обвинительную улику изъ цѣпи, не представляетъ противоположной гипотезы, а только уменьшаетъ число обвинительныхъ доказательствъ. Такое удержаніе одной обвинительной улики можетъ нисколько не вредить совокупности собраннаго косвеннаго доказательственнаго матеріала. Разрушеніе отдѣльной обвинительной улики часто удается защитѣ. Оно только доказываетъ, что въ числѣ обвинительныхъ имѣются часто несущественныя улики, ибо удаленіе существенной улики не можетъ не повлечь за собою потрясенія всего зданія уликъ. Дальше, это показываетъ, что удаленная улика не была въ тѣснѣйшемъ согласіи съ остальными уликами, ибо удаленіе ея изъ цѣпи уликъ должно было бы повлечь за собою выпаденіе и другихъ уликъ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ОДИННАДЦАТОЕ.

Изолированными уликами называются тая, которыя другъ друга не поддерживаютъ, не согласуются между собою, не представляютъ ничего связнаго, а потому и не даютъ удовлетворяющаго доказательства.

О С Н О В А Н І Я .

Улика есть осколокъ отъ происшедшаго, во внѣшнемъ мірѣ, измѣненія. Ваза разбита, осколки ея, это — улики. Осколки, вмѣстѣ собранные, должны возстановить вамъ вазу, хотя и съ трещинами, но въ прежнемъ образѣ. Осколки должны складываться въ одно. Гдѣ такого согласія нѣтъ, гдѣ улики не направляются къ одной общей цѣли, тамъ нѣтъ мѣста убѣжденію, что онѣ имѣютъ одно общее происхожденіе въ томъ преступленіи, томъ измѣненіи во внѣшнемъ мірѣ, отъ котораго полетѣли осколки въ разныя стороны. Какъ бы много ни было изолированныхъ уликъ обвиненія, онѣ не порождаютъ убѣжденія, не составляютъ полнаго доказательства. Говоря объ изолированныхъ уликахъ, мы имѣемъ въ виду факты, а не выводы. Кажущееся согласованіе выводовъ всегда болѣе или менѣе возможно при ловкости аргументаціи, но согласованіе изолированно-стоящихъ фактовъ едва ли возможно при объективномъ контролѣ со стороны судей.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ДВѢНАДЦАТОЕ.

Гармоническими уликами называются такія улики, которыя всѣ согласно поддѣрпляютъ одну и ту же гипотезу, положенную въ основаніе слѣдствія.

ОСНОВАНІЯ.

Гармонія уликъ — необходимое условіе доказательства посредствомъ уликъ. Гармонія является необходимымъ послѣдствіемъ единства происхожденія собранныхъ по дѣлу уликъ. Разъ улики произошли отъ одной причины, онѣ не могутъ не быть въ полнѣйшей гармоніи. Но здѣсь же, въ созданіи этой гармоніи судебнымъ дѣвателемъ, содержится и величайшая опасность косвеннаго доказательства. При этомъ нельзя не вспомнить слѣдующихъ словъ Бэкона: «*Intellectus humanus, ex proprietate sua, facile supponit majorem ordinem et aequalitatem in rebus, quam invenit et cum multa sint in natura monodica et plena imparitatis, tamen affingit parallela, et correspondentia, et relativa quae non sunt*»¹⁾). Гармонія уликъ можетъ быть уничтожена одною какою нибудь уликою, находящеюся въ неразрывномъ противорѣчьи съ остальною массою уликъ. Представимъ себѣ, что имѣется масса гармоническихъ уликъ противъ человѣка, обвиняемаго въ кражѣ большого бревна. Если будетъ доказано, что для поднятія такого бревна требуется 10 сильныхъ человѣкъ, то какія бы ни имѣлись улики, ничто насъ не убѣдитъ въ томъ, что подсудимый одинъ утащилъ это бревно ночью. *Natura vis maxima*. Въ данномъ случаѣ вся масса гармоническихъ уликъ разрушается одною уликою, основанною на незыблемомъ физическомъ законѣ. Также точно никто не повѣритъ никакой массѣ гармоническихъ уликъ, что 15-лѣтній мальчикъ безъ помощи изнасиловалъ колоссальную бабу 40 лѣтъ, обладающую мужскою силою. Но и психологическая улика, основанная на прочномъ человѣческомъ чувствѣ, можетъ иногда рѣшить вопросъ и внушить непоколебимое убѣжденіе. Это великолѣпно изображено въ знаменитомъ судѣ Соломона¹⁾): «Тогда пришли двѣ женщины блудницы къ царю и стали предъ нимъ. И сказала одна женщина: «о, господинъ мой! Я и эта женщина живемъ въ одномъ домѣ; и я родила при ней въ этомъ домѣ. На третій день, послѣ того, какъ я родила, родила и эта женщина; и были мы вмѣстѣ, и въ домѣ никого посторонняго съ нами не было; только мы двѣ были въ домѣ. И умеръ сынъ этой женщины ночью; ибо она заспала его. И встала она ночью, и взяла сына моего отъ меня, когда я, раба твоя спала, и положила его къ груди своей, а

¹⁾ Вест, ib., 568. Умъ человѣческій имѣетъ ту особенность, что предполагаетъ въ мірѣ больше порядка и единообразія, чѣмъ въ дѣйствительности есть; и хотя въ природѣ много явленій изолированныхъ и несходныхъ, умъ человѣческій все же создаетъ между ними и аналогіи, и соотвѣтствія, и соотношенія, которыхъ вовсе нѣтъ на дѣлѣ.

¹⁾ Царствъ, III кн. гл. III.

своего мертвого сына положила къ груди моей. Утромъ я встала, чтобы покормить сына моего, и вотъ онъ былъ мертвый; а когда я встрѣтилась съ нею утромъ, то это былъ не мой сынъ, котораго я родила». И сказала другая женщина: «нѣтъ мой сынъ живой, а твой сынъ мертвый»; а та говорила ей: «нѣтъ твой сынъ мертвый, а мой живой». И говорили онѣ такъ предъ царемъ. И сказалъ царь: «эта говоритъ: мой сынъ живой, а твой мертвый; а та говоритъ: нѣтъ, твой сынъ мертвый, а мой сынъ живой». И сказалъ царь: «подайте мнѣ мечъ». И принесли мечъ къ царю. И сказалъ царь: «разсѣките живое дитя надвое, и отдайте половину одной, и половину другой». И отвѣчала та женщина, которой сынъ былъ живой, царю, и бо вzwолновалась вся внутренность ея къ сыну своему: «О, господине мой! отдайте ей этого ребенка живаго, и не умерщвляйте его». А другая говорила: «пусть же не будетъ ни мнѣ, ни тебѣ, рубите». И отвѣчалъ царь и сказалъ: «отдайте этой живое дитя, и не умерщвляйте его; она его мать»¹⁾. Мы нарочно выписали цѣликомъ этотъ дивный разсказъ, чтобы показать, какъ глубока его психологическая правда. Иногда подобныя психологическія и нравственныя аксіомы разрушаютъ цѣлое зданіе уликъ, хотя въ современномъ хаосѣ жизни не такъ рельефно выражаются человѣческія чувства, какъ въ быту простомъ, первобытномъ. Въ настоящее время, когда, напримѣръ въ Америкѣ, страхуютъ дѣтей и потомъ ихъ умерщвляютъ, чтобы получить страховую премію, человѣческія чувства не такъ доказательны, какъ въ судѣ соломоновомъ. Тѣмъ не менѣе мы должны помнить, что гармонія уликъ можетъ быть разрушена не только физическою уликою, но и психическою, или нравственною.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ТРИНАДЦАТОЕ.

Полнымъ доказательствомъ посредствомъ уликъ называется такое стеченіе нѣсколькихъ, въ отдѣльности доказанныхъ, гармоническихъ уликъ, согласіе которыхъ не нарушается уликою оправданія и общее впечатлѣніе отъ которыхъ исторгаетъ у судей мощное убѣжденіе въ виновности подсудимаго въ совершеніи преступленія, *corpus delicti* котораго, въ *delicta facti permanentis*, стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія.

ОСНОВАНІЯ.

Анализъ этого опредѣленія даетъ намъ возможность познакомиться со всѣми условіями, при которыхъ можно надѣяться, что не вовлечены будемъ въ судебную ошибку доказательствомъ посредствомъ уликъ. Какъ извѣстно, къ этому доказательству слѣдственный процессъ, выработавшій формальную теорію доказательству, относился съ большимъ недоувѣріемъ. Основа недоувѣрія заключалась въ томъ, что доказательство въ уликъ основывается на заключеніи, а не дается прямо. Юристы инквизиціоннаго періода улику называли

вѣроятностью, подозрѣніемъ, а доказываніе уликами называли судебною вѣроятностью, прямыя же доказательства, въ извѣстныхъ формальныхъ условіяхъ, они называли совершеннымъ доказательствомъ. Они забывали, что всякое доказательство для суда, въ *inspectio ocularis*, есть лишь вѣроятность. Переходимъ къ анализу тринадцатаго опредѣленія.

I.

Полное доказательство.

Подъ полнымъ доказательствомъ мы разумѣемъ такое стеченіе вѣроятностей, которое способно удовлетворить совѣсть обыкновенныхъ 12 присяжныхъ, относящихся къ доказательствамъ объективно, т. е. не подѣ влияніемъ политической, социальной или расовой страсти, или другой какой либо посторонней правосудію идеи, или какого нибудь внѣсудебнаго знанія дѣла. Введя выраженіе: полное доказательство, мы, конечно, не имѣемъ въ виду создать нѣчто въ родѣ формальной теоріи доказательствъ, отжившей свой вѣкъ и въ жизни, и въ литературѣ. Но самое внутреннее убѣжденіе, являющееся истиннымъ критеріемъ достовѣрности или дающее нужную мѣру доказательствъ, представляется въ различной степени силы. Начинаясь слабымъ подозрѣніемъ, внутреннее убѣжденіе, по мѣрѣ движенія дѣла на судѣ, начинаетъ выростать, крѣпнуть и достигаетъ, наконецъ, такой силы, когда судья самъ чувствуетъ всю мощь своей убѣренности и безбоязненно даетъ свой вердиктъ. «Правильное примѣненіе уликъ на судѣ», говоритъ Бэстъ¹⁾, «какъ и другихъ видовъ доказательствъ, зависитъ отъ разумности, честности и твердости суда». Честный человѣкъ, въ дѣлахъ ближняго, видитъ дальше и глубже, чѣмъ прощальга или плутъ. То, что кажется знаніемъ людей у плутовъ и мошенниковъ, есть просто ббльшее знаніе дурныхъ сторонъ человѣческой природы, основанное на самонаблюденіи. Зато плуты и мошенники совсѣмъ никогда не видятъ тѣхъ жемчужинъ, которыя по словамъ одного поэта, лежатъ на днѣ моря, хотя оно и омрачено вздымающимися его поверхность волнами. При видѣ маленькой комнатки Гретхень, Мефистофель, циникъ, вывалявшій въ грязи свою душу, говоритъ: «Не каждая такъ чисто около себя ходитъ!», а Фаустъ схватываетъ идеальную сторону и, между прочимъ, восклицаетъ: «Въ этой бѣдности сколько довольства! Въ этой темницѣ сколько радости, блаженства!.. Я чувствую, о дѣвушка, вокругъ себя шопотъ твоего духа порядка и покоя — духа, который каждый день матерински наставляетъ тебя, учитъ мило покрывать скатертью столъ, даже посыпать полъ пескомъ... О милая, безподобная рука! Хижины ты превратила въ небесную обитель...» Такъ же точно, при тягостной процедурѣ обнаженія, на судѣ, мотивовъ человѣческихъ трагедій, грубый, невѣжественный и циничный судья видитъ только одну грязь тамъ, гдѣ,

быть можетъ, лучшія чувства завели человѣка въ безвыходный тупикъ. Въ сложныхъ уголовныхъ дѣлахъ, полныхъ психологическихъ проблемъ, которыя могутъ выясняться только при помощи уликъ, нравственная личность судьи играетъ огромную роль, и въ этомъ, быть можетъ, и заключается самая роковая сторона человѣческаго правосудія.

Люди не скоро будутъ говорить на одномъ языкѣ.

II.

Стеченіе нѣсколькихъ уликъ.

Для полного доказательства требуется стеченіе нѣсколькихъ уликъ. Въ старинныхъ теоріяхъ уликъ даже обозначался мѣриломъ числа уликъ, необходимыхъ для полного доказательства. Нѣкоторые требовали не менѣе двухъ гармоническихъ уликъ, другіе прибавляли третью, контрольную, поддерживающую связь между первыми двумя. Все это, конечно, произвольно и основано на какихъ то соображеніяхъ, составляющихъ все-таки отзвуки старинной формальной теоріи доказательствъ. Иногда достаточно одной улики, если она основана на незыблемомъ законѣ природы, иногда же мало будетъ и десяти, если онѣ слабо связаны и неубѣдительны. Однако, въ большинствѣ случаевъ одной улики недостаточно, и мы не можемъ не раздѣлять мнѣнія Бэста¹⁾, опытнаго юриста, который, по этому поводу, говоритъ: «Въ работѣ надъ судебнымъ доказательственнымъ матеріаломъ невѣжество догматизируетъ, наука теоризируетъ, здравый смыслъ обсуждаетъ... Осуждать, особенно въ случаяхъ, влекущихъ смертную казнь, на основаніи одной улики, всегда опасно, и было замѣчено, что, въ случаяхъ, гдѣ было много уликъ, судебныя ошибки получались оттого, что много довѣрія оказывалось неопредѣленнымъ уликамъ, между тѣмъ, какъ не было доказано ни одного дѣйствія обвиняемаго, которое было бы близко къ самому совершенію преступленія». Понятно, что разъ мы цѣнимъ гармонию уликъ, ихъ должно быть нѣсколько, и притомъ разнообразныхъ, изъ разныхъ періодовъ преступнаго дѣянія: замышленія, приготовленія, совершенія, пользованія плодами его или скрыванія его.

III.

Въ отдѣльности доказанныхъ.

Вопроса о томъ, что каждая улика должна быть, прежде всего, доказана, мы уже касались. Существуетъ мнѣніе, что улики, часто воплощающіяся въ вещественныхъ формахъ, представляютъ даже болѣе вѣрное доказательство, чѣмъ свидѣтели. «Факты не мо-

¹⁾ Ibid. 579.

гуть лгать», вотъ фраза, къ которой прибѣгаютъ, чтобы под-
нять значеніе улики на неподобающую имъ высоту. Но такъ ли это?
Факты не лгутъ. Допустимъ. Но кто устанавливаетъ факты?
Свидѣтели. А свидѣтели лгутъ. Но и вещи часто лгутъ.
Можно положить украденную вещь въ сундукъ неповиннаго чело-
вѣка: вещь солжетъ и будетъ служить уликою. Вещественныя до-
казательства могутъ быть сфабрикованы. Человѣка, наклонившагося
надъ раненымъ и запачкавшаго кровью свое платье, можно принять
за убійцу. У подвѣзда брошена бомба; метнувшій ее исчезъ, а про-
ходившій, въ моментъ взрыва, молодой человѣкъ, сброшенный на
землю и ни въ чемъ неповинный, арестуется и признается бомбо-
метателемъ — тѣмъ болѣе, что онъ подъ надзоромъ полиціи.
Нѣтъ, вещи лгутъ и лгутъ очень часто! Сила проищательности суд-
ды въ томъ и состоитъ, чтобы, при роковомъ стеченіи обстоятель-
ствъ, могущихъ погубить невиннаго, обладать той чуткостью, ко-
торая внимательна ко всякой мелочи. Ничѣмъ не ослѣпляться,
имѣть открытыми ухо и сердце къ словамъ подсудимаго, который
часто въ отрывочной, иногда даже нелѣпой формѣ, бормочетъ
важныя оправданія, которыхъ обслѣдованіе можетъ натолкнуть на
вѣскія соображенія, вотъ высшія обязанности судьи!

IV.

Гармоническихъ уликъ.

Понятіе «гармонической улики» нами уже было
объяснено, равно какъ и самое происхожденіе гармоническихъ уликъ
изъ одинаго источника. Гармонія или согласіе доказательствъ не
есть особенность улики,—она требуется во всѣхъ доказательствахъ.
Но здѣсь это согласіе имѣетъ особое значеніе: въ прямомъ доказа-
тельствѣ согласіе его съ другимъ доказательствомъ даетъ досто-
вѣрность источнику доказательства (подсудимому, свидѣтелю);
въ косвенномъ же доказательствѣ самое доказа-
тельство создается отчасти этимъ согласіемъ. Гармонія улики доказываетъ: а) достовѣрность факта, на ко-
торомъ основывается улика, б) вѣрность заключенія, получаемаго
отъ подведенія малой посылки подъ большую въ силлогизмѣ улики;
в) общее происхожденіе, въ данномъ случаѣ, гармоническихъ уликъ
изъ одного и того же измѣненія во внѣшнемъ мірѣ, оставившаго слѣ-
ды въ послѣднемъ. А такое общее происхожденіе улики изъ одного
источника есть лучшее ручательство, что онъ не случайно скопив-
шіеся факты. Словомъ, — гармонія улики есть взаим-
ная ихъ порука въ достовѣрности фактовъ,
ихъ родившихъ, въ достовѣрности ихъ связи съ
factum probandum, какъ причины, или слѣдствія, и въ
единствѣ ихъ происхожденія изъ одного об-
щаго источника.

V.

Согласіе которыхъ не нарушается уликою оправданія.

Мы уже имѣли случай установить разницу между противуликою и уликою оправданія, а также разъяснить, что улика оправданія разбиваетъ самую гипотезу обвиненія, которую поддерживаютъ обвинительныя улики. Улика оправданія сама создаетъ новую гипотезу — оправдательную.

VI.

Общее впечатлѣніе отъ которыхъ исторгаетъ у судей мощное убѣжденіе въ виновности.

Предметъ, котораго мы здѣсь касаемся — общее впечатлѣніе — представляетъ для анализа величайшія трудности, а потому то, что мы здѣсь будемъ излагать, есть только попытка, попытка, конечно, слабая, разъясненія той стороны въ воспріятіи и обсужденіи матеріаловъ судебного слѣдствія, которая рѣшаетъ окончательно вопросъ нашей судейской совѣсти: виновенъ, или невиновенъ подсудимый? Первая обязанность каждаго судьи дать себѣ точный отчетъ въ томъ, какой именно доказательственный матеріалъ имѣется противъ подсудимаго. Тутъ мѣсто для нравственной алгебры Франклина. Необходимо по бухгалтерски подвести балансъ. При этомъ нужно имѣть въ виду, что часто приходится, противъ протестующаго внутренняго нашего голоса, признать невиновность механически, просто потому, что нѣтъ достаточныхъ доказательствъ виновности, на основаніи правила: лучше оправдать десять виновныхъ, чѣмъ осудить одного невиновнаго. Подсудимый намъ кажется проходимцемъ, мы часто ясно видимъ, что онъ мошенникъ, ворюшка, плутъ, эксплуататоръ, но противъ него не имѣется достаточныхъ доказательствъ, и мы его должны оправдать. Соображенія, нами руководящія, суть слѣдующія: а) подсудимый выглядитъ мошенникомъ, но мы не можемъ руководствоваться лишь общимъ впечатлѣніемъ, необходимо матеріалъ доказательствъ положительный; б) наше впечатлѣніе можетъ быть невѣрнымъ, вводящимъ въ заблужденіе. Эти соображенія имѣютъ силу, когда зданіе обвиненія построено на пескѣ. Но когда зданіе обвиненія построено на солидномъ фундаментѣ, когда точный счетъ доказательствъ и уликъ даетъ почтенную сумму, тогда общее впечатлѣніе является звеномъ, завершающимъ процессъ сложения убѣжденія. Но что такое общее впечатлѣніе, на которое принято ссылаться не только въ дѣлахъ судебныхъ? Это — совокупность извѣстныхъ признаковъ, неумовимыхъ, которыхъ мы не

въ состояніи мотивировать. Почему мы не удовлетворяемся ни портретомъ, ни фотографіей, ни описаніемъ какого либо человѣка? Потому что, не видя человѣка въ натурѣ, собственными глазами, не слыша его собственными ушами, мы лишены цѣлаго ряда неуловимыхъ впечатлѣній, которыя, въ совокупности съ признаками, поддающимися нашей мотивировкѣ, даютъ намъ рѣшающій матеріалъ для разъясненія вопроса, что за человѣкъ предъ нами, какого характера, какого свойства? Итакъ, общее впечатлѣніе есть тоже результатъ познанія, а не инстинктъ или чувство. Возьмемъ преступное происшествіе, проходящее предъ судьями. Это—кусокъ дѣйствительной жизни, группа людей, между которыми разыгралось происшествіе. Судья, предъ которымъ, во всѣхъ подробностяхъ, разворачивается это происшествіе, неизбежно совершаетъ слѣдующіе психологическіе процессы. Прежде всего онъ не можетъ не видѣть въ совершающейся предъ нимъ житейской исторіи аналогіи съ другими, подобными же исторіями, которыя ему приходилось наблюдать. Жизнь человѣческая протекаетъ, въ бытовыхъ группахъ людей, приблизительно въ однѣхъ и тѣхъ же условіяхъ, по однимъ и тѣмъ же мотивамъ, въ однѣхъ и тѣхъ же комбинаціяхъ, ведущихъ къ благополучному исходу, или къ упадку, преступленію. Преступленіе есть банкротство обреченной, отъ рожденія личности, не сѣмѣвшей приспособиться къ условіямъ общественной жизни, вслѣдствіе сильныхъ страстей, или вслѣдствіе неспособности къ размѣренному и хроническому проявленію той энергіи, которая безусловно нужна въ жизни, чтобы окупать свое существованіе, безъ нарушенія закона. Драма этой личности проходитъ въ извѣстной группѣ людей, которыя являются и участниками въ разныхъ эпизодахъ этой драмы, и свидѣтелями ихъ. У всѣхъ этихъ людей, проходящихъ предъ судомъ, свои интересы, свои страхи, свои надежды, свои сомнѣнія, свои симпатіи, свои антипатіи, своя дружба, своя вражда, своя совѣсть и своя безсовѣстность, свое прошлое, свое настоящее. Все это они вносятъ въ судъ; все это невольно выражается и въ ихъ словахъ, и на ихъ лицахъ, и въ ихъ движеніяхъ. Все это судья воспринимаетъ и все входитъ въ тотъ психическій процессъ, результатомъ котораго является, приговоръ о виновности. Повторяемъ, какъ бы ни былъ хитеръ свидѣтель, какъ бы ни владѣлъ собой, какъ бы ни былъ искусенъ въ лицемѣрїи, самое это искусство кладезь свою печать на его лицо, на его ухватки, на его манеры. Своего духовнаго міра, въ общихъ его типичныхъ чертахъ, нельзя скрыть. По мѣрѣ того, какъ разворачивается происшествіе на судѣ, участвующія лица устаютъ играть роль, они дѣлаются болѣе пассивными, болѣе непосредственно реагируютъ на внѣшнее воздѣйствіе, и, въ концѣ концовъ, ихъ истинное психологическое содержаніе выступаетъ наружу, даже противъ ихъ воли. Примѣняясь къ современной терминологіи экспериментальной психологіи, въ примѣненіи ея къ обнаруженію внутренняго міра (Psychologische Thatbestandsdiagnostik) подсудимаго и свидѣтелей, мы должны сказать:

судебное слѣдствіе, развертывающее преступное происшествіе, вызываетъ, въ концѣ концовъ, у участвующихъ въ дѣлѣ лицъ наружу тотъ комплексъ представленій, который у нихъ связанъ съ этимъ происшествіемъ и живетъ въ ихъ психическомъ мірѣ. Реакція эта выражается въ словахъ, движеніяхъ, игрѣ мускуловъ лица, голосѣ и т. д. Всѣ эти проявленія, соединяющіяся въ одну картину съ показаніями, даютъ судѣ, то, что мы называемъ общимъ впечатлѣніемъ, и которое заканчиваетъ процессъ судебного убѣжденія, складывающагося на почвѣ опредѣленнаго доказательственного матеріала.

VII.

Corpus delicti котораго, въ *delicta facti permanentis*, стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія.

Еще старый юристъ Маттеусъ сказалъ: «*Diligenter cavendum iudici, ne supplicium praecipitet antequam de crimine constiterit*». Смыслъ этого изреченія тотъ, что, не убѣдившись въ томъ, что совершилось преступленіе, не слѣдуетъ признавать кого либо виновнымъ въ немъ. Лордъ Стоуэллъ въ одномъ руководящемъ словѣ сказалъ: «Я понимаю эти правила (что *corpus delicti* должно быть внѣ всякаго сомнѣнія) такъ: если вы имѣете доказаннымъ совершеніе событія преступленія, вы можете принимать косвенное доказательство противъ того, кто его совершилъ,—можете фиксировать виновнаго, имѣя прочный *corpus delicti*... Но допустить косвенное доказательство для того, чтобы раздуть значеніе недоказаннаго, сомнительнаго факта до степени достовѣрности преступнаго событія, есть производство, совершенно искажающее правильное примѣненіе обстоятельственного доказательства». Другіе авторитеты высказываются въ такомъ же смыслѣ, а именно: что прежде, чѣмъ доказывать виновность лица посредствомъ улики, необходимо установить несомнительное существованіе *corpus delicti*. *Corpus delicti* въ преступленіяхъ, оставляющихъ вещественное измѣненіе въ мірѣ внѣшнемъ, называется тотъ внѣшній предметъ, который составляетъ вещественное тѣло преступленія, напр. трупъ убитаго человѣка, сожженное зданіе, фальшивый документъ, фальшивая монета, бунтовщическое воззваніе и т. п. остатки въ преступленіяхъ *facti permanentis* въ противоположность *delicta facta transeuntis*, т. е. преступленіямъ, въ которыхъ дѣйствіе подсудимаго сливается въ одно съ событіемъ преступленія, напр. измѣна, разговоръ, оскорбленіе словесное, бунтовщическая рѣчь и другія дѣянія исключительно психологическаго значенія. Здѣсь доказываніе дѣйствія подсудимаго не можетъ быть отдѣлено отъ доказыванія событія преступленія. Напротивъ, въ *delicta facti permanentis* или, какъ ихъ называли, въ *delicta cum effectu permanente*, доказываніе преступнаго событія вполне отдѣлимо отъ доказыванія преступнаго дѣйствія.

Въ ученіи о *corpus delicti* должны быть рѣшены два вопроса: во-первыхъ, существуетъ ли это тѣло преступленія, т. е. совершилось ли событіе и, во-вторыхъ, если совершилось, то было ли оно преступленіемъ, или просто происшествіемъ естественнымъ? Найдены трупъ. Возникаетъ вопросъ: что имѣется здѣсь, естественная смерть, или насильственное лишеніе жизни? Пожаръ, или поджогъ? Подлогъ, или правильный документъ; убійство, или самоубійство? Прежде чѣмъ приступать, въ виду такого событія, къ доказыванію, посредствомъ уликъ, виновника, нужно порѣшить вопросъ о признакахъ преступности самого событія. Конечно, самое лучшее доказательство, въ такихъ дѣлахъ, есть непосредственное личное воспріятіе судьей самаго *corpus delicti* (личный осмотръ). Послѣ этого, на такой уже твердой почвѣ, можно, конечно, строить зданіе уликъ противъ заподозрѣннаго лица. Но не имѣя *corpus delicti*, установленнаго въ всякаго сомнѣнія, нельзя приступать къ обвиненію какого либо лица въ преступленіи, *corpus delicti* котораго не доказанъ прямыми, несомнѣнными доказательствами. Спрашивается: почему нельзя доказывать *corpus delicti*—уликами?

Правило о томъ, что *corpus delicti* не слѣдуетъ доказывать уликами, а что онъ долженъ быть удостовѣренъ прямымъ путемъ, не оставляющимъ никакого сомнѣнія, имѣетъ свое основаніе, по словамъ авторитетовъ англійской теоріи доказательствъ, «въ глубочайшей справедливости и самой правильной уголовной политикѣ». Въстать такъ развиваетъ это основное положеніе¹⁾. Прежде всего, говоритъ онъ, «въ дѣлахъ, гдѣ событіе преступленія можетъ быть отдѣлено отъ дѣйствія обвиняемаго, могутъ появиться такія причины ошибокъ, какихъ нѣтъ въ дѣлахъ *facti transeuntis*: 1) Данное происшествіе можетъ быть слѣдствіемъ почти неисчислимаго ряда причинъ, основывающихся на случаѣ или на дѣйствіи людей 2) Опасность, которая можетъ получиться отъ опрометчиваго заключенія на основаніи уликъ, можетъ быть осложнена собственнымъ неблагоразуміемъ обвиняемаго или его другими дѣйствіями. 3) Свидѣтели и судьи, по присущей людямъ любви къ загадочному, могутъ увлекаться доказываніемъ посредствомъ уликъ. 4) Косвеннымъ доказательствомъ, при возможности обходиться безъ точной увѣренности въ существованіи *corpus delicti*, могутъ пользоваться для ложныхъ обвиненій. Правильная политика, выражающаяся въ требованіи несомнительнаго доказательства *corpus delicti*, признается многими авторитетами, имѣвшими на практикѣ случай убѣдиться въ опасности осужденія человѣка при отсутствіи прямого удостовѣренія въ существованіи *corpus delicti*. Обычный типъ этихъ случаевъ, въ существенныхъ чертахъ, таковъ: человѣкъ обвиняется въ убійствѣ на основаніи уликъ; *corpus delicti* отсутствуютъ; обвиняемый осужденъ и казненъ. Черезъ нѣкоторое время, считающійся убитымъ возвращается изъ своего безвѣстнаго отсутствія.

Возникаетъ вопросъ: какими же доказательства-

¹⁾ Best, *ibid.* 556.

ми устанавливаемъ долженъ быть *corpus delicti*? За общее правило слѣдуетъ принять, что лучший способъ удостовѣренія въ существованіи *corpus delicti* есть судейскій его осмотръ (*inspectio ocularis*), т. е. осмотръ трупа, пожарища, фальшиваго документа, фальшивой монеты, или поддѣльной кредитной бумаги и т. д. Всѣ юристы, въ томъ числѣ и авторитеты по *law of evidence*, въ этомъ согласны. Но должны быть допускаемы и исключенія, иначе вѣдь въ самомъ дѣлѣ всѣ убійцы могутъ рассчитывать вполне на безнаказанность: стоитъ только уничтожить трупъ, и оправданіе обезпечено. Вотъ почему авторитеты по англійской теоріи доказательствъ допускаютъ установленіе *corpus delicti* и другимъ доказательствомъ, кромѣ осмотра, напримѣръ, свидѣтелями. Такъ, допущено было доказываніе свидѣтелями *corpus delicti* въ такомъ случаѣ. Матросъ, убившій капитана на площадкѣ судна, бросилъ его затѣмъ, по показанію свидѣтелей, въ море, послѣ чего его нигдѣ и никогда больше не видали. На площадкѣ найдены были кровяныя пятна, равно какъ и на платьѣ убійцы. Защитники обвиняемаго доказывали, что *corpus delicti* не установленъ, что капитанъ могъ быть вытасченъ изъ воды на другое судно и, пожалуй, когда нибудь еще появится. Тѣмъ не менѣе матросъ былъ осужденъ, и этотъ приговоръ былъ признанъ и другими судьями вполне правильнымъ. Нужно, однако, добавить, что, говоря вообще, если *corpus delicti* не можетъ быть доказываемъ уликами, то опровергаемъ уликами онъ можетъ быть всегда.

Наитруднѣйшіе вопросы касательно доказанія *corpus delicti* встрѣчаются въ случаяхъ отравленія, гдѣ отсутствіе и присутствіе яда, одинаково, могутъ быть фактами, вызывающими большія сомнѣнія. Но здѣсь слово принадлежитъ токсикологамъ, и юристы здѣсь безсильны.

Въ заключеніе ученія о *corpus delicti*, въ его специальномъ отношеніи къ уликамъ, замѣтимъ, что на предшествовавшихъ страницахъ нашей книги мы уже касались его, когда обсуждали значеніе экспертизы въ системѣ уголовныхъ доказательствъ.

З а к л ю ч е н і е.

Солліе ¹⁾, въ своемъ превосходномъ трудѣ о сомнѣніи, справедливо говоритъ: «Достовѣрность должна быть абсолютною или ея совсѣмъ нѣтъ. Но достовѣрность никогда не бываетъ абсолютною. Она есть лишь сумма вѣроятностей, и, когда имѣется нѣсколько гипотезъ, она только тогда вполне оправдываетъ одну изъ нихъ, когда всѣ прочія исключены. Но это имѣетъ мѣсто только въ математикѣ. Въ другихъ областяхъ познанія этого не бываетъ. Слѣдовательно, сомнѣніе всегда возможно». На предшествовавшихъ стра-

¹⁾ P. Sollier, *Le doute*, Paris, 1909.

ницахъ настоящаго сочиненія мы говорили, что сомнѣнiе это въ судѣ должно быть разумное, а не теоретическое, философское «Готовность дѣйствовать» мы признали критерiемъ внутренняго убѣжденiя. Но «готовность дѣйствовать» предполагаетъ вѣру въ свое убѣжденiе¹⁾. А вѣра въ свое убѣжденiе является тогда, когда мы чувствуемъ, говоря словами Декарта, что насъ влечетъ къ убѣжденiю «непреодолима я сила».

Строго соблюдая правила и предостереженiя логики уголовного процесса, судья, конечно, если онъ честный, разумный и гуманный служитель закона, можетъ вполне довѣряться велѣнiямъ своей совѣсти и произносить приговоры о виновности или невиновности людей. И высшею гарантiею правосудiя въ странѣ является все же только типъ судьи, справляющагося, въ трудныхъ случаяхъ, лишь съ внушенiями двухъ великихъ силъ: справедливаго права и непокупной совѣсти.

К о н е ц ъ .

¹⁾ Конечно, нужно принять во вниманiе, какъ говоритъ Соммиз (Le doute, p. 10), что вѣримъ мы тому, чему намъ вѣрить прiятно, что наиболѣе отвѣчаетъ нашимъ физическимъ, умственнымъ и нравственнымъ тяготѣнiямъ. Въ этомъ отношенiи мы только подчиняемся общему закону, въ силу котораго мы всегда идемъ лишь по линiи наименьшаго сопротивленiя или наименьшаго напряженiя.

Предметный и именной указатель.

	Стр.
А.	
Аналогія	25
Англійская теорія доказательствъ	80
Авторитетъ	204
Айдопольской волости, дѣло уголовное	31
Андрусенко, уголовное дѣло	198
Анализъ	184
Англійскій законъ объ уголовныхъ доказательствахъ 1898 г.	281
Американское судопроизводство	283
Ассоціаціи	295
Адвокатура	309
Аргументаторъ	314
Актъ, письменный частный	360

Б.	
Бремя, доказанія	116
Принятіе на себя бремени доказанія подсудимымъ въ смыслѣ права защиты	135
Бремя доказанія предварительнаго обстоятельства	138
Безотчетное, убѣжденіе,	14
Безумные	310
Бѣнъ	1
Бентамъ	17
Блэкстонъ	42

	Стр.
Баллаинтайнъ	50
Бѣсть	119
Бонніэ	120
Белингъ	124
Берилль	144
Бухнеръ	239
Буцковскій	268
Боремъ	337

В.	
Второстепенное, доказательство	155
Виновность, три части этого вопроса	1
Вѣроятность	1
Возможность, прошлаго событія	23
Вѣроятность по Вольтеру	50
Внѣсудебное знаніе	143
Вѣроятное доказательство	8
Всеобщее, свидѣтельство	8
Вѣроподобность	12
Возбуждительныя, слова	295
Воспріятіе, личное	303
Выборъ, экспертовъ	265
Вызовъ, свидѣтеля	314
Выемка письменныхъ документовъ	360
Впечатлѣніе, общее	386
Владиславлевъ	26
Владиміровъ	52
Вонованъ	165
Вундтъ	216

Видадь	Стр. 224
Варга	2, 279
Вертгамерь	295
Времперъ	337

Г.

Гипотеза	27
» провѣрка	31
Гамураби, правила о до- казательствахъ	79
Готовность, дѣйствовать	21
Геометрическое доказа- тельство	35
Голоса, раздѣленіе голосовъ экспертовъ	268
Гейеръ	1, 279
Глобигъ	7
Гартманъ	13, 283
Глазеръ	43
Графъ	72
Гринлифъ	156
Гроссъ	162
Гоше	199
Гексли	2
Гольдовскій	337

Д.

Достовѣрность, судеб- но-уголовная	1
Доказательство, уголовное	98
судебное	283
представленное на судѣ	102
недоказанное	103
первостепенное	107
второстепенное	107
прямое	109
косвенное, улика	109
«со вторыхъ рукъ»	156
Декарта, правила	161
Доказательства винов- ности	165
ложности	167
счетъ	169
преувеличеніе значенія до- казательствъ	171
производное	188
Допросъ, экспертовъ су- домъ и сторонами	203
экспертомъ свидѣтелей	242
подсудимаго	291
Достоинство экспертизы	205
Дѣятельность, эксперта	229
Достовѣрность истори- ческая	11

Довѣріе, къ свидѣтель- скимъ показаніямъ	Стр. 15
Достовѣрности градус- никъ Бенгата	41
Достовѣрность, экспер- тизы	226
Делукція	5
Догадка	28
Дѣйствительность	38
Добровольное признаніе	283
Діагностика, преступна- го состава	295
Драматичность гласна- го суда	294, 333
Допросъ, свидѣтелей	316
гласный	318
перекрестный	320
Духовная помощь	307
Дознаніе чрезъ окольныхъ людей	375
дознанія задачи	357
Дистгерръ	72
Декартъ	161

Е.

Единообразіе, въ при- родѣ	5
Единогласное, свидѣ- тельство	8
рѣшеніе судей	44
заключеніе экспертовъ	267
Единица, при счетѣ дока- зательства	169
Естествовѣдѣ	258
Евангелическаго вѣ- роисповѣданія лица	311
Евреи	313

Ж.

Жесты, протоколъ о держи- мости и жестахъ подсудима- го	293
---	-----

З.

Заключенія, о связи меж- ду фактами	22
Законныя поводы къ начатию предварительнаго слѣдствія	40
Знаніе, посредственное	5
Защитительная основ- ная тенденція американскаго уголовнаго правосудія	283

З а п и с ы в а н і е с в і д і т е л ь- ских показаній	Стр. 317
З а к о н н ы я п р и ч и н ы н е я в- ки свидѣтелей	315
З о м м е р ь	197

И.

И н с т р у к ц і я , п р и с я ж- нымъ засѣдателямъ	93
И с т о ч н и к ъ , д о с т о в ѣ р н о- сти	169
И с т о р і я в о з н и к н о в е н і я в н у- тренняго убѣжденія	23
И с т о ч н и к и л у ч ш е п р и т о- ковъ	84
И н д у к ц і я	5
И н д и в и д у а л ь н ы й фактъ	5
И с т о р і я , е я з а д а ч а	12, 13
И с к л ю ч е н і е г и п о т е з ы	35
И г р а о б с т о я т е л ь с т в ъ	36
И н с т и н к т и в н о е , у б ѣ ж- деніе	14
И н к в и з и ц и о н н ы й п р о- цессъ, его основная мысль	293

К.

К о м п е т е н т н о е л и ц о	184
К о л и ч е с т в о , с в і д і т е л е й , какъ способъ опредѣленія свидѣтелей	19
К р и т е р і й , п с и х о л о г и ч е с к о й достоверности	6
К о м е д і я , к у к о л ь н а я , н а р о д- ная, «Фаустъ»	291
К о р о л е в а д о к а з а т е л ь с т в ъ	297
К о р р е с п о н д е н ц і я	361
в ы е м к а п о ч т о в о - т е л е г р а ф- ной	361—362
К н и г и	362
маклерскія	362
нотаріальныя	362
К а ч е с т в а с в і д і т е л ь с к а г о показанія по Бенхаму	337
К о п и и	366
К е р х е р ь	3
К о н ь	9
К и т к о	36
К о л е р ь	79, 296, 297
К о н и	98, 302
К р у а з е	191

Л.

Л у ч ш и я , д о к а з а т е л ь с т в а	Стр. 149
Л о г и к а у г о л о в н а г о процесса	52
Л о г и ч е с к а я д о с т о в ѣ р- ность	4
Л о ж н ы я в о с п о м и н а- нія по Бенхаму	336
Л и ч н ы й с у д е й с к і й осмотръ	181
Л ь ю и с ь	10, 269
Л и п с ь	44
Л а й л ъ	165
Л е п м а н ь	208
Л а н г е	302
Л о з и н г ь	279
Л е д е р е р ь	295
Л о м а н е н к о в о й , п о к а з а- ніе	344
Л и п м а н ь	347

М.

М н ѣ н і е	104
у ч е н ы х ъ а в т о р и т е- товъ науки	106
М о т и в и р о в к а , з а к л ю ч е- нія экспертовъ	204
М е д и ц и н с к о е , и з с л ѣ д о- ваніе	241
с в і д і т е л ь с т в о	246
М а т е м а т и ч е с к а я д о с т о- вѣрность	7
М о л ч а н і е , п о д с у д и м а г о	293
М а л о л ѣ т н і е	311
М а к с и м ы , п р о ц е с с у а л ь н ы я	372
М и т т е р м а й е р ь	1, 280
М а р к в а р д з е н ь	3
М а ш к а	214
М и л ь	218

Н.

Н е п о с р е д с т в е н н о с т ь , принципъ	91, 315
Н е п р е р ы в н о с т ь , п р и п- ципъ	91
Н а у ч н ы я с в ѣ д ѣ н і я	200
Н а у ч н ы й с у д ь я	198
Н а б л ю д а т е л ь , о б у ч е н ы й	11
Н а б л ю д е н і е	28
Н е с о в е р ш е н н ы я д о к а- зательства	55

Немошнн, психическія . . .	Стр. 259
Недомоганія, психиче- скія	259
Невыгодный фактъ для подсудимаго	280
Наводящїе вопросы . . .	319, 320
Неявки, законныя причины	315

Навиль	8
Ницефоро	190

О.

Обвинительное начало, процесса	127
Обстоятельство, дѣла . . .	144
Ошибочныя приемы при технику доказыванія . .	160
Осмотръ, личный, судейскій .	184
Объективность, прото- кола осмотра	187
Очевидность, чувстви- тельная	189
Опытность	200
Обобщенія, приблизитель- ныя	6
Очевидность нравствен- ная	16
Относимость (relevancy) доказательствъ	81
Оправдательное, дока- зательство	100
Очевидность, нравствен- ная	14
Оцѣнка достовѣрности сви- дѣтелей	18, 19, 20
Отрицательная формаль- ная теорія доказательствъ . .	65
Оговоръ	290
Общанія	285
Отвѣтственность эк- спертовъ	259
Отлученныя отъ церкви . . .	311
Окольныя люди	375

П.

Право, доказательственное, опредѣлительное	110
Охранительное	111
Перемѣщеніе, бремени доказанія	125
Присутствіе, свидѣтелей . . .	186
Понятые	186
Протоколъ, осмотра	187
Показаніе, sui generis	188
Признаки, внутренніе	

и внѣшніе достовѣрности осмотра	Стр. 189
Прибавленіе, къ основа- ніямъ седьмаго опредѣленія . .	208
Права, эксперта	239,
240, 241, 247, 249, 251, 252.	
Пословицы юридическія нѣмецкія	72
русскія	73
Предустановленное доказательство	99
Предубѣжденіе	161
Предвзятая, идея	161
Прожокъ, въ доказываніи . . .	175
Предположеніе	28
Потенціальность	38
Положительная, фор- мальная теорія доказа- тельствъ	53
Приговоръ, уголовный	53
Повтореніе, его вліяніе	47
Предметъ, доказанія, quid probandum	144
Присяжныя, житейская компетентность ихъ для оцѣнки доказательствъ	9
Прибавленіе къ основа- ніямъ опредѣленія седьмаго . . .	270
Проектъ французскій преобразованія экспертизы . . .	272
Признаніе собственное подсудимаго	280
Подсудимый, какъ свидѣ- тель	281
Пытка	283
Пробы, психологическія	294
Подозрительныя, сви- дѣтели	311
Передопросъ	322
Памятныя записки	323
Письма, полученные	323
Противорѣчіе, въ свидѣ- тельскихъ показаніяхъ	326
Признаки достовѣрности свидѣтеля	328
юридическіе	329
логическіе	330
опытные	332
экспериментальные	334
Присяжныя повѣрен- ныя	309
Пьяныя	311
Полусумасшедшіе	310—11
Присяга	326
Присяжныя доказатель- ства	353
Протоколы	354
вообще	354
возбуждающіе уголовное пре- слѣдованіе	355

	Стр.
слѣдственныхъ дѣйствій	355
судебнаго засѣданія	357
Предустановленныя доказательства	359
Подлинность письменнаго документа	365
Почеркъ	365
сходство почерковъ	365
экспертиза сходства почерка	375
Презумпціи	372
Посылка, большая	373
Противоулика	380
Полное доказательство посредствомъ улики	382
Присутственныя мѣста	361
Первоисточникъ	366
Представленіе доказательствъ, общія условія	114
Профатъ	75
Пейзеръ	79
Пфистеръ	258
Потемкинъ	337

Р.

Различеніе, методъ	31
Разработка, доказательствъ	90
Репутация, дурная	296
Родственники	313
Раскольники	313
Ридъ	17

С.

Степени, убѣжденія	38
Сила доказательствъ 87, 95	
Состязательность принципа	91
въ экспертизѣ	273
Слѣдственное начало процесса	126
Слѣдственно-обвинительное начало процесса	127
Связь, тѣсная	146
Сроки	175
Схема Ницефоро	192
Справочные, свидѣтели	199
Совѣщаніе, право экспертовъ совѣщаться	202
Совокупное заключеніе экспертовъ	203

	Стр.
Согласіе экспертизы съ обстоятельствами дѣла	205
экспертовъ	206
Сомнѣніе, разумное	74
Счетъ, доказательствъ	169
Составъ преступленія объективный	235
Собраніе доказательствъ	53
Совершенныя доказательства	55
Судебное слѣдствіе	90
Стеченіе вѣроятностей	1
Соціологическія выводы исторіи	18
Свидѣтель, опредѣленіе	300
Сговариваніе оговора	291
Сумасшедшіе	310
Священники	307
Слабоумные	311
Событіе преступленія, его Corpus delicti	389
Символы	353
Совершающееся или только что совершившееся преступленіе	357
Сходство почерка	363
Схема классификацій данныхъ предварительнаго слѣдствія	132
Стивенъ	1
Савиньи	7
Старки	9
Стефановскій	149
Сканцони	221
Стефанъ (папа)	294
Солліе	390

Т.

Теорія доказательствъ въ Уставѣ Уг. Судопр.	87
Техническія воспронзведенія	190
Тенденціи, ошибочныя, нашего духа по Вену	45
защитительныя	284
Та й на, опредѣленіе	304
государственная и служебная частныхъ лицъ	306
дипломатическая	306
военная	306
врачебная	309
Тѣло преступленія, Corpus delicti	389
Тардъ	71

Тэйлоръ	Стр. 94
Титтманъ	280

У.

Убѣжденіе внутреннее	14
степени	38
Указъ Императора Александра I объ отмиѣнѣ пытки	282
Улики	371
отдѣльныя	374
обвинительныя	379
оправданія	379
изолированныя	380
гармоническія	381
Уголовно-судебная достовѣрность	1
Уильзъ	21
Уэтлэ	166

Ф.

Формальная теорія доказательствъ	53
Фактъ, не нуждающійся въ доказательствахъ	139
Фактъ общезавѣстный	142
Французская инструкция присяжнымъ	85
Фолькельтъ	9
Фридманъ	50
Ферри	71

Х.

Холчевъ	337
-------------------	-----

Ц.

Цѣль уголовного суда	1
--------------------------------	---

Сахаріэ	Стр. 1
Цумптъ	85

Ч.

Чувство, вліяніе чувства на образованіе убѣжденія	37
Чувство, его вліяніе по Бену	45

Ш.

Штрафъ	315
Шауэнштейнъ	219
Штоль	241
Штернъ	337

Э.

Экспертъ	107, 198
Экспертиза	208, 214, 224, 226
Эксплоатація, доказательствъ	53
Эмпирическая достовѣрность	-1
Эгоизмъ	291
Экспериментальное психологическое обследованіе свидѣтеля	335
Эндеманъ	141
Эли, Фостенъ	207
Эстерленъ	217
Эргардтъ	275

Ю.

Юридическая достовѣрность	53
Юристъ	258
Юнгъ	295

Указатель статей Устава Уг. Судопр., на которыя имѣются ссылки въ книгѣ.

Стт.	Стр.	Стт.	Стр.
3		404	
4	130	405	126, 286, 316
5		406	99
105		413	99
106	185	437	
107		438	177
119	59	442	317
258	185	443	327
268		446—452	317
269	185	448	127, 177
280	127	449	327
281	126	454 — 466	374, 375
286	127	476	327
297	355	477	327
300	355	512	
302	355	534	177
310	292	557	
315	185, 186	560	270
316	186	576	
318	186	577	177, 136
319	187	578	270
320	356, 186	613	160
325	223	625	91
330	238	627	326
331	211	629	324
333	238	680	287
334	223, 256	682	324
341	201	683	287
342	211	687	376
343	186	688	
344	186, 246	689	128, 185, 247
345	223	690	
351	211	692	267
367	362	694	
368	311	695	249
387	315	704	307, 308, 309, 311

Стт.	Стр.	Стт.	Стр.
705	312	732	129
706	310, 311	733	178
718	} 292, 303	753	129
719		754	231, 255
720		776	59
721	} 249, 321	801	97
722		804	59
723		836	358
725	307, 308, 309, 311		

