Книгоиздательство „ПРАВО и ЖИЗНЬ“
под общей редакцией
профессоров А. М. Винавера, М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина.

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС Р. С. Ф. С. Р.
ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ
под редакцией Н. Н. Полянского и П. Н. Малянтовича.

Проф. П. И. Люблинский.

О ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХ В УГОЛОВНОМ СУДЕ.

Практический комментарий к главе IV Угол.-Процес. Кодекса.

Книгоиздательство „ПРАВО и ЖИЗНЬ“.
Ул. Кропоткина (б. Пречистенка), 17. Телефон № 1-63-64
МОСКВА — 1924

Главлит № 15090. Тираж. 2000.

„Мосполиграф". 27 тип. „Красная Печать". Москва, Остоженка, 10.

О доказательствах.

(*Практический Комментарий к главе IV Угол.-Проц. Код.*)

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ.

I. Понятие и значение судебных доказательств. Слово «доказательство» имеет в обычном употреблении двоякое значение. С одной стороны, под ним разумеется известное средство доказывания, укрепляющее нашу уверенность в истинности высказываемого суждения; с другой—тот источник, из которого мы черпаем факты, могущие служить доказательствами в первом смысле этого слова. С этой точки зрения мы говорим о вещественных доказательствах, о свидетельских показаниях, как доказательстве и пр. Самая деятельность, направленная на установление и представление доказательств, называется доказыванием, а то убеждение, которое получается у нас об истинности или неверности чего-либо в результате процесса доказывания, мы называем достоверностью. Доказывание имеет своей целью заменить неопределенное и колеблющееся наше суждение относительно истинности чего-либо суждением, основанным на достоверности и исключающим сомнения и неопределенность, —состоянием разъясненности или убеждением.

Предметом доказывания в суде уголовном являются *факты* или, как они называются в кодексе, *обстоятельства*. В области доказательств под ними разумеется все, могущее быть воспринятым внешними чувствами или опознанным интуитивно (т.-е. путем внутреннего самонаблюдения). Область или состав фактов, подлежащих рассмотрению суда при исследовании какого-либо деяния, в значительной степени определяется теми фактическими признаками преступления, которые внесены в уголовный кодекс и составляют «фактический состав деяния». В него входят как физические акты (определенные действия, вызванные ими последствия), так и психологические факты, характеризующие совершителя преступления (вменяемость, виновность, опасность его). Совокупность всех фактов, входящих в состав преступного деяния, относительно существования или несуществования которых суд должен вынести определенное решение, называется фактами, подлежащими решению, или главными фактами. Напротив того, те факты, при помощи которых суд лишь удосто-

веряется в существовании или несуществовании главных фактов, которые привлекаются судом лишь в целях доказывания, называются фактами доказательственными. Связь, существующая между главными и доказательственными фактами, благодаря которой мы можем на основании последних умозаключать о существовании или несуществовании первых, носит название «относимости доказательств». Не все относящиеся к делу доказательства порою могут быть используемы судом. Одни отвергаются по их слабой доказательственной силе, другие—по этическим и правовым соображениям, третьи — из особых соображений, ради ограждения публичного или частного интереса и т. д. Правила, определяющие то, какие из относящихся к делу доказательств могут быть допущены к судебному исследованию, называются правилами о *допустимости* доказательств.

С необходимостью прибегать к доказыванию мы постоянно встречаемся в повседневной жизни. Всякое наше знание или практическое убеждение, которое мы желаем сообщить другим лицам или желаем проверить для себя, в целях получения большей достоверности, нуждается в доказательстве. В основе наших действий лежит известное практическое убеждение или практическая достоверность, явившаяся результатом критики, т.-е. анализа лежащих в основании его доказательств. Но наши практические убеждения, в большинстве случаев, восприняты нами от других, покоятся на коллективном опыте и лично нами проверены лишь в небольшой части. Большее внимание на проверку доказательств обращается в области *научного* знания, которое стремится обосновать каждое свое положение доказательствами, допускающими широкую проверку Получающееся в результате научное убеждение, поэтому, является более устойчивым и надежным. Из области научного знания наибольшую близость к судебному исследованию имеет знание историческое. Историк, как и судья, должен при помощи доказательств восстановить истинность определенных фактов прошлого, которых он непосредственно сам не наблюдал. Он должен доказать истинность этих фактов настолько, чтобы внушить всем твердое убеждение в их действительности. Употребляемые им доказательства должны быть доступны общей проверке. Однако, при наличности известного сходства между процессом исторического (или научного вообще) доказывания и доказыванием судебным имеются существенные различия. История—мирный процесс исследования, суд– это вмешательство в момент ожесточенной схватки. Историк может ожидать, пока исследуемое событие отодвинется настолько далеко от окутывающих его страстей и интересов, что можно будет спокойно высказать свое суждение. Суду приходится вести свое следствие в непосредственной близости от совершенного преступления, когда вызванная им стихия страстей, возбуждения, борьбы находится

в разгаре. Ему приходится преодолевать особые трудности для того, чтобы получить известные доказательства и очистить их от вредных и искажающих их примесей. Преступник, совершая преступление, стремится устранить все то, что может служить доказательством против него; неправая сторона в гражданском процессе скрывает или извращает действительные факты. В области свидетельских показаний приходится считаться с сознательными или бессознательными искажениями на почве предрасположенности свидетеля к той или иной стороне. Если от историка, как и от судьи, требуется беспристрастие, то судья, кроме того, должен обладать и известной бесстрастностью, чтобы не быть зараженным той атмосферой повышенного напряжения страстей, которая обычно образуется вокруг совершенного преступления. Далее, в отличие от историка, суд ограничен сроком и местом. В интересах общества он *должен* быстро вынести свое решение, к которому он призван, между тем как историк может постепенно и исподволь собирать свои доказательства и, в случае недостаточности их, может отказаться от решения известной исторической проблемы или ограничиться только тем или иным предположением. Отдельные исторические вопросы веками могут ожидать своего окончательного решения, судебное же дело требует немедленного решения для устранения создавшейся неопределенности отношений, и протечение определенного срока давности устраняет даже *фактическую* возможность постановления приговора. Историк может собирать свои доказательства отовсюду, где только он может найти их; суд в большой степени связан местом своего нахождения и невозможностью распространить свою власть за пределы страны.

Но помимо этих особенностей, отличающих и затрудняющих судебное исследование, следует указать на особенности, вытекающие из особой природы самого судебного решения или приговора. Судебное решение, по сравнению с каким-либо другим решением, которое мы предпринимаем перед совершением того или иного действия, имеет особую важность и силу, как видно из следующих соображений:

1) Оно представляет собою акт, предпринимаемый от *лица верховной государственной власти* (все судебные решения провозглашаются у нас именем Р. С. Ф. С. Р.). Вследствие этого суд должен быть выполняем с ограждением государственного достоинства и признанных принципов государственного строя («общей политики Рабоче-Крестьянского правительства»— ст. 4 Гражд. Проц. Код.). Не дискредитируя высшей власти, суд поэтому не может прибегать для получения доказательств к обманам, ухищрениям, пытке, застращиваниям и т. п. средствам. Он должен соблюдать установленные правила закона и служить для всех граждан образцом справедливого отношения ко всем участвующим в деле лицам.

2) С определенным решением суда сопряжены для граждан и для самой власти особо важные последствия. Признание виновности не только умаляет достоинство гражданина, но и подвергает его тяжким лишениям в виде наказания. Для государства оправдание виновного подрывает общественную безопасность, а осуждение невинного—ослабляет доверие к справедливости власти. Поэтому судебное решение должно покоиться на таких доказательствах, правильность и убедительность которых стояли бы вне сомнения. К собиранию и исследованию доказательств должны быть допущены стороны, т.-е. лица, имеющие определенный интерес в решении дела, так как такое участие, с одной стороны, дает им возможность повлиять на убеждение суда, а с другой—дает им уверенность, что все выставленные ими аргументы будут надлежаще учтены судом. Особый порядок исследования доказательств при участии сторон составляет специфическую черту «судебного порядка», отличающую его от чисто административной розыскной деятельности. В интересах общественных исследование доказательств должно происходить в условиях гласности и непосредственности, допускающих общественную проверку этих доказательств. Значение каждого доказательства должно быть представлено здесь наиболее объективно, так, чтобы внутреннее убеждение судьи, вынесенное из рассмотрения всех доказательств, могло быть разделяемо всеми присутствующими, как естественное и необходимое заключение из всего рассмотренного на суде. Судебное доказывание является как бы не простым представлением судье доказательств, а демонстрированием их перед всеми участвующими. Этим путем все общество как бы приобщается к процессу судебного исследования и судебная истина становится истиной общепризнанной.

3) Истина, установленная в судебном решении, вступившем в законную силу, признается обязательной для всех органов власти. Она обладает особой силой непререкаемости и в том отношении, что не подлежит переоценке (кроме исключительных случаев возобновления дела). Судебное решение кладется в основание принудительных мероприятий власти по отношению к гражданам и снимает с органов исполнительной власти всякую ответственность за правильность или неправильность тех предпосылок, на которых оно основано. Отсюда вытекает требование о надлежащей полноте, достоверности и чистоте доказательств. Суд не должен допускать таких доказательств, которые им не могут быть проверены (доказательства по слуху, анонимные сообщения); он должен требовать представления наилучших доказательств, предпочитая всегда доказательство из первоисточника доказательству из вторых рук; он должен обеспечивать различными способами полноту доказательств, возлагая обязанность на различных лиц и учреждения представлять имеющиеся у них доказательства; наконец, он несколько раз, в

различных стадиях процесса, подвергает доказательства проверке с целью устранить поверхностное или субъективное отношение к оценке их. Из этого же начала следует, что истина, устанавливаемая судом, должна соответствовать действительным фактам, а не тем признаниям, которые сделаны сторонами. Технически это обозначается как обязанность суда стремиться к *материальной* истине, в противоположность истине *формальной*. Суд, поэтому, напр., в уголовном деле не связан сознанием обвиняемого в совершении преступления, но должен исследовать, насколько такое сознание действительно соответствует его виновности. До последнего времени право довольствовалось формальной истинностью в процессе гражданском, задача которого сводилась к удовлетворению претензий той или иной стороны. Наш новый Гражд. Процессуальный Кодекс вводит принцип стремления к материальной истине и в область гражданского суда. Это начало выражено в ст. 5 Гражд. Проц. Код., которая гласит: «Суд обязан всемерно стремиться к уяснению действительных прав и взаимоотношений тяжущихся, почему, не ограничиваясь представленными объяснениями и материалами, он должен, посредством предложенных сторонам вопросов, способствовать выяснению существенных для дела обстоятельств и подтверждению их доказательствами, оказывая обращающимся к суду трудящимся активное содействие ограждению их прав и законных интересов, дабы юридическая неосведомленность и подобные тому обстоятельства не могли быть использованы им во вред». Это постановление, хотя и включенное в гражданский кодекс, имеет несомненно общее значение для руководства суда [1]).

Мы видим, таким образом, что судебное исследование доказательств сопряжено, с одной стороны, с особенными труд-

---

[1]) В Гражд. Проц. Кодексе мы встречаем вообще ряд общих положений, которые могут и должны быть привлекаемы для истолкования некоторых вопросов Угол. Проц. Кодекса, в частности, вопроса о доказательствах. Учение о доказательствах, в своей общей части, одинаково как для гражданского, так и для уголовного процесса, и, напр., английское право, которое впервые выработало систему доказательственного права, совершенно не проводит различия между уголовными и гражданскими доказательствами. Более резкое различие между доказательствами в уголовном и в гражданском процессе, существовавшее в нашем старом праве, несомненно, должно сильно сгладиться, поскольку принцип стремления к материальной истине положен и в основание процесса гражданского. Ст. 4 Гражд. Проц. Кодекса предписывает суду, за недостатком узаконений и распоряжений, решать дела, руководствуясь, „общими началами советского законодательства", независимо от того, в каком именно акте или кодексе эти начала выражены. Конечно, применяя эти общие начала к постановлениям другого кодекса, мы должны настолько видоизменить их, насколько того требует данный кодекс или поскольку прямо оговорена их неприменимость в данном случае. В качестве исторического примера такого распространения действия общих правил, хотя и включенных в специальный кодекс, служат французские правила о толковании закона, включенные в ст. 4 гражд. кодекса 1804 г., что не помешало им стать общими правилами судебного толкования для всех французских судов. (См. *нашу* книгу „Техника и толкование уголовного кодекса").

ностями и опасностями, а с другой, что к нему предъявляются особые требования в виду высшего авторитета и значительной государственной и социальной важности судебного решения. Эти основания и вызывают необходимость определенным образом урегулировать в законе порядок собирания, представления, рассмотрения и оценки доказательств, не предоставляя этого всецело усмотрению производящего исследование и выносящего решение органа, как то мы большею частью видим в отношении органов административной власти.

II. Проверка доказательств на предварительном и на судебном следствии. Каждое уголовное дело, в своем последовательном движении, проходит через несколько стадий, в каждой из которых подвергаются известному рассмотрению и оценке имеющиеся в деле доказательства. В этом движении можно общим образом выделить стадию предварительного производства, в течение которой происходит главным образом собирание доказательств и лишь предварительная их оценка, и стадию окончательного или судебного производства, в которой собранные и представленные сторонами доказательства исследуются, и на основании их выносится судебное решение. Гранью между ними является предание суду, контролирующее в общих чертах достаточность собранных предварительным расследованием данных. Таким образом, уголовный процесс подвергает доказательства неоднократной проверке в целях наилучшей оценки их.

Однако способы собирания и исследования доказательств в отдельных стадиях далеко не одинаковы. Если при предварительном расследовании (охватывающем дознание и предварительное следствие) стороны у нас устраняются от активного участия в проверке доказательств и могут лишь просить о собирании тех или иных доказательств (ст. 112), на следствии судебном им предоставляются широкие права как самостоятельно представлять доказательства (ст. 254, 273, 302), так и участвовать в их исследовании (ст. 288, 297, 299, 303). Исследование доказательств на предварительном следствии происходит негласно (ст. 115), они могут быть собираемы с перерывами, хотя и в течение определенного срока (ст. 116); в отдельных случаях следователь может поручать собирание отдельных доказательств органам дознания (ст. 110 ч. 2). Напротив того, при судебном следствии доказательства должны быть рассматриваемы в публичных заседаниях (ст. 19), непрерывно, без возможности в промежутках рассматривать другие дела (ст. 258) и, наконец, только в законном составе суда (ст. 262). Форма промежуточной проверки доказательств—при предании суду в различных законодательствах конструируется различно: то в виде состязательного исследования, однако лишенного гласности (английское право, австрийский устав 1873 г., германский проект 1921 г.), то по розыскному принципу (французское право, русский уст.

угол. суд.). Наш Угол.-Проц. Кодекс принимает эту последнюю форму (ст. 236, 237).

Предварительное расследование доказательств имеет своей целью лишь подготовить дело к слушанию на суде с тем, чтобы облегчить работу сторон и судей. Оно лишено самодовлеющей силы, хотя и на предварительном следствии в связи с имеющимися доказательствами возможны некоторые ограничения для обвиняемого (ст. 121, 121а, 147, 142). Но правовое последствие приговора—наказание не может быть применено к обвиняемому без судебного рассмотрения доказательств с соблюдением требований публичности, непосредственности, непрерывности и состязательности (ст. 1); в тех случаях, когда закон допускает отступления от этого в целях ускорения дела (напр., при судебных приказах по ст. 367), за обвиняемым сохраняется право просить о судебном рассмотрении дела с соблюдением указанных выше условий (ст. 370).

III. Достаточность и полнота исследования. Построение уголовного процесса, как мы видели, рассчитано на то, чтобы каждое дело проходило через ряд органов, проверяющих достаточность и полноту имеющихся доказательств. Обычно этому построению придается жесткий характер, т.-е. оно не может быть изменяемо в зависимости от субъективного усмотрения того или иного органа. Дело должно пройти через определенные стадии и в каждой стадии подвергнуться определенному исследованию, какими бы ясными ни были собранные по этому делу улики. Несколько иначе ставит этот вопрос наш Уголовно-Проц. Кодекс. Он допускает, так сказать, сжатие или сокращение процесса при наличности „достаточной разъясненности дела". Так, следователь, признав поступившее к нему от органов дознания дело достаточно разъясненным и полным, вправе не производить предв. следствия, ограничившись лишь определенными следственными действиями (ст. 109).

При „совершенной достаточности материала" или полной „выясненности дела", направленного в дежурную камеру, народный суд может рассмотреть дело в дежурной камере (ст. 362—364). По делам о второстепенных указанных в законе преступлениях народный судья „в случаях явной бесспорности нарушения" может постановить приговор в порядке судебного приказа (ст. 366). Но особенно широко проведен принцип допустимости сокращения процесса по убеждению судьи в достаточной выясненности дела при производстве в губернских судах. Следователь, в виду ясности дела, может придать актам дознания силу актов предв. следствия, не производя такового, хотя производство предв. следствия по делам, подсудным губсуду по общему правилу, обязательно (ст. 385, 108). Губернский судья, *при доказанности преступления*, если притом самое дело представляется несложным, и в зависимости от политического или общественного интереса дела, может отказать в допущении обвине-

ния и защиты (ст. 381). Губернский суд в праве не вызывать тех из допрошенных на предв. следствии или на дознании свидетелей, показания которых не вызывают сомнения в своей достоверности (ст. 391). Он в праве прекратить допрос свидетеля или свидетелей в любой момент, если признает, что показаниями уже допрошенных свидетелей вполне разъяснены обстоятельства, для установления которых свидетель вызывался (ст. 394). Наконец, губ. суд в праве не допустить прений сторон, если признает дело достаточно выясненным на судебном следствии (ст. 397) [1]). Таким образом объем допускаемых доказательств определяется субъективным убеждением суда в степени разъясненности дела. Начало это, существенно ослабляющее принцип состязательности, находит себе, однако, корректив в предоставлении кассационному суду права отменять постановленные приговоры при недостаточности произведенного следствия (ст. 413 п. 1). При этом недостаточным, по определению закона (ст. 414), признается следствие, которое проведено таким образом, что остались невыясненными ни на предварительном, ни на судебном следствии обстоятельства, выяснение коих необходимо должно было повлиять на приговор. Таким образом, кассационная проверка у нас выходит за пределы рассмотрения одних только вопросов права, но затрагивает отчасти и фактическую сторону („существо дела"), определяя, насколько полно и достаточно выяснены были в деле фактические обстоятельства, могущие иметь значение. К сожалению, возможность такой проверки сильно затруднена невключением в описательную часть приговора указания на доказательства, положенные в основание судебного решения (ст. 334 сравн. со ст. 338 прежней ред.). Кассационная проверка полноты распространяется не только на судебное, но и на предварительное следствие. Но полнота и достаточность последнего, кроме того, гарантируется контролем прокурора, который, признав, что дело недостаточно выяснено на предв. следствии или дознании, может вернуть его для дополнительного следствия и дознания (ст. 222), и контролем суда при рассмотрении вопроса о предании суду, при чем суду принадлежит такое же право требовать дополнительного расследования (ст. 238). Таким образом, гарантии полноты и достаточности предв. следствия у нас являются более серьезными, чем соответственные гарантии для следствия судебного. Правда, на ряду с возможностью сокращения объема доказательств, суду при достаточной выясненности дела на судебном следствии предоставляется, при недостаточной выясненности, отложить дело для вызова новых свидетелей и экспертов или для истребования других доказательств (ст. 273), хотя бы оно уже и началось слушанием (ст. 302). Некоторое ограничение этого права введено

[1]) Правила, установленные для губсуда, распространяются и на производство в Верховном суде (ст. 448).

лишь для дел, рассматриваемых в губ. суде, который может прибегать к откладыванию дела лишь при такой неполноте имеющегося в деле материала, которая никоим образом не может быть восполнена в том же судебном заседании (ст. 398).

В виду того значения, которое придается нашим кодексом понятию „достаточной выясненности", необходимо несколько детализировать его. Всякое привлечение лица к следствию в качестве обвиняемого может иметь место лишь „при наличии достаточных данных" (ст. 128). „Достаточными" в обычном смысле можно признать такие данные, которые способны склонить разумного и осторожного человека к принятию определенного решения. О „достаточных" основаниях кодекс говорит и при взятии под стражу в целях предупреждения сокрытия следов (ст. 158), и при производстве обыска и выемки (ст. 175). Напротив того, недостаточность доказательств служит основанием для направления дела к прекращению (ст. 202, 204). Выставляя требование о наличности достаточных данных, закон, в сущности, только подчеркивает необходимость взвесить имеющиеся в деле доказательства, признать их достаточно убедительными, что обычно и излагается в особом мотивированном постановлении. Это убеждение в достаточности данных, однако, никоим образом еще не является достаточно прочным основанием для признания лица виновным, так как убеждение органа, производящего предварительное расследование, еще не обладает такими гарантиями, которые позволяли бы придавать ему общеобязательную силу. В стадии дознания закон признает лицо, привлеченное к ответственности, только подозреваемым (ст. 99, 100), хотя бы оно было застигнуто при самом совершении преступления (ст. 100 п 1): в стадии предв. следствия оно именуется обвиняемым, виновность которого должна быть только в будущем установлена. „Достаточная выясненность" или „разъясненность", о которой говорит ряд статей кодекса, выражает лишь ту мысль, что орган, производящий исследование доказательств, пришел к известному субъективному убеждению в существовании или несуществовании определенных обстоятельств, но это еще не знаменует собою того, что такое субъективное убеждение может без дальнейшей проверки быть положено в основание решения. Следователь, уже получив дознание, может признать дело достаточно разъясненным (ст. 109), но это не освобождает прокурора и суд от проверки достаточной выясненности (ст. 222, 236). „Внутреннее убеждение судьи", которое кладется в основание приговора (ст. 319), является чем-то большим, нежели достаточная выясненность дела.

IV. Внутреннее убеждение. Ст. 57 Угол.-Проц. Кодекса, указывающая, что „суд не ограничен никакими формальными доказательствами", весьма близка к ст. 8 „основных положений 1862 г.", гласившей, что „теория доказательств, основанная единственно на их формальности, отменяется". И та и другая освобождают внут-

реннее убеждение судьи от той предустановленной оценки доказательств, которую мог бы навязывать судье законодатель. Но они далеки от провозглашения судейского произвола высшим критерием достоверности; напротив того, отмена формальной теории должна была значительно усилить ответственность судьи при оценке доказательств, полагаемых в основание его решения, так как вместо простой ссылки на закон, уполномачивающий его при наличности определенных доказательств вынести обвинительный или оправдательный приговор, он ныне должен самостоятельно добиваться истины. Из принципа свободной оценки в Угол.-Проц. Кодексе имеется лишь одно изъятие, установленное притом не для суда, а для органов дознания—перечень формальных улик, при которых допустимо задержание подозреваемого (ст. 100).

В чем же заключается система оценки доказательств по внутреннему убеждению, принятая и в нашем Уголовно-Процесс. Кодексе? Наше положение о судоустройстве весьма скупо насчет указания общих обязанностей, лежащих на судьях по рассмотрению и решению дел. Но даж епри отсутствии таких указаний, исходя из общих начал советского законодательства (ст. 4 Гражд. Проц. Код.), можно признать, что судья, которому вверено „ограждение прав и законных интересов трудящихся" (там же ст. 5), обязан приложить все силы своего разумения для отыскания истины в деле. Закон обязывает судью действовать в порядке, определяемом процессуальным кодексом (ст. 1 угол.-проц. код.), из чего следует, что способы отыскания истины должны быть сообразованы с теми правилами, которые установлены законом. Внутреннее убеждение судьи, таким образом, должно основываться на стремлении надлежаще оградить права и законные интересы трудящихся, пользуясь при этом всеми возможностями, предоставляемыми к тому законом. Посмотрим же, какие требования предъявляются Угол.-Проц. Кодексом к деятельности судьи при оценке доказательств.

1. Ст. 319 постановляет, что „суд основывает свой приговор исключительно на имеющихся в деле данных, рассмотренных в судебном заседании". Из этого следует, что принятие в основание приговора сведений, не проверенных судом в судебном заседании, при участии сторон, не может быть допущено. Даже в том случае, если этими сведениями являются материалы предварительного следствия, имеющиеся в распоряжении суда, но не оглашенные на следствии судебном, или вещественные доказательства, не предъявленные сторонам во время судебного следствия, суд не только не в праве полагать их в основание приговора, но даже не может знакомиться с ними в совещательной комнате (ст. 318) [1]. Равным образом нельзя признать допу-

[1]) Отступление от этого правила допущено для губернских судов (ст. 396).

стимым хотя бы изустное сообщение в совещательной комнате кем-либо из судей каких-либо непроверенных на судебном следствии сведений по делу, так как этим нарушался бы принцип несовместимости обязанности судьи и функций свидетеля (ст. 43 п. 3).

2. Та же ст. 319 ч. 2 постановляет, что внутреннее убеждение судьи должно быть основано „на рассмотрении всех обстоятельств дела в их совокупности". Говоря о *всех* обстоятельствах дела, ст. 319 имеет в виду лишь все *относящиеся к делу* обстоятельства. Все, не относящееся к делу и устраненное из судебного следствия или прений сторон председателем согласно ст. 257, хотя оно было бы даже оглашено на суде, не может быть положено в основу судебной оценки. С другой стороны, это правило дает возможность каждой из сторон настаивать на том, чтобы то или иное доказательство, относящееся к делу, было рассмотрено в судебном заседании. Дискреционная власть суда отвергать доказательства,—и то только тогда, когда доказательством является свидетельское показание,—признана у нас ст. 394 лишь для губернских судов. Наконец, то же требование основания внутреннего убеждения судьи „на рассмотрении всех обстоятельств дела в их совокупности" налагает на суд, в частности на председателя, обязанность самому принимать все необходимые меры к выяснению таких обстоятельств, которые были упущены сторонами и которые могут иметь значение для дела. Гражд. Проц. Кодекс упоминает об этой обязанности суда общим образом (ст. 5). Уголовно-Проц. Кодекс говорит о ней в ряде статей, постоянно подчеркивая инициативу суда (ст. 273, 289, 296, 297, 300, 302, 313, 325). Суд должен затем оценить все доказательства *в их совокупности*, т.-е., не ограничиваясь только доказательствами, говорящими в пользу определенного решения, сопоставить их с доказательствами противоположного характера и примирить их таким образом, чтобы не оставалось противоречия между ними. При этом, исходя из принципа охраны прав трудящихся, он должен толковать всякое сомнение, считаясь с социальным положением обвиняемого. Убеждение судьи в виновности лица должно быть настолько прочным, чтобы суд считал возможным возвести его в общепризнаваемую истину (ст. 257). Наш кодекс на первом месте (ст. 326 п. 1) говорит о вынесении оправдательного приговора и требует постановления его в тех случаях, когда не доказано событие преступления или участие в нем подсудимого, подчеркивая тем самым, что убеждение суда в доказанности есть необходимая предпосылка приговора обвинительного.

3. К этим требованиям относительно внутреннего убеждения, изложенным в ст. 319, надлежит еще присоединить требование возможного беспристрастия суда по отношению к сторонам. Это требование подкрепляется не только правилами об отводе

судей, допускающими отвод по обстоятельствам, вызывающим сомнение в беспристрастности судьи (ст. 45), который при известных условиях может быть заявлен и после начала судебного следствия (ст. 46), но также правилами о несовместимости обязанностей судьи с выполнением каких-либо других функций по данному делу (свидетеля, обвинителя, эксперта, органа дознания, следователя, защитника, представителя потерпевшего или гражданского истца, ст. 43 п. 3). Наконец, то же соображение о необходимости беспристрастия судьи лежит в основании ст. 420, требующей, в случае отмены приговора в кассационном порядке, передавать дело для нового рассмотрения в другой суд или в тот же суд, но в ином составе судей.

Из изложенного видно, что „внутреннее убеждение", долженствующее быть положенным в основу приговора, существенно отлично от „достаточной разъясненности" дела. Оно вытекает из объективной (судебной) проверки доказательств, а не простого, неформального ознакомления с ними; оно учитывает все обстоятельства в целом, а не только отдельные из них; наконец, оно вырабатывается судебным органом, дающим наибольшие гарантии беспристрастности.

V. Представление доказательств. Теория состязательного процесса в чистом его виде выработала учение о так наз. *бремени доказывания*, под которым разумеется возложение обязанности представления доказательств на определенную сторону под опасением вынесения решения в пользу противоположной стороны в случае непредставления достаточных доказательств.

Нашему процессу такая формальная теория бремени доказывания чужда в силу лежащего в основании его принципа стремления к материальной истине (ст. 257 УПК и ст. 5 ГПК). Собирание доказательств и представление их перед судом есть сложный процесс, в котором участвуют как стороны, так и сами судебные органы. Так, на предв. следствии следователь обязан выяснить и исследовать обстоятельства, как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого (ст. 111). В судебном заседании суд может по своей инициативе вызывать и допрашивать свидетелей, экспертов, оглашать письменные показания их, производить осмотр, истребовать вещественные доказательства и пр. (см. выше). Но при отрицании бремени доказывания, как обязанности сторон в формальном смысле, нельзя не отметить несколько своеобразного распределения между ними обязанностей в смысле материальном. На предварительном следствии, где стороны еще отсутствуют, прокуратура наделяется безусловным правом требовать от следователя производства определенных следственных действий в целях собирания доказательств (ст. 118), при чем здесь прокурор действует не только в интересах собирания обвинительных, но и оправдательных доказательств (ср. ст. 222). Обвиняемый и потерпевший, будучи лишены права самостоятельно собирать доказательства, могут лишь ходатайствовать

о том перед следователем (ст. 112, 207). С момента поступления дела в суд стороны (под которыми в данном случае следует разуметь и прокурора, ст. 23 п. 6) могут заявлять ходатайства об истребовании доказательств, каковые должны быть удовлетворены, если обстоятельства, подлежащие выяснению посредством этих доказательств, могут иметь значение для дела (ст. 253). Таким же равноправием пользуются стороны и на следствии судебном в смысле заявления всякого рода ходатайств, касающихся порядка исследования доказательств, дополнения их или просьб об отложении дела в целях представления новых доказательств.

Но в то время, как публичный обвинитель действует во имя лежащей на нем должностной обязанности, частный обвинитель или обвиняемый (а в случае гражданского иска и гражданский истец) действуют во имя своего интереса. Таким образом, можно сказать, что представление доказательств является *обязанностью* только публичного обвинителя, и при недоказанности обвинения суд обязан вынести оправдательный приговор (ст. 326, п. 1). В таком именно смысле („материальном“) и понимается утверждение, что обязанность доказывания вины лежит на обвинителе. Существующее в большинстве законодательств другое отражение этой материальной обязанности—требование рассмотрения обвинительных доказательств в первую очередь, в нашем кодексе отвергнуто, и суду по соглашению со сторонами предоставлено устанавливать порядок допроса свидетелей и рассмотрения других доказательств (ст. 281). Вообще, наш кодекс не проводит различия между доказательствами уличающими и оправдывающими; он говорит лишь об *обязательствах* обвиняющих или оправдывающих.

Материальная обязанность доказывания, лежащая на публичном обвинителе, может быть расширяема или сужаема постановлениями уголовного кодекса в зависимости от того, какие признаки он вводит в состав преступного деяния. Так, эта обязанность может быть расширена введением субъективных признаков—заведомости, определенного мотива, цели деяния, способов его учинения. Напротив того, она может быть сужаема при помощи введения так-наз. усеченных составов.

VI. Обязательства, имеющие значение для дела. Права обвиняемого, потерпевшего, а с момента предания суду и прокурора на представление доказательств стеснены требованием того, чтобы обстоятельства, в разъяснение которых заявляется просьба об истребовании доказательства, могли иметь значение для дела (ст. 112, 208, 254, 391). Понятие обстоятельств, могущих иметь значение для дела, определено в ст. 113. Такими обстоятельствами признаются указанные в ст. 24 и 25 угол. кодекса, а равно все другие обстоятельства, выяснение которых может иметь влияние на правильное расследование дела. О некоторой неудачности такого определения

мы писали в другом месте [1]). К таким обстоятельствам относятся не только факты, подлежащие решению, но и факты доказательственные, т.-е. определенным образом связанные с главными и могущие привести к познанию этих главных фактов („выяснение которых может иметь влияние на правильное расследование дела"). Отказ в расследовании таких обстоятельств должен быть мотивирован (ст. 114, 253) и может быть обжалован в частном порядке (212) или в кассационном порядке (ст. 413, 414). Обстоятельствам, имеющим значение для дела, противопоставляются „обстоятельства, не относящиеся к делу". На обязанности председателя лежит устранение из судебного следствия всего, не имеющего отношения к делу (ст. 257), в том числе и вопросов, предлагаемых свидетелю, если они не относятся к делу (ст. 286), или выходящих за пределы дела прений сторон (ст. 308). При производстве предварительного следствия на следователя прямо не возложено обязанности устранять из своего производства все не относящееся к делу, за исключением требований принимать меры к тому, чтобы не были оглашены обнаруженные при обыске обстоятельства частной жизни обыскиваемого, и чтобы при производстве обыска и выемке следователь строго ограничивался отобранием предметов, имеющих отношение к делу (ст. 181, 182), вследствие чего на практике часто наблюдается чрезмерное разбухание следственного производства [2]). Этот пробел легко может быть восполнен в инструкционном порядке. Нарушение требования рассмотрения дела в пределах обстоятельств, могущих иметь значение для дела, может служить основанием к отмене приговора в кассационном порядке, но лишь в том случае, если остались невыясненными обстоятельства, выяснение которых *необходимо* должно было повлиять на приговор (ст. 414). Несколько шире ставится вопрос об отмене, когда суд стеснил гарантированные законом права сторон В этом случае отмена допустима, если такое стеснение могло повлиять на правильность приговора (ст. 415). К числу таких гарантированных прав, несомненно, относятся и права, предусмотренные ст. 112, 207 и 253. Таким образом, следует думать, что 1 п. ст. 413 имеет применение к тем случаям, когда остались невыясненными обстоятельства, имеющие значение для дела, относительно расследования которых сторона не ходатайствовала; напротив того, если стороне было неправильно отказано в расследовании могущих иметь значение для дела обстоятельств, то применим п. 2 ст. 413. Определение „недостаточности" и „неправильности" следствия, как оно дано

---

[1]) См. *наш* комментарий к главе X, „Предварительное следствие". М. 1923 г., стр. 24-27.

[2]) См. указания члена Президиума Верх. суда *О. Карклина* в статье „Пора подумать серьезно об улучшении и судебного аппарата" в Еженед. Сов. Юстиции 1923 г., № 27.

в ст. 414, затрагивает те случаи, когда ни на предварительном, ни на судебном следствии не были выяснены определенные обстоятельства.

VII. Объем и пределы доказывания. Обстоятельства, могущие иметь значение для дела (ст. 113), составляют предмет судебного исследования. Все ли они должны быть устанавливаемы при помощи доказательства и в каком числе могут быть представляемы доказательства для утверждения или отрицания их? В Гражд. Проц. Код. мы находим две статьи, определяющие объем доказывания. Ст. 120 гласит: „Суд определяет, можно ли признать известное обстоятельство не нуждающимся в доказательствах" и ст. 119: „Допущение тех или иных доказательств, представленных сторонами, зависит от того, найдет ли их суд существенными для дела." Посмотрим, насколько эти общие положения применимы к процессу уголовному.

Признание известных обстоятельств не нуждающимися в доказывании может иметь место в тех случаях, когда сам судья, в силу своего служебного положения или в виду общеизвестности определенных обстоятельств, предполагается достаточно ознакомленным с ними. Границы такого *„судейского знания"* порою намечаются довольно широко. Судья предполагается знакомым со всем действующим в Республике законодательством. В случае необходимости ознакомления с иностранными законами, он должен лично осведомиться о содержании их через НКИД (ст. 8 Гражд. Проц. Код.). Далее судье предполагается известным существующий государственный и административный строй страны, лица, замещающие ответственные правительственные должности, порядок деятельности и круг ведомства отдельных учреждений, границы территории страны, местонахождение городов и иных населенных пунктов и т. п. С другой стороны, в судейское знание включаются такие обстоятельства, которые являются или должны являться общеизвестными (напр. состояние войны, объявление данной местности на исключительном или военном положении, распространенные в данной местности обычаи), или с которыми можно ознакомиться путем простой справки в общераспространенных изданиях (напр., в календаре, в справочнике). Сторонам не возбраняется в необходимых случаях предоставлять в распоряжение судьи для информации его те или иные книги, материалы (например, официальные сборники ведомственных распоряжений, официальные планы, общераспространенные справочники), но эта деятельность не относится к доказыванию и судья вправе отказать в вызове свидетелей или истребовании каких-либо доказательств по тем вопросам, которые входят в круг его судейского знания. Вполне естественно, что правило это применимо как к гражданским, так и к уголовным делам.

Вопрос о допущении доказательств в зависимости от того, являются-ли они существенными для дела, в Угол.-Проц. Кодексе

прямо не разрешен. Ст. 57 устанавливает общее правило, по которому от суда зависит, по обстоятельствам дела, допустить те или иные доказательства; но можно думать, что допустимость здесь понимается в несколько ограниченном смысле (см. ниже коммент. к ст. 57), так как эта свобода допущения парализуется рядом последующих статей (ст. 112, 207, 253, 254). Лишь ст. 273, относящаяся к судебному следствию, дает возможность суду свободно решать вопрос о допущении новых доказательств.

Но если признак существенности прямо не включен в текст статей Угол.-Проц. Кодекса, относящихся к предв. и судебному следствию, то он находит себе доступ туда через посредство ст.ст. 414 и 415, которые, как мы видели, считают влекущими кассационную отмену приговора лишь нарушения, выразившиеся в неисследовании обстоятельств, которые должны были или могли повлиять на правильность приговора (этим и определяется понятие „существенности"). Таким образом, следователь или судья, отказывающие в допущении отдельных доказательств, принуждены будут ставить вопрос и о существенности их, рискуя в противном случае тем, что приговор может быть отменен в кассационном порядке.

Пользование предоставленными сторонам правами по представлению доказательств подчинено принципу добросовестности (ст. 6 Гражд. Проц. Код.) и в случае злоупотребления этими правами с целью затянуть или затемнить процесс, следователь или суд не только могут, но и обязаны пресечь такую их деятельность (ст. 147, 158, 159 Угол.-Проц. Код).

Объем доказывания на судебном следствии может быть сокращен, если подсудимый согласится с обстоятельствами, изложенными в обвинительном заключении, признает правильным предъявленное к нему обвинение и даст показания, если против этого не будут возражать стороны (ст. 282, ч. I); при производстве дел в губернских судах объем доказывания может всегда быть сокращаем усмотрением губ. суда (ст. 394, 397). Наконец, доказывание совершенно отсутствует в делах, рассматриваемых в порядке судебных приказов, если судья при предварительном просмотре дела убеждается в явной бесспорности нарушения (ст. 366).

VIII. Участие сторон в исследовании доказательств. На предварительном следствии участие сторон в исследовании доказательств значительно стеснено. Кодекс не упоминает прямо о возможности присутствования и участия их в следственных действиях (косвенное признание допустимости этого содержится лишь в ст. 78), не обязывает следователя извещать их о месте и времени производства следственных действий или ознакомлять их с полученными путем таких действий результатами (отступление допустимо лишь для обвиняемого при предъявлении обвинения по ст. 128 и при окончании следствия по ст. 207).

Не допускается участие сторон и при рассмотрении в суде обвинительного заключения или материалов дознания (ст. 233, 236). Но с момента приготовительных к суду распоряжений сторонам открывается возможность не только ознакомиться с материалами предварит. следствия или дознания, но и принять участие в их пополнении и исследовании. После назначения судом дня слушания дела подсудимый и его защитник имеют право знакомиться с делом и выписывать нужные из него сведения (ст. 252). Такое же право, следуя основному принципу, изложенному в ст. 11 Гражд. Проц. Код., надлежит признать и за частным обвинителем и гражданским истцом. Сторонам далее предоставляется ходатайствовать о вызове новых свидетелей, экспертов и истребовании других доказательств (ст. 253). Правом дополнения доказательств они могут пользоваться и после открытия судебного заседания (ст. 272, 273), а также во время хода его, если встретились обстоятельства, вызывающие необходимость изменения обвинения (ст. 311—316). Участие сторон в исследовании доказательств на судебном следствии признается законом ценным в интересах правильного расследования дела, и потому кодекс принимает меры к более активному их участию в этом. Так, неявка подсудимого, обвинителя или защитника, хотя бы без уважительных причин, по общему правилу служит основанием к отложению дела (ст. 266—268). По отношению к подсудимому кодекс обязывает председателя разъяснить в самом начале судебного заседания его право задавать вопросы свидетелям, экспертам и другим подсудимым и давать объяснения как по существу всего дела, так и по поводу отдельных обстоятельств в любой момент судебного следствия (ст. 277). Этих прав не лишается и подсудимый, еще не представивший своих показаний (ст. 282). После изложения свидетелем своих показаний председатель приглашает стороны предлагать вопросы свидетелю (ст. 286), при чем допускаются и перекрестный допрос (ст. 288), и очная ставка между свидетелями (ст. 290). Сторонам предоставляется право ходатайствовать об оглашении показаний, данных подсудимым или свидетелями на предварительном следствии (ст. 294 297). Стороны могут задавать вопросы экспертам (ст. 298, 173) или просить производства новой экспертизы (ст. 300). Они могут просить об осмотре вещественных доказательств и об оглашении письменных документов в любой момент судебного следствия (ст. 299) и требовать предъявления их себе. Если судом производится осмотр с выездом на место преступления, то стороны имеют право присутствовать при нем и требовать занесения в протокол всего того, на что они считают необходимым обратить внимание суда. Наконец, в конце судебного следствия, по рассмотрении всех имевшихся в деле доказательств, председатель обязан опросить стороны о том, имеют-ли они чем-либо дополнить судебное следствие (ст. 303). Если во время прения сторон выяснится необходимость

предъявления новых доказательств, то стороны могут ходатайствовать о возобновлении судебного следствия (ст. 305). Таким образом активное участие сторон в исследовании дела на судебном следствии в народном суде гарантируется весьма полно. Несколько теснее определены права сторон при производстве в губ. суде (ст. 394—398). Гражд. Проц. Кодекс в ст. 5 дает общее указание на необходимость для суда помогать юридически неосведомленным и малограмотным сторонам в расследовании доказательств. Следует признать, что эта статья относится и к гражданскому истцу, выступающему в уголовном деле, и к частному обвинителю.

Ст. 57. Суд не ограничен никакими формальными доказательствами и от него зависит, по обстоятельствам дела, допустить те или иные доказательства или потребовать их от третьих лиц, для которых такое требование обязательно. Присяга, как доказательство, не допускается.

О недопущении в нашем кодексе теории формальных доказательств нами было сказано выше. Формальными доказательствами являются доказательства, связывающие свободу оценки судьи. Их, однако, следует отличать от доказательств предустановленных, к которым судья обязан обращаться для установления определенных обстоятельств. Так, кодекс указывает, что возраст обвиняемого должен устанавливаться надлежащими документами, а при отсутствии таковых—путем медицинского освидетельствования (ст. 141); невменяемость лица устанавливается посредством особого порядка освидетельствования (ст. 196—200); причины смерти и характер телесных повреждений устанавливаются посредством экспертизы (ст. 62, прим. 1) Во всех случаях для следователя или суда обязательно обращение к такому доказательству, но они не лишаются права свободно оценивать его доказательственную силу.

1. Допустимость доказательств. Ст. 57 предоставляет суду по обстоятельствам дела допускать те или иные доказательства. В большинстве законодательств основания недопустимости доказательств обычно излагаются в самом кодексе. У нас лишь в отношении некоторых доказательств установлены правила о недопустимости. Таковы предусматриваемые ст. 61 случаи недопущения допроса защитника по делу, по которому он выполняет известные обязанности, или лиц, обладающих определенными психическими и физическими недостатками. В Гражд. Проц. Кодексе недопущение допроса свидетеля может иметь место, по заявлению стороны, в случае заинтересованности свидетеля в исходе дела или в случае особых отношений между ним и стороной (ст. 130 Гр. Проц. Код.). Угол.-Проц. Код. не вводит этого правила в закон, но судья, пользуясь предоставленным ему дискреционным правом недопущения доказательств, смотря по обстоятельствам дела, может не допустить показаний такого свидетеля. Как лишенные доказательственной силы судом могут быть недопускаемы

анонимные заявления и сообщения, адресованные в суд. Ст. 93 требует для таких заявлений предварительной негласной проверки органами дознания, но на суде приходится уже опираться на данные, добытые дознанием или следствием, а не на анонимное заявление, которое едва ли должно быть допускаемо в качестве доказательства. Точно так же ст. 285 устраняет из изложения свидетелем фактов такие сведения, источник которых не может быть указан.

2. Истребование доказательств от третьих лиц. Право следователя и суда требовать представления нужных доказательств от всех лиц и учреждений подкрепляется рядом статей Угол. Кодекса (ст. 175, 176, 273, 302). Указание в ст. 57, указывая на допустимость требования их от „третьих лиц", вводит в Угол.-Проц Кодекс термин, известный гражданскому процессу (ст. 167 Гр. Проц. Код.). Повидимому, под ним в данном случае следует разуметь лиц посторонних. Устанавливая для таких лиц обязанность представления имеющихся у них доказательств, Угол.-Проц. Кодекс не оспаривает санкции этой обязанности. Правда, в случае известности о том, где такие докуметы или доказательства находятся, суд не лишен права произвести обыск и отобрать их в принудительном порядке (ст. 175.).

3. **Недопущение присяги.** Присяга, как обязанность лица подкрепить свое показание клятвенной санкцией религиозного характера, отвергается в судебном производстве на основании правил об отделении церкви от государства. Рассматриваемая статья говорит о присяге, как доказательстве. (Правильнее было бы сказать о ней как санкции доказательства). В качестве самостоятельного доказательства присяга в последнее время применялась только в гражданском процессе. Очистительная присяга в процессе уголовном вымерла уже несколько столетий тому назад. Как санкция доказательства, присяга употреблялась для подтверждения свидетельских показаний, экспертизы, для выполнения обязанностей переводчика на суде. В настоящее время вместо религиозной имеется лишь уголовная санкция правдивости показаний. Ст. 178 Угол. Код. карает лишением свободы на срок не ниже одного года „заведомо ложное показание, данное свидетелем, экспертом или переводчиком при производстве дознания, следствия или судебного разбирательства по делу". В отличие от германского права, Угол. Кодекс карает только *заведомо* ложное показание, но не показание, ложное в силу легкомыслия, небрежности или самонадеянности лица. Напоминание об ответственности за ложное показание свидетелю делается как на предварительном следствии (ст. 164), так и на следствии судебном в начале заседания по делу (ст. 274). Содержащееся в ст.ст. 164 и 274 требование отобрания подписки о том, что такое напоминание было сделано, едва ли вызывается необходимостью в виду того, что уголовные законы предполагаются известными

каждому, хотя кодекс требует выполнения этой формальности (ст. 164, 274).

Ст. 58. Доказательствами являются показания свидетелей, заключения экспертов, вещественные доказательства, протоколы осмотров и иные письменные документы и личные объяснения обвиняемого.

Перечисленные в настоящей статье доказательства, в сущности, являются лишь теми, которые в теории именуются *косвенными* доказательствами, т.-е. такими, на основании которых суд путем умозаключения может вывести существование или несуществование удостоверяемых ими фактов. Доказательства прямые, т.-е. непосредственно воспринимаемые судом (напр. при осмотре, при совершении преступления на глазах у суда, напр., в случае отказа от показания или ложного показания), законом не упоминаются, но, конечно, ничто не мешает суду принимать их в соображение (ср. ст. 301, 314). Юридическое значение перечня, содержащегося в ст. 58, сводится к тому, что помимо указанных в нем видов косвенных доказательств суд не вправе допускать доказательства иного рода или основываться на них. Поэтому, напр., следует признать, что дознание чрез окольных людей, применявшееся в нашем дореволюционном процессе, в настоящее время не может служить доказательством. Не могут служить доказательствами сведения, содержащиеся в книгах, справочниках, периодических изданиях, поскольку эти последние не являются вещественными доказательствами. Соответственные сведения могут восприниматься судом лишь в порядке личного осведомления (см. выше о фактах, входящих в круг знания судей).

В последующих статьях более подробно излагаются правила относительно показаний свидетелей, экспертов, вещественных доказательств. На значении личных объяснений обвиняемого, как доказательстве, кодекс не останавливается особо, и потому уместно будет здесь дать краткий анализ расбросанных в кодексе постановлений по этому предмету.

Показания обвиняемого. Личные объяснения обвиняемого в уголовном процессе имеют двоякое значение: как форма проявления его активного участия в деле в качестве стороны (ст. 23 п. 6) и как вид доказательств (ст. 58). Это двойственное положение обвиняемого приводит к некоторой неясности того, чем именно характеризуются эти объяснения, как вид доказательств. Значение, придаваемое кодексом личным объяснениям обвиняемого, весьма велико. Следователь, даже признавая производство предв. следствия ненужным, обязан произвести допрос обвиняемого (ст. 109). Допрос обвиняемого производится непосредственно после предъявления ему обвинения, с соблюдением определенных формальностей (ст. 128—140). Судебное следствие по более тяжким делам (ст. 265) не может происходить в отсутствие подсудимого (ст. 267), кроме случаев, когда он удален из залы заседания

вследствие нарушения порядка заседания (ст. 259). Подсудимый может дать свои показания уже в самом начале судебного следствия (283); по поводу отдельных доказательств и по существу всего дела он может давать свои объяснения в любой момент судебного следствия (ст. 277); по окончании прений сторон подсудимому предоставляется последнее слово (ст. 309). Таким образом в течение всего судебного следствия подсудимому предоставляется возможность давать свои объяснения. В высказываниях обвиняемого следует, однако, различать два оттенка: показания, которые обвиняемый или подсудимый дает в порядке допроса, и объяснения, которые он представляет по собственной инициативе. На предварительном следствии, подчеркивает кодекс, получение показания обвиняемого носит характер допроса (гл. XI и содержащиеся в ней статьи повсюду говорят о допросе обвиняемого). На судебном следствии производится допрос подсудимого (ст. 283), а так же и выслушиваются объяснения, представляемые им по его собственной инициативе (ст. 277, 282) В отношении последнего слова кодекс прямо оговаривает, что оно должно носить характер свободного показания, а не показания по допросу (ст. 309). Различие между допросом и свободными объяснениями сводится к следующему. При допросе для допрашиваемого возникает обязанность дачи ответа, при свободном объяснении он сообщает все то, что находит нужным. При допросе обвиняемый может быть расспрашиваем обо всем, имеющем отношение к делу; при свободном объяснении он касается лишь тех вопросов, которые он желает осветить перед судом. Наш Угол.-Проц. Кодекс нигде не указывает на право обвиняемого отказаться от дачи ответов при допросе, хотя и не устанавливает какой-либо санкции в случае такого отказа. Молчание обвиняемого или явно неправильные ответы на задаваемые ему вопросы могут учитываться судом в качестве улик, при этом кодекс обязывает суд в таких случаях прочитывать показания, данные обвиняемым на предварительном следствии или дознании (ст. 294). В губ. суде оглашение этих показаний может иметь место всегда, даже при отсутствии отказа подсудимого или противоречия в его показаниях (ст. 395). Нельзя не указать, что оглашение данных на дознании показаний едва ли может служить достаточно надежным средством проверки правильности показаний обвиняемого на суде или доказательством, заменяющим их. Органам дознания не предоставлено право допроса подозреваемых, они лишь опрашивают их (ст. 99). и[1]) при том протоколы, составляемые ими, лишены тех формальных условий достоверности, которые установле-

[1]) В ст. 102, внесенной в кодекс во 2-ой редакции, говорится о допросе подозреваемого органами дознания, но так как в ст. 101 не имеется ссылки на ст. 135—140, устанавливающие формальные условия допроса, то можно думать, что в данном случае законодатель имеет в виду „опрос", а не „допрос".

ны для протоколов о следственных и судебных действиях (ст. 77—81). Поэтому, несмотря на оглашение этих протоколов, суд должен отнестись к ним с надлежащей осмотрительностью.

Оценка показаний обвиняемого предоставлена свободному усмотрению суда. Признание обвиняемым обстоятельств, изложенных в обвинительном заключении, не обязывает еще суд отказаться от дальнейшего исследования доказательств (ст. 282) и свое решение о виновности он должен основывать на всех обстоятельствах дела в их совокупности (ст. 319). „Сознание обвиняемых—разъясняет Высший Суд. Контроль (определение по делу № 989, 1922 г.)—не только на предварительном, но даже на судебном следствии не может всегда служить безусловным доказательством виновности".

Ст. 59. Порядок собирания, хранения и рассмотрения вещественных доказательств и письменных документов определяется правилами настоящего кодекса.

Внесение ст. 59 в данное место несколько нарушает систематический порядок главы IV. Она находится в непосредственной связи со ст. 66—71 и будет ниже рассмотрена в связи с этими последними.

Ст. 60. Всякое лицо, вызванное в качестве свидетеля, обязано явиться и сообщить все ему известное по делу и давать ответы на предлагаемые ему следователем, органами дознания, судом и сторонами вопросы. При отказе свидетеля от дачи показаний у следователя, органов дознания, последние обязаны составить об этом протокол и направить дело о таком свидетеле в ближайший народный суд. При отказе от дачи показаний на суде, соответствующее наказание непосредственно налагается судом, рассматривающим дело, по которому данное лицо было вызвано свидетелем.

Понятие свидетеля. Свидетелем по Угол.-Проц. Кодексу является лицо, приглашенное или допущенное судом или органом предварительного производства к изложению перед этими органами тех сведений, которые известны ему о фактах, подлежащих установлению в деле, и о личности обвиняемого, и ответственное за ложное показание. Свидетелем, прежде всего, является *лицо*, а не коллектив, учреждение или общество. Обязанность дачи показания есть всегда личная обязанность и сопряжена с личной ответственностью. Даже в том случае, если свидетель выступает от имени учреждения (напр. служащий, дающий официальную характеристику обвиняемого), он рассматривается как частное лицо, несущее ответственность за сообщаемое им. Всякого рода сообщения, удостоверения о фактах и пр., исходящие от учреждений, являются не свидетельскими показаниями, а письменными документами, и подлежат правилам, установленным для этих последних. Далее, свидетелем является лицо, лишь приглашенное или допущенное судом к даче показаний.

По собственному желанию лицо, знающее что-либо по делу, еще не может стать свидетелем, если оно не допущено судом к этому. Точно также не признаются свидетелями лица, сообщающие в частном порядке те или иные сведения по делу, известные им, хотя бы эти сведения и были записаны и сообщены следственной власти или суду. Следственная власть может рассматривать их как материал, могущий послужить основанием для вызова такого лица в качестве свидетеля, но если это лицо не явилось и не дало своих показаний, то эти записанные в частном порядке сведения не могут служить доказательственным материалом, как надлежаще не проверенные. Свидетель дает показания о фактах, подлежащих установлению в деле и о характеристике личности обвиняемого (ст. 166). Содержание показания отличает свидетеля от эксперта. В то время, как свидетель показывает о фактах, известных ему независимо от суда, эксперт излагает свое заключение о фактах, предъявленных ему следователем или судом, или о фактах, которые он наблюдал при производстве экспертизы [1]). Некоторая затруднительность может возникнуть при разграничении свидетеля, дающего характеристику обвиняемого, от эксперта. На последнего также может быть возлагаема обязанность дачи характеристики обвиняемого (напр., при изложении своего заключения о вменяемости его). Но в то время, как характеристика, делаемая свидетелем, основывается на наблюдении его или знакомстве с ним до судебного производства, характеристика эксперта составляется на основании данных, полученных путем наблюдения или изучения его после начатия процесса, но по поручению суда, в специальных условиях. Поэтому, напр., врач, пользовавший обвиняемого в качестве больного до начатия судебного производства, может быть допрошен лишь в качестве свидетеля; напротив того, обследователь-воспитатель, собиравший сведения о несовершеннолетнем обвиняемом после возбуждения о нем дела, может быть допрошен о характеристике обвиняемого лишь в качестве эксперта, дающего свое заключение. Закон, впрочем, не запрещает соединения функций свидетеля и эксперта в одном лице: в таких случаях мы будем иметь *сведущих* свидетелей, причем функция их, как свидетелей, в таком случае является преобладающей. Свидетели могут быть вызываемы не только для сообщения фактов, но и для дачи характеристики обвиняемого. Уголовный кодекс придает особое значение опасности лица (ст. 5, 7, 12, 24, 46—49 Угол. Код.), и для характеристики того, является ли обвиняемый общественно-опасным или нет, в качестве свидетелей могут быть вызываемы: представители администрации тех учреждений, в которых обвиняемый ранее отбывал наказание, органы милиции,

[1]) См. также статью *М. Гродзинского*—Понятие свидетельского показания. В журн. „Вестник Советской Юстиции на Украине", 1922 г.

окружающие и соседи обвиняемого и т. д. Допущение свидетелей, дающих характеристику обвиняемого, является отражением новых тенденций уголовного права, требуюших более подробного исследования личности обвиняемого и допускающих применение, кроме наказания или взамен его, мер социальной защиты. Оно знакомо и иностранному праву (английскому праву по закону 1908 г.). Но следует принять меры к тому, чтобы такая характеристика не являлась случайной. Лицо, дающее характеристику, должно быть расспрашиваемо не о своих мнениях о подсудимом, а о фактах поведения обвиняемого, могущих пролить свет на его характер. Только за правильность сообщения о фактах оно несет ответственность по ст. 178 уг. код. Обратившись к собиранию одних мнений о подсудимом, следователь или суд рискуют потонуть в массе произвольных и противоречивых свидетельств, имеющих весьма малую ценность. Такое собирание мнений являлось бы вместе с тем восстановлением упраздненного ныне дознания чрез окольных людей, при том еще в менее удовлетворительной форме. Могут ли быть вызываемы свидетели для дачи характеристики относительно других свидетелей, а не обвиняемого? Закон допускает для этой цели производство экспертизы (ст. 61, прим.). Нам думается, что нет препятствий и к допущению дачи одними свидетелями характеристики других (конечно, в смысле фактической характеристики, а не простого мнения их о достоверности того или иного свидетеля). При наличности противоречивых свидетельских показаний, при оспаривании стороной правильности свидетельского показания или при наличности у суда сомнений по этому поводу, проверка достоверности свидетеля путем ознакомления с его характеристикой порою является единственным средством. Практика постоянно допускала такие допросы. Единственное затруднение возникало для тех случаев, когда сам свидетель был спрашиваем о фактах, хотя и не относящихся к делу, но могущих характеризовать его самого. Наш прежний уст. уг. суд. освобождал свидетеля от обязанности отвечать на вопросы, уличающие его в каком-либо преступлении (ст. 722 уст. уг. суд.), а практика распространила этот запрет и на вопросы о прежней судимости и о личных качествах свидетеля. Угол.-Проц. Кодекс не содержит прямого решения этого вопроса. Но из ограничительного толкования ст. 166 и 286 можно вывести, что такие вопросы не должны быть допускаемы, как не входящие в круг тех, на которые свидетель обязан давать свой ответ.

Последний признак, характеризующий свидетельское показание, сводится к тому, что свидетельское показание дается под гарантией ответственности за ложное показание. Этот признак отличает показания свидетеля от показаний обвиняемого. Последний не несет ответственности за допущенную им ложь в своих показаниях. Если же показания обвиняемого

сопровождаются такой гарантией (как то, напр., допущено в Англии по закону 1898 г.), то они во всем сливаются со свидетельскими показаниями.

2. Обязанность дачи показания. Обязанность явки и дачи показания по требованию следственного или судебного органа является общегражданской повинностью. Интересы правильного отправления правосудия представляются настолько важными, что государство считает необходимым принудить граждан к оказанию необходимого содействия суду путем сообщения известных им о деле фактов, как бы тягостна для них эта обязанность ни была. Ст. 60, указывая на эту обязанность, вместе с тем предусматривает и порядок наложения взыскания за отказ от дачи показания. Однако до последнего времени не установлено было статьи, определяющей размеры такой ответственности. Пробел этот наблюдался и в нашей прежней практике, которая выходила из затруднения тем путем, что приравнивала отказ от дачи показания к неявке свидетеля и налагала на него взыскание, как за неявку. Угол. улож. 1903 г. содержало уже особую статью (ст. 172), каравшую арестом до 1 мес. или штрафом до 100 руб. свидетеля, понятого, эксперта или переводчика, отказавшихся без уважительной причины исполнить свою обязанность. Постановлением ВЦИК от 10 июля 1923 г. действующий Угол. Кодекс также дополнен статьей 104-а следующего содержания: «уклонение свидетеля, эксперта, переводчика или понятого от явки по вызову следственного или судебного органа или отказ от исполнения возложенных на них обязанностей карается принудительными работами до 3 месяцев или штрафом до 300 руб. золотом».

По ст. 60 ответственность для свидетеля (и других вызываемых лиц) наступает при отказе сообщить известное по делу и давать ответы на вопросы у следователя, органов дознания и перед судом. Указание на органы дознания было включено во второй редакции Угол.-Проц. Кодекса 1923 г., и это дополнение осталось несогласованным с остальными правилами по этому предмету. Так, в правилах, относящихся к к дознанию, указывается, что органы дознания лишь «опрашивают» свидетелей (ст. 99). Опрос, в отличие от допроса, не носит принудительного характера и не производится с соблюдением формальных правил. Точно также новая статья 104-а предусматривает лишь ответственность за уклонение от явки и отказ от дачи показания по вызову следственных и судебных органов, не упоминая органов дознания. В пользу такого ограничительного понимания обязанности свидетеля говорят и принципиальные основания. Обязанность явки и дачи показания сопряжена зачастую с большими тяготами для граждан. Поскольку эта обязанность возлагается на них по требованию следственных или судебных органов, имеется гарантия того, что этой обязанностью их не будут злоупотреблять и что

выполнение ее будет требоваться действительными интересами правосудия. Этой гарантии не имеется, если такое право предоставляется органам дознания, каковыми в большинстве случаев являются органы милиции и уголовного розыска. По своему характеру дознание лишь нащупывает почву для построения обвинения. В поисках доказательств органы дознания могут опрашивать сотни лиц, пока им удается найти таких, которые могут дать ценные сведения о преступлении. Возлагать на всех граждан обязанность явки к органам милиции для этой цели, хотя бы они ничего о преступлении не знали, значит ограничивать их свободу по случайным порою предположениям органов розыска. В тех случаях, когда органы милиции нуждаются в вызове гражданина по тому или иному делу, явка его обеспечивается, при невозможности опросить его на дому, мерами административного принуждения, вырабатываемыми административным, а не судебно-процессуальным правом. Не следует опасаться и возможности отказа в даче показания. Органы дознания, встретившись с таким отказом и считая данное показание существенным для дела, могут обратиться к народному судье с просьбой допросить данное лицо, или даже отложить этот допрос до начала предв. следствия или судебного рассмотрения. Таким образом, мы полагаем, что точке зрения, выраженной в первой редакции Угол.-Проц. Кодекса (ст. 64) и в ст. 104-а Угол. Код., должно быть оказано предпочтение. Этот вывод и формально подтверждается тем, что ст. 104-а является законом позднейшим, которому должно быть оказываемо предпочтение.

Порядок наложения взыскания за отказ от дачи показания различен в зависимости от того, перед каким именно органом последовал отказ. Самое взыскание может быть наложено только судом. Но если отказ последовал перед следователем (или органами дознания), то о том составляется протокол, направляемый в ближайший народный суд (подразумевается тот суд, в районе которого происходил допрос); если отказ последовал на суде, то наказание может быть применено судом, рассматривающим дело (т. е. народным, губернским или Верховным судом). Однако, неясно, в каком порядке должен в таких случаях действовать суд. Первая редакция Угол.-Проц. Кодекса указывала, что взыскание налагается в порядке судебного приказа. При таких условиях свидетель мог подать отзыв и просить о рассмотрении дела о наложении взыскания в общем порядке (ст. 370). Во второй редакции указание на порядок судебного приказа было выброшено. Но осталось неясным, назначается ли такое наказание в порядке постановления особого *приговора*, могущего затем быть обжалованным самостоятельно в кассационном порядке, или же в порядке судебного определения о наложении процессуального взыскания, на которое возможно принесение частной жалобы (ст. 431). В пользу первого решения говорит то обстоятельство, что

отказ от дачи показания предусматривается, как самостоятельное преступное деяние Угол. Кодексом, и привлечение к ответственности должно происходить, поэтому, с соблюдением правил, изложенных в Угол.-Проц. Кодексе (ст. 1). Отсюда следует, что должна быть соблюдаема ст. 315, устанавливающая порядок привлечения к ответственности лиц, не являющихся подсудимыми, если виновность их обнаружена при рассмотрении дела в судебном заседании, и решение суда должно быть облечено в форму приговора (ст. 23, п. 9), а не определения. Но нельзя не указать и на то, что второй взгляд имеет также серьезные соображения в свою пользу. Прежде всего, тогда бы устранилась та двойственность, которая должна возникнуть при первом понимании между процессами гражданским и уголовным [1]). Далее, только при таком понимании получает смысл указание ст. 60 о том, что соответствующее наказание налагается судом, рассматривающим дело. Наконец, при втором понимании применение наказания могло бы иметь большее практическое значение в смысле понуждения свидетеля дать показание: зная о том, что он может быть немедленно подвергнут наказанию, он придавал бы и большее значение угрозе закона. Полному признанию второго взгляда мешает, однако, то обстоятельство, что наш Угол.-Проц. Кодекс не предусматривает возможности частного обжалования определений губсуда и Верховного суда. Разрешение всех возникающих на этой почве сомнений возможно лишь посредством уточнения законодательного текста.

Ответственность за отказ от показания наступает каждый раз, как лицо, вызванное свидетелем, выражает отказ представить свои показания. Поэтому лицо, отказавшееся дать показания у следователя и подвергнутое за это наказанию, может быть вновь наказано, если оно отказывается дать показание перед судом, или отказавшееся от показания перед судом—если оно вызывается в качестве свидетеля при вторичном рассмотрении дела в новом составе суда. Но вторичный отказ в даче показания перед одним и тем же судебным органом (напр., перед следователем при повторном вызове) не составляет нового преступления.

---

[1]) Ст. 104 находится в противоречии со ст.ст. 50 и 51 Гражд. Проц. Кодекса. Последние устанавливают за отказ от дачи показания штраф в размере от 10 до 50 руб. для свидетеля и от 3 до 10 рублей для эксперта, налагаемый в порядке процессуального взыскания. Между тем по своей редакции ст. 104-а имеет в виду не только уголовное производство, но судебное производство вообще. Трудность согласования обеих этих санкций усугубляется еще тем, что и ст. 104 и Гражд. Проц. Кодекс утверждены ВЦИК в один и тот же день (10 июля 1923 г.), так что нельзя применять правила о lex posterior. Единственным выходом для толкователя является ограничительное толкование ст. 104-а с признанием ее относящейся только к уголовным делам. Но и тогда проявится непоследовательность в том смысле, что суд гражданский будет наделен правом процессуального взыскания, а суд уголовный—нет.

Ст. 61. Не могут быть вызываемы и допрашиваемы в качестве свидетелей: 1) защитник обвиняемого по делу, по которому он выполняет таковые обязанности; 2) лица, которые, ввиду своих физических и психических недостатков, не способны правильно воспринимать имеющие значение по делу явления и давать о них правильные показания.

Примечание. Для разрешения вопроса о способности лица быть свидетелем могут быть приглашаемы эксперты.

Рассматриваемая статья устанавливает случаи неспособности лица быть свидетелем. Перечисленные в законе случаи такой неспособности покоятся на основаниях: 1) психических, 2) физических и 3) моральных.

1. Психические недостатки. Уст. угол. суд. (ст. 704 п. 1) не допускал к даче свидетельских показаний безумных и сумасшедших, исходя из того, что при их болезненном психическом состоянии границы между действительностью и фантазией у них могут быть весьма смутными и что, кроме того, они безответственны за свои показания вследствие своей невменяемости. Угол.-Проц. Кодекс вводит несколько иной критерий недопущения свидетелей по психическим недостаткам. Критерий его сводится не к душевной болезни и невменяемости лица, а к способности его правильно воспринимать имеющие по делу значение явления и давать о них правильные показания. Этим создается особый психологический критерий способности свидетельствования, научная разработка которого происходит в настоящее время в виде учения о психологии свидетельских показаний, но который, к сожалению, до сих пор еще прочно не установлен. Научный характер такого психологического исследования свидетеля подчеркивается указанием на возможность приглашения эксперта для определения способности лица быть свидетелем. В виду полной новизны подобной попытки, мы позволим остановиться на ней несколько подробнее.

Способность к даче свидетельского показания слагается из следующих элементов: 1) способности лица правильно воспринять известные явления, 2) памяти, 3) способности обособить в сознании воспринятое от субъективных впечатлений и образов, 4) желания правильно воспроизвести воспринятое и 5) способности правильно высказать воспринятое в словах или других знаках. Из этих пяти элементов кодекс упоминает лишь первый и последний, но это не значит, что на промежуточные элементы не должно быть обращаемо внимание. Способность дать правильные показания в широком смысле может быть распространяема и на все предшествующие последнему элементы. Опыты над свидетельскими показаниями обнаружили, что едва ли можно найти такого человека, который в полной мере удовлетворял бы требованиям необходимой достоверности в своих высказываниях. Мы обычно воспринимаем лишь отдельные

стороны явления, а не явление в целом. Память у людей имеет различную силу и после некоторого промежутка времени обыкновенно ослабевает. Большинство людей неспособно воздержаться от привнесения в картину виденного или слышанного ими различных субъективных примесей, дающих в результате некоторую субъективную переработку факта, а не его точное воспроизведение в сознании. Зачастую люди искажают факты в угоду своим сознательным и бессознательным желаниям, в особенности если эти факты касаются их лично или близких им лиц. Наконец, люди, даже хорошо владеющие своею речью, объективируя свои впечатления в словах, допускают целую массу неточностей, так как язык, при всей его развитости, не адекватен нашему мышлению и нашим представлениям. Отсюда следует, что способность лица быть достоверным свидетелем всегда является относительной, и между отдельными людьми существуют качественные и количественные различия в этой области. Суду приходится до известной степени мириться с этим, вводя лишь различные способы проверки правильности свидетельских показаний (очные ставки, перекрестный допрос, прочтение показаний, данных на предв. следствии и пр.). Оценка свидетельских показаний по внутреннему убеждению суда дает ему возможность учитывать степень достоверности отдельного свидетеля на основании ряда трудно уловимых признаков: поведения свидетеля на суде, или при очной ставке, отношения его к сторонам, характера его ответов, сбивчивости или противоречий его показаний и пр. Этим обстоятельством, между прочим, объясняется и требование закона о том, чтобы свидетель лично явился в суд и дал пред судом свои показания. Протокол с записанными показаниями свидетеля лишает суд и стороны возможности произвести такую критику достоверности свидетеля, и потому прочтение его вместо устных показаний допускается лишь в крайних случаях (ст. 297).

Поскольку Угол.-Проц. Кодекс говорит *о недопущении* лиц к свидетельствованию на суде в силу психических недостатков их, он, очевидно, имеет в виду лишь такие крайние случаи, когда лицо настолько не удовлетворяет требованиям достоверного свидетеля, что показаниям его не должно быть придано никакой веры. Лица, страдающие душевной болезнью, принявшей формы бредовых идей или навязчивых представлений, искажающих нормальное отношение к окружающей обстановке; малолетние, недостигшие такого возраста, при котором они могут правильно передавать наблюденное ими; лица, склонные к галлюцинациям, в отдельных случаях могут быть признаваемы неспособными к свидетельству. Но могут ли такие лица быть опрашиваемы органами дознания или следователем в целях получения от них какой-либо информации? Порою в сбивчивых и противоречивых сообщениях душевно-больного или ребенка можно все же найти некоторую ориентирующую нить. Порою

эти лица могут сами являться потерпевшими, и допрос их явится необходимым в целях раскрытия виновника и обстановки преступления. Конечно, одни только показания этих лиц еще не могут составить достаточной улики, но, в связи с другими доказательствами, они могут пролить некоторый свет на дело. Поэтому правило о недопущении допроса таких лиц надлежало бы понимать в том смысле, что эти лица не вызываются в суд и не допрашиваются на суде в качестве свидетелей, но следственная или судебная власть через врачей-психиатров или педагогов не лишена возможности исследовать сообщения этих лиц относительно преступления и после соответственного заключения о степени достоверности их со стороны эксперта приобщать их к делу в качестве письменного материала. Французская судебная практика допускает опрос таких лиц на суде в порядке простого осведомления (renseignement) в силу дискреционной власти председателя, но решение, предлагаемое нами, нам кажется более предпочтительным, тем более, что неформальное осведомление суда у нас не допускается.

2. Физические недостатки обычно могут препятствовать лицу полностью воспринимать явления внешнего мира, но не лишают его возможности давать о них частичные сведения. Так, слепой, естественно, не может видеть лица преступника, но может узнать его по голосу. Глухонемой не может слышать произносимых слов, но по движениям губ, жестам, обстановке может осмыслить сущность и смысл происходившей сцены. Физический недостаток несколько ослабляет достоверность свидетеля или делает его частично неспособным к наблюдению, но не лишает его окончательно способности быть свидетелем. Угол.-Проц. Кодекс прямо предусматривает возможность допроса в качестве свидетелей глухих и немых, устанавливая для этого особые правила (ст. 167). Поэтому, правило о недопущении таких лиц к свидетельству должно быть понимаемо лишь в том смысле, что они не могут свидетельствовать о фактах, воспринять которые они были неспособны. Напр., лицо, страдающее дальтонизмом, не может показывать о цвете поданного светового сигнала.

3. Недопущение к свидетельству защитника. Недопущение защитника быть свидетелем по тому делу, по которому он выполняет такие обязанности, должно быть мотивировано не только принципом несовместимости обязанностей защитника и свидетеля, но и тем обстоятельством, что, в силу особого доверия к защитнику со стороны его подзащитного, ему могут стать известными такие обстоятельства, которые уличают подсудимого, и тогда для защитника создался бы тяжелый конфликт между принятой на себя обязанностью перед подзащитным и обязанностью дачи показания перед судом. Чтобы не подрывать доверия обвиняемого к своему защитнику, чтобы дать возможность ему искренно и свободно искать у защитника поддержки,

закон освобождает защитника от обязанности давать свидетельство на суде. Тайна доверенного последнему сообщения по кодексу ограждается независимо от желания самого защитника или обвиняемого. Поэтому обвиняемый не может вызвать своего защитника в качестве свидетеля, напр., для дачи своей характеристики или для подтверждения каких-либо заявлений отдельных свидетелей или других лиц, сделанных вне суда в присутствии защитника. Буквальный текст закона ограничивает эту привилегию защитника в нашем процессе, указывая на недопустимость его свидетельских показаний только по делу, по которому он выполняет такие обязанности. Спорным является вопрос, имеет ли право защитник разоблачать тайну своего подзащитного в целях своей собственной защиты. Такие случаи наблюдались в нашей прежней практике (дело Ольги Штейн). Мы полагаем, что такого рода показания возможны лишь с разрешения бывшего подзащитного, так как здесь речь идет уже не о свидетельских показаниях, а о показаниях в качестве обвиняемого (хотя бы в порядке дисциплинарного производства перед коллегией защитников). Точно также допустимо разоблачение тайны, если обвинителем является бывший подзащитный, и открытие вверенного ему сообщения является единственным для защитника средством самооправдания.

4. Что касается других видов так. наз. *профессиональной тайны* свидетелей, то Угол.-Проц. Код. не содержит по этому поводу никаких оговорок. Поэтому врач, которому была доверена какая-либо тайна его больным, или духовное лицо, выслушавшее исповедь обвиняемого, обязаны сообщить узнанные ими факты суду, если последний того потребует.

Несколько особо стоит вопрос о праве свидетелей ссылаться на *военную, дипломатическую и государственную тайну*. Гражд. Проц. Кодекс предоставляет лицам, вызванным в качестве свидетелей, отказываться от свидетельства, если сообщение требуемых фактов сопряжено с нарушением государственной или служебной тайны (ст. 129). Угол.-Проц. Код., не вводя этого права для свидетелей, постановляет лишь о закрытии дверей заседания в случаях, когда представляется необходимым оградить военную, дипломатическую или государственную тайну (ст. 19). Следует, однако, заметить, что достигаемая таким путем охрана государственной тайны отнюдь не является достаточной. «Закрытие дверей заседания» имеет весьма относительный характер. В зале заседания остается ряд лиц (стороны, свидетели, лица, имеющие доступ в залу заседания по своему служебному положению), и при таких условиях оградить, напр., военную тайну от распространения не всегда возможно, тем более, что ответственность по Угол. Код. за разглашение тайны судебного заседания для участвовавших в нем частных лиц (напр., гражд. истца, обвиняемого, свидетеля) не установлено (ст. 104б касается лишь предварит. следствия и дознания). По-

этому желательным является согласование постановлений гражд. и Угол.-Проц. Кодекса по этому вопросу с тем, однако, чтобы отказ от свидетельства по соображениям служебной или государственной тайны зависел бы не от самого свидетеля (который, таким образом, мог бы произвольно устанавливать объем этой тайны), а от высшего государственного органа, делающего по этому поводу постановление.

Некоторые законодательства вводят также привилегию *семейной тайны* или тайны, касающейся *интимной жизни лица*. Напр., английское право не допускает (за отдельными изъятиями) к свидетельству против воли обвиняемого его супруга; по уст. угол. суд. супруги и ближайшие родственники обвиняемого не допускались к присяге, так как законодатель не желал подвергать их совесть испытанию присягой при известной естественной заинтересованности в пользу обвиняемого. Равным образом, женщина, являющаяся потерпевшей по делам о посягательстве на ее половую честь, не обязана порою отвечать на вопросы о том, имела ли она связь с другими мужчинами. Угол.-Проц. Кодекс не вводит по этим вопросам определенного правила, предоставляя решение их усмотрению судьи согласно ст. 57. Смотря по обстоятельствам дела, как указывает эта статья, судья ставит вопрос о том, следует ли принудить свидетеля к нарушению той тайны, на которую он ссылается, или же освободить его от обязанности дать свой ответ. При этом судья, руководясь интересами правосудия, не должен, однако, без крайней необходимости принуждать свидетеля к такому показанию, так как, в конце концов, добытое таким путем показание является в весьма слабой степени достоверным.

Ст. 62. При неявке свидетеля без уважительной причины, следователь и органы дознания, если дознание заменяет следствие, вправе подвергнуть неявившегося приводу, с одновременным принятием в отношении уклоняющегося от явки тех же мер, что и в случае, предусмотренном в ст. 60 Уголовно-Процессуального Кодекса. В случае неявки свидетеля на суд при рассмотрении дела те же наказания могут быть наложены судом, рассматривающим дело, по которому данное лицо вызывалось в качестве свидетеля, без направления дела о нем в другое судебное место.

Обязанность явки свидетеля к органам дознания, следователю или к суду устанавливается уже ст. 60. Ст. 62, предусматривая те же обязанности и ту же санкцию в случае неявки, без особенной трудности могла бы быть редакционно объединена со ст. 60. Однако, ввиду некоторых отличий редакции, необходимо рассмотреть содержание этой статьи особо.

1. Пределы обязательности явки для свидетеля. Устанавливая для свидетелей обязанность явки по требованию следственных и судебных органов, Угол.-Проц. Кодекс карает за неисполнение ее лишь в том случае, если неявка произошла «без

уважительной причины». Указания в законе тех причин, которые должны признаваться уважительными, мы не находим, и потому вопрос этот должен решаться практикой. Необходимость в большем уточнении постановления закона успела уже проявиться в практической жизни. Одним из первых возник вопрос об обязательности явки свидетелей, проживающих в значительной отдаленности от места следствия или суда. Циркуляр НКЮ от 15 июня 1923 г. № 126 дает следующие разъяснения по этому предмету прокурорам, судам и трибуналам всех наименований:

«В практике нарследователей и судебных учреждений наблюдаются случаи вызовов для допроса в качестве свидетелей граждан, проживающих в значительной отдаленности (иногда через несколько губерний) от места их жительства, причем бывают случаи, когда вызываемые, вследствие неявки к допросу за отсутствием средств на передвижение, подвергаются лишению свободы и доставлению к месту допроса этапным порядком со всеми его стеснениями».

«Поэтому, за отсутствием в Угол.-Проц. Кодексе надлежащего освещения данного вопроса, всем следственным властям предлагается в виде общего правила поручать допросы граждан в качестве свидетелей в случаях проживания их в других губерниях или хотя и в пределах одной губернии, но в значительной отдаленности от места жительства, нарследователям, находящимся в районах, ближайших к месту жительства свидетелей. Вызовы свидетелей из отдаленных мест с удовлетворением их вознаграждением за отвлечение от занятий и возмещением понесенных ими расходов в порядке ст. 65 УПК можно производить лишь в исключительных случаях неясности или неполноты данных ими в месте жительства показаний в особенности, если свидетели являются очевидцами преступных деяний и, вообще, могут дать весьма существенные для дела показания».

«При поручении допросов свидетелей в месте жительства нарследователи сообщают вкратце содержание дела и существо вытекающего из дела обвинения с указанием обстоятельств, выяснения которых можно ожидать от свидетеля».

«Судебные учреждения вызывают свидетелей, проживающих в значительной отдаленности от места их жительства (очевидно: не жительства, а нахождения—*п. Л.*), также в исключительных случаях, когда свидетели являются очевидцами преступления или впервые обнаружившими и знающими вещественные по делу доказательства и следы преступления Нарсуды не должны требовать явки в заседание свидетелей, проживающих в других губерниях, ограничиваясь прочтением на суде тех из данных на предварительном следствии показаний, которые будут признаны имеющими значение для дела и об оглашении которых потребуют стороны при дополнении устного судебного следствия».

Приведенным циркуляром вводится у нас в качестве общего правила порядок следственных поручений, известный ранее уст. угол. суд., с тем, однако, видоизменением, что за следователями и судами сохраняется право в исключительных случаях вызывать свидетелей, проживающих даже в отдаленных местах.

Циркуляр не затрагивает вопроса о том, имеет ли право проживающий в отдаленном месте свидетель, получив повестку о явке и не имея возможности явиться к соответственному следователю, явиться к ближайшему следователю с просьбой снять с него показания и отослать таковые по месту производства следствия. Допущение такого порядка несколько сократило бы тяжесть свидетельской повинности.

Порядок следственных поручений (commissions rogatoires, как они именуются в международном праве) циркуляром от 11 мая 1923 г. за № 92 введен у нас и для допроса свидетелей, проживающих за границей. В таких случаях следственные и судебные органы составляют специальное постановление, в котором указывается, по какому делу, кого именно следует допросить, какие сведения получить или кому вручить повестку и т. д. Надлежащим образом заверенная копия этого постановления должна быть затем послана в НКЮ вместе со всеми приложениями (вопросным листом, повесткою и т. п.), который сносится с иностранным государством через посредство НКИД. Циркуляр рекомендует составление таких постановлений с необходимою полнотой и ясностью, чтобы они не представляли никаких затруднений при пользовании ими за границей или при переводе на иностранный язык, и допускает обращение к этой мере лишь в самых серьезных случаях, когда того безусловно будет требовать ход дела.

В числе других уважительных причин для неявки могут быть указаны: тяжкая болезнь, удостоверяемая врачебным свидетельством, смерть кого-либо из близких, стихийные препятствия, вызвавшие перерыв в средствах сообщения, мобилизация, семейные и хозяйственные причины особой важности, безусловно требовавшие присутствия лица дома, срочное служебное поручение без возможности передачи его другому лицу и т. п.

Обязанность явки включает в себя явку к определенному сроку и в таком состоянии, при котором свидетель способен дать свое показание. Поэтому, к неявке может быть приравниваемо такое опоздание, происшедшее по вине свидетеля, которое лишает суд возможности допросить его по делу, по которому свидетель вызывался, или явка в нетрезвом виде, когда допрос свидетеля оказывается невозможным, так как ответы его не будут достаточно сознательными.

2. Последствия неявки. Неявка влечет за собой ответственность для свидетеля в порядке ст. 60 Угол.-Проц. Код. Замечания, сделанные нами по поводу этой последней статьи в части об ответственности, распространяют свою силу и на данный случай. Лишь по

вопросу о правах органов дознания в ст. 62 внесена некоторая оговорка. Органы дознания могут подвергнуть ответственности (и приводу) неявившегося свидетеля лишь в том случае, если «дознание заменяет следствие». Значение этой оговорки не вполне ясно. Органы дознания рассматривались, как «заменяющие» судебного следователя по уставу угол. суд. (ст. 258) в случаях, когда до прибытия следователя следы преступления могли изгладиться, или преступник мог скрыться. Угол.-Проц. Код. не знает такой замены следователя, точно указывая права органов дознания по делам, где предв. следствие обязательно и где оно не обязательно (ст. 98). Толкуя оговорку ст. 62 по аналогии с прежним правом, мы должны были бы прийти к выводу, что ответственность за неявку наступает лишь по делам, по которым предв. следствие обязательно, и когда органы дознания принимают необходимые меры до вступления в дело следователя (ст. 99).

Помимо привлечения к ответственности неявившегося, возможен и *привод* его в принудительном порядке. Существо привода, как особой меры, не определено в Угол.-Проц. Код. Но по своему характеру он состоит в приглашении лица, к которому привод адресуется, следовать за органом, выполняющим привод, с угрозой применения принуждения в случае отказа. Применение этапного порядка и, тем более, лишения свободы приводимого, кроме самых крайних случаев, является недопустимым. Обязанность органа, выполняющего привод, состоит лишь в том, чтобы наблюсти за тем, чтобы явка была выполнена своевременно, и вызываемый не уклонился от этой обязанности.

Возложение расходов, сопряженных с необходимостью отсрочки заседания в виду неявки, допустимое в отношении неявившегося подсудимого (ст. 267), по отношению к неявившемуся свидетелю недопустимо (ст. 271).

3. Порядок допроса. Порядок допроса свидетелей следователем и судом определяется ст. 162—168 и 284—293 Угол.-Проц. Код. и тесно связан с построением предварит. и судебного следствия, в связи с которым он и должен быть рассмотрен.

Ст. 63. Эксперты вызываются в случаях, когда при расследовании или при рассмотрении дела необходимы специальные познания в науке, искусстве или ремесле.

Примечание 1. Вызов экспертов обязателен для установления причин смерти и характера телесных повреждений, а также для определения психического состояния обвиняемого или свидетеля в тех случаях, когда у суда или у следователя по этому поводу возникают сомнения.

Примечание 2. Порядок вызова и дачи экспертизы определяется в этих случаях особой инструкцией, издаваемой Народным Комиссариатом Юстиции по соглашению с Народным Комиссариатом Здравоохранения.

1. Понятие эксперта. Экспертом по Угол.-Проц. Код. является лицо, обладающее специальными познаниями в науке, искусстве или ремесле, приглашенное или допущенное следственной властью или судом к сообщению своего заключения относительно фактов, могущих иметь значение для дела и требующих особого исследования. В отличие от свидетеля эксперт не только обладает особыми специальными познаниями (они случайно могут иметься и у свидетеля), *но обязан предоставить свои знания в распоряжение суда*, тогда как свидетель обязан показывать только об известных ему фактах (ст. 166). На ряду с общегражданской обязанностью давать свидетельство на суде, для специалистов («сведущих людей») устанавливается таким образом особая обязанность оказания помощи суду в особо сложных случаях в целях правильного расследования истины. От выполнения этой обязанности они не вправе отказываться под угрозой ответственности.

Экспертом может быть как отдельное лицо, так и коллегия лиц и даже учреждение Коллегиальная экспертиза предусматривается ст. 173. Экспертиза учреждения возможна, напр., в виде заключения врачебного персонала психиатрической больницы по вопросу о невменяемости лица (ст. 200); она допускалась прежде в виде экспертизы экспедиции заготовл. гос. бумаг относительно подлинности или поддельности кредитных билетов и иных государственных бумаг; органом экспертизы могут являться также кабинеты научно-судебной экспертизы, о восстановлении которых в настоящее время существуют предположения. В то время как личная экспертиза предполагает обязанность эксперта давать личные объяснения на суде или у следователя, экспертиза учреждения поневоле выливается в форму письменного заключения, которое, по требованию следователя или суда, может быть дополняемо дальнейшими заключениями. Впрочем, практика допускала возможность поручения кому-либо из сотрудников учреждения лично явиться в суд для изустных пояснений или для развития представленной учреждением экспертизы. Выбор такого сотрудника зависит от учреждения, а не от суда.

2. Требование беспристрастия. Требование беспристрастия предъявляется к эксперту еще в большей мере, нежели к свидетелю, так как профессиональные знания легко могут становиться тенденциозными, т.-е. проникнутыми определенной предвзятой точкой зрения, и суд не всегда окажется в состоянии проверить правильность положенных в их основание положений. В виду этого ст. 48 устанавливает для экспертов те же основания к отводу, как и для судей. Эксперты могут быть отводимы сторонами, или сами устраняют себя от участия в экспертизе: 1) если эксперт является стороной (т.-е. по ст. 23 п. 6 также и представителем какой-либо из сторон) или родственником какой-либо из сторон; 2) если он или его родственники

заинтересованы в исходе дела; 3) если он участвовал в деле в качестве свидетеля, органа дознания, обвинителя, защитника, судьи или представителя интересов потерпевшего или гражданского истца по этому делу, однако предыдущее участие его в том же деле в качестве эксперта не может служить основанием к отводу, и 4) когда стороной будут указаны обстоятельства, вызывающие сомнение в беспристрастности эксперта (ст. 43, 45, 48).

Отвод предъявляется следователю или суду, рассматривающему дело.

3. Компетентность экспертов. Угол.-Проц. Кодекс, в отличие от нашего прежнего уст. угол. суд, не перечисляет представителей отдельных профессий, могущих быть экспертами, предоставляя усмотрению суда решение вопроса о компетентности эксперта в области той или иной науки, искусства или ремесла. Это налагает обязанность на суд, предварительно вызова или допроса эксперта, удостовериться в том, насколько он является компетентным, т.-е. достаточно сведущим для дачи соответственного заключения. Формальным удостоверением компетентности является свидетельство или аттестат, выданные государственно признанным учреждением или корпорацией, уполномочивающие лицо на занятие определенной профессиональной деятельностью. Однако, не во всех случаях это формальное удостоверение является достаточным. Суд может руководиться дополнительными данными, как-то: профессиональной или научной репутацией данного лица, специальной рекомендацией или отзывом, сообщенным о нем от ученого общества, корпорации, начальства, давностью стажа его практической работы и пр. Эксперт не вправе отказываться от ответов на вопросы суда и сторон относительно характера его научной или профессиональной квалификации. В отдельных случаях Угол.-Проц, Кодекс определенно указывает на характер необходимой квалификации. Так, для производства медицинского или психиатрического освидетельствования определенно требуется приглашение врача (ст. 195, 198).

4. Судебно-медицинские эксперты. При производстве медицинских осмотров и освидетельствований (осмотра и вскрытия трупов ст. 193, освидетельствования лиц для определения характера телесных повреждений или изнасилования ст. 191, 193, для определения возраста лица, ст. 141, для определения психического состояния обвиняемого ст. 196—201, для определения способности лица быть свидетелем ст. 61 прим.) в первую очередь следователем и судом должны быть приглашаемы судебно-медицинские эксперты. Лишь при отсутствии их или затруднительности их вызова может быть приглашен ближайший врач (ст. 193). Институт судебно-медицинских экспертов был создан у нас в октябре 1918 г. при НКЗ, при чем первоначально в центре имелся отдел медицинской экспертизы, а в губерниях—подъотделы. После про-

изведенного сокращения, с октября 1922 г., НКЗ'ом была принята следующая схема организации судебно-медицинской экспертизы: 1) в центре при лечебном отделе организована секция судебно-медицинской экспертизы, 2) в губерниях и областях при лечебных подъотделах ОЗ учреждена должность губернского судебно-медицинского эксперта и 3) в уездах и городах имеются подчиненные губ. эксперту уездные и городские судебно-медицинские эксперты по одному на уезд, а в городах—на каждые 100.000 жителей [1]). Местные учреждения могут увеличивать число суд.-мед. экспертов, но содержание их в таком случае относится на местные средства. Судебно-медицинские эксперты являются должностными лицами, несущими свои обязанности не только по началу процессуального принуждения, но и по долгу службы. Губернский медицинский эксперт является той инстанцией, в которую должен обратиться следователь или суд в случае признания общеврачебной экспертизы недостаточно ясной или неполной, а также в случае разногласия между экспертами (ст. 193, 300). Права и обязанности судебно-медицинских экспертов определялись положением о судебно-медиц. экспертах (С. У. 1921, № 75, ст. 616), намечавшим их значительно шире, чем экспертов вообще. Но с изданием Угол.-Проц. Код. следует признать эти особые права отпавшими. Так, ст. 5 заключениям таких экспертов придавалась обязательная сила, ст. 7 им предоставлялось требовать для обозрения все относящиеся к данному случаю документы и вещественные доказательства и даже весь следственный материал; далее. ст. 8 предоставляла им право просить о возобновлении судебного следствия, ст. 18—производить освидетельствования живых и осмотры трупов в отсутствие следователя и т. д. (см. статью *В. Лучанинова* о постановке судебно-медицинской экспертизы в связи с введением Угол.-Проц. Код. Еженед. Сов. Юст. 1922 № 35). Как указывает прим. 2 к ст. 63, порядок вызова и дачи судебно-медицинской экспертизы должен определяться особой инструкцией, издаваемой НКЮ по соглашению с НКЗ. До сих пор, однако, такой инструкции, в соответствии с новым кодексом, еще не издано и приходится пользоваться положением 1921 г. с соответственными изменениями.

5. Обязательность экспертизы. По общему правилу производство экспертизы зависит от усмотрения следователя или суда, причем вопрос о ней может быть возбужден, как по собственной инициативе их (ст. 63), так и по ходатайству сторон (ст. 112, 169, 253, 300). Отказ сторонам в производстве экспертизы может последовать не иначе, как посредством мотивированного постановления следователя или суда (ст. 114, 253), причем, если следователь или суд признают, что экспертиза может иметь значение

---

[1]) См. статью *Я. Лейбовича*—Судебно-медицинская экспертиза при НЭП'е или Сов. Юст. 1923, № 2.

для дела, то они обязаны удовлетворить ходатайство стороны (ст. 112, 254). На ряду с обвинителем и обвиняемым экспертизы может требовать и гражданский истец для определения размеров причиненного ему вреда или ущерба, причем в таких случаях экспертиза производится в порядке Гражд. Проц. Код. (ст. 152—162 Гр. Проц. Код.). Сторонам предоставляется также просить о вызове в качестве экспертов указанных ими лиц, если последние удовлетворяют требованиям, выставляемым для экспертов. Следователь может отказать в таком вызове обвиняемому лишь в том случае, если признает, что вызов указанного эксперта невозможен или грозит затянуть предварит. следствие (ст. 169), а суд в период приготовительных распоряжений обязан удовлетворить просьбу о вызове указанных сторонами экспертов (ст. 253), при открытии же судебного заседания он может предоставить сторонам пригласить требуемых ими экспертов средствами самих сторон (ст. 273). Требования прокурора о вызове определенных лиц в качестве экспертов обязательны для следователя (ст. 118), а для суда имеют такое же значение, как и ходатайства сторон вообще (ст. 253, 273). Число экспертов на предв. следствии определяется следователем (ст. 169) [1]), а на судебном следствии не ограничена, но суд, сообразуясь с обстоятельствами дела и с имеющимися ассигнованиями на эту цель, может отказать в вызове всех указанных сторонами экспертов, предоставив пригласить остальных за счет самой стороны.

Обязательность экспертизы, независимо от просьбы о том сторон, в случае имеющихся у следователя или суда сомнений установлена: 1) для определения причин смерти, если имеются основания предполагать, что смерть была насильственной. В этих случаях эксперт, в сущности, производит не только экспертизу, но сложный осмотр (ст. 193) в присутствии следователя и понятых (ст. 194), причем составленный акт осмотра является совместным актом врача и следователя (ст. 195). 2) Производство экспертизы, далее, обязательно для определения характера телесных повреждений. По классификации, принятой уголовным кодексом, телесные повреждения разделяются на тяжкие, менее тяжкие и легкие, причем в основу деления положен так наз. патологический критерий, надлежаще характеризовать который способен лишь врач (ст. 149—153 Уг. Код.). Поэтому обязательное участие медицинского эксперта явствует само собою. Правила для составления заключений о тяжести повреждения утверждены НКЮ и НКЗ 16 ноября 1922 г. и сообщены к руководству судебным и следственным органам циркуляром НКЮ № 146, 1922 г. (См. Еженед. Сов. Юстиц. № 46—47). В делах о растлении несовершеннолетних (ст. 167) и изнасиловании (ст. 169) производство медицинской экспертизы обязательно

[1]) Однако, „в случае требования обвиняемого, следователь помимо избранных им экспертов может вызвать и эксперта, указанного обвиняемым".

лишь по требованию какой-либо из сторон. Следователь или суд поступят с надлежащей осмотрительностью, если будут производить ее по общему правилу, в особенности при отсутствии других достоверных доказательств. 3) Экспертиза для определения психического состояния обвиняемого требуется лишь „при наличности в деле указаний на невменяемое состояние обвиняемого во время совершения преступления или на болезненное расстройство душевной деятельности, возникшее после совершения преступления" (ст. 196). Обязательной психиатрической экспертизы всех обвиняемых по преступлениям большей тяжести Угол.-Проц. Код. не установлено. Однако, повидимому, не только полная невменяемость (ст. 17 Угол. Код.), но и частичные психические анормальности могут служить основанием к производству исследования психического состояния. Так, ст. 25 Угол. Код. предписывает суду исследование того, было ли совершено преступление в состоянии „запальчивости"; ст. 46 Уг. Код. предоставляет суду вместо наказания или в дополнение к нему помещать лиц осужденных в учреждения для умственно и морально-дефективных. У суда, таким образом, может возникнуть потребность определения психического состояния обвиняемого в целях смягчения наказания или применения указанной меры социальной защиты. Ничто не препятствует суду в таких случаях прибегнуть к медицинской экспертизе, хотя она в данном случае не является обязательной в смысле прим. 1 к ст. 63.

Обязательно ли для суда производство психиатрической экспертизы в том случае, если вопрос этот возбуждается стороной впервые на судебном следствии? Ст. 321 обязывает суд ставить на свое разрешение вопрос о вменяемости подсудимого „в тех случаях, когда он возникал во время предварительного и судебного следствия". Сторона не лишена возможности возбуждать этот вопрос, и суд в таких случаях должен руководствоваться ст. 273 или 302 (смотря по тому, в какой момент судебного заседания вопрос возбужден), причем в обоих случаях он откладывает дело в зависимости от того, насколько обстоятельства, указываемые сторонами в обоснование своего ходатайства (ст. 272), дают основание считать вопрос о вменяемости сомнительным.

6. Оценка показаний экспертов. Приравнивая экспертизу к другим доказательствам, Угол.-Проц. Кодекс распространяет и на оценку ее правило ст. 319 об оценке доказательств по внутреннему убеждению суда. Однако, в отношении экспертизы, как доказательства квалифицированного, имеются специальные особенности. Так, ст. 293 ч. 3 указывает, что „заключение экспертов для суда не обязательно, однако несогласие суда с экспертизой должно быть им подробно мотивировано в приговоре или особом определении". Правило это (которое уместнее перенести из главы о судебном заседании в гл. XXIV о вынесении приговора) обязы-

вает суд считаться с заключением экспертов и не отвергать их путем голословного отрицания.

Другое употребленное в кодексе средство закрепления значения экспертизы касается лишь экспертизы судебно-медицинской. Ни следователь, ни суд не вправе отвергнуть произведенную судебно-медицинскую экспертизу в виду ее неясности или неполноты без предварительного обращения с просьбой о производстве новой экспертизы в губернские отделы здравоохранения[1]). Для таких случаев вводится двойная экспертиза. Суд должен иметь веские соображения, чтобы отвергнуть заключения такой квалифицированной экспертизы.

Ст. 64. Лицо, вызываемое в качестве эксперта, обязано явиться и участвовать в осмотрах и освидетельствованиях и давать заключения. В случае неявки без уважительных причин, а также в случае отказа без законных оснований от исполнения своих обязанностей, к экспертам применяются такие же меры, что и в отношении свидетелей (ст. 60 и 62 Угол.-Проц. Код.).

1. Обязанности экспертов. Обязанности экспертов распадаются на: а) обязанность явки, б) обязанность участия в осмотрах и освидетельствованиях и в) обязанность дачи заключения.

а) Обязанность явки. Возможность для следователя и суда обязывать экспертов явкою стоит вне сомнения. Неясными являются пределы этого права для органов дознания. Ст. 99, определяющая права этих органов при производстве расследований по делам, где предварит. следствие обязательно, специально не упоминает о возможности вызова и допроса экспертов, хотя и предоставляет этим органам производить осмотры и освидетельствования при опасении, что следы преступления или вещественные доказательства смогут быть уничтожены или скрыты. Нужно думать, что в данном случае они обязаны, согласно последней части ст. 99, испросить разрешение прокурора, который либо разрешает производство осмотра или освидетельствования через эксперта в своем личном присутствии, либо передает дознание следователю По делам, где предварительное следствие необязательно, органы дознания могут приглашать экспертов, согласно ст. 101 (кроме случаев необходимости определения психологического состояния обвиняемого, так как в этой статье не содержится ссылки на ст. 196—201, определяющие порядок производства этой меры). Эксперты не вправе отказываться от явки без наличности уважительных причин (см. выше относительно уважительных причин неявки для свидетелей). Но пределы уважительности для экспертов могут быть толкуемы несколько шире в виду того, что

---

[1]) Указание в ст. 174 на уездные органы здравоохранения является ныне анахронизмом в виду упразднения судебно-медицинских должностей при этих органах.

эксперт, в отличие от свидетеля, является заменимым в деле лицом. По этому же соображению можно сомневаться и в том, подлежат ли эксперты приводу в принудительном порядке в случае своей неявки, хотя ссылка на ст. 62 как будто свидетельствует о допустимости этой меры.

б) Обязанность участия в осмотрах и освидетельствованиях налагает на эксперта определенные обязанности (выехать в указанное место осмотра, произвести определенные действия по исследованию вещественных доказательств, освидетельствованию лица, вскрытию трупа), но вместе с тем предоставляет ему и определенные возможности к надлежащему выполнению этих обязанностей. Так, следователь или суд должен изложить эксперту те пункты, по которым требуется получить его заключение, к которым обвиняемый (правильнее сказать—стороны) может прилагать и свои дополнительные вопросы. Для дачи надлежащего заключения эксперт имеет право, с разрешения следователя, знакомиться с теми обстоятельствами дела, какие окажутся необходимыми уяснить (ст. 171). При недостаточности этих данных, он может обратиться к прокурору или суду с просьбой о расширении этих материалов (ст. 171). Эксперт может просить следователя о приобщении к делу того или иного вещественного доказательства. Эксперт может приносить жалобы прокурору на действия следователя, стесняющие его права по производству экспертизы (ст. 212). Вызванные в суд эксперты присутствуют при производстве всего судебного следствия, если только суд, по собственной инициативе, или по ходатайству кого-либо из сторон, не признает необходимым удалить их из залы заседания (ст. 275) Правом самостоятельного допроса свидетелей на суде эксперты не пользуются, но они могут просить суд о предложении свидетелям тех или иных вопросов, выяснение которых имеет значение для экспертизы. Точно также, по ходатайству экспертов, судом может быть оглашен письменный документ, важный для экспертизы. В частности, эксперт может просить суд об оглашении заключения, данного им на предварительном следствии в подкрепление или уточнение его показания на суде. Следует думать, что такое ходатайство может быть возбуждено и стороною в случае противоречия заключения эксперта с тем, которое было им дано на предварит. следствии, по аналогии с оглашением показаний свидетелей по ст. 296. Однако, эксперт не должен вмешиваться в распоряжения следователя или суда, опровергать правильность показаний, данных свидетелями, или входить в оценку доказательств, поскольку то не оправдывается безусловными требованиями дачи экспертизы.

3. Обязанность дачи заключения. Эксперт, как гласит ст. 170, должен представить заключение „строго согласное с обстоятельствами дела и данными тех специальных знаний, для (выяснения) которых вызван эксперт". Эта обязанность имеет

строго личный характер, и потому эксперт не может поручить выполнение ее кому-либо из своих помощников или прислать в суд какую-либо из своих работ, в которой суд может найти разъяснение интересующего его вопроса. Заключение, представляемое экспертом, может быть как устным, так и письменным. Устное заключение эксперт дает на судебном следствии (ст. 298, ч 2), но затем оно должно быть записано и приобщено к делу. Помимо записи, составляемой самим экспертом (ст. 298, ч. 2), закон требует ведения протокола экспертизы, в который вносятся все действия экспертов, вопросы, предложенные ему следователем, сторонами, мнение понятых о действиях эксперта, кажущихся им сомнительными, и т. д. (ст. 173, 194, 195, 168). Протокол этот подписывается следователем и экспертом (ст. 168, 195). На судебном следствии все эти данные включаются в протокол судебного заседания (ст. 30).

Далее заключение экспертов может быть индивидуальным или коллективным. Коллективная дача заключения допускается при единогласии экспертов, причем для выработки такого общего заключения им, по их требованию, должна быть предоставлена возможность совещаться между собою (ст. 172). Такое совещание может происходить вне камеры следователя или залы судебного заседания. Следователь или судья не могут настаивать на допущении их к присутствованию на совещании экспертов, так как этим может быть нарушена самостоятельность экспертизы, как доказательства. В случае единогласия результаты экспертизы могут быть изложены одним из экспертов по их выбору. Это не лишает, однако, стороны права задавать вопросы каждому эксперту в отдельности. При отсутствии единогласия, выводы должны быть изложены каждым из экспертов в отдельности. Указание закона на единогласие не должно быть толкуемо ограничительно. Поэтому, если эксперты пришли к единогласию по одним пунктам, но расходятся по другим, то мнение относительно первых может быть изложено коллективно. Точно также, если не все эксперты, а лишь некоторая часть их пришли к определенному мнению, то коллективное заключение может быть представлено от определенной части экспертов.

Заключение экспертов должно быть мотивировано. Эксперт должен изложить научные или практические основания, по которым он приходит к определенным выводам, сделав их наиболее доступными для проверки суда и сторон. С этою целью эксперту должно быть разрешено ссылаться на научные сочинения, справочники и пр. с предъявлением их суду в случае требования о том, демонстрировать свои утверждения опытами, если соответственные выводы не являются научно бесспорными, употреблять средства и приборы, позволяющие более отчетливо воспринимать результаты экспертизы (напр., микроскопы, световые проекции, химические реактивы). В случае изложения экспертом голословных мнений суд и стороны могут спраши-

вать эксперта о том, чем он может подкрепить свое мнение. Если наука или искусство, в области которых эксперт является специалистом, не дают определенного решения предложенного ему вопроса, эксперт обязан прямо сообщить о том суду и, представляя по этому предмету свои собственные предположения, должен специально оговорить такой их характер.

2. Ответственность экспертов. Ответственность для эксперта за неявку и отказ от исполнения обязанностей строится по тем же началам, как и ответственность для свидетелей. Здесь мы также находим несогласованность между постановлениями Гражд. Проц. Кодекса, угрожающими эксперту в таких случаях лишь процессуальным штрафом от 3 до 10 руб. зол. (ст. 51) и Угол.-Проц. Код., угрожающим принуд. работами и штрафом до 300 руб. зол. (ст. 104 а угол. код.). Различие между „уважительными причинами неявки" и „законными основаниями к отказу от исполнения обязанностей" не вполне ясно. Кроме того эксперт отвечает по ст. 178 Уг. Код. за „заведомо ложное показание", под которым следует разуметь явное извращение экспертом научных данных или обнаруженных им при осмотре или освидетельствовании обстоятельств [1]).

Ст. 65. Свидетели и эксперты имеют право на возмещение понесенных ими расходов по явке и на вознаграждение за отвлечение от обычных занятий; эксперты имеют право и на вознаграждение за выполнение ими своих обязанностей. Размеры сумм, подлежащих уплате свидетелям и экспертам, определяются особыми инструкциями Народного Комиссариата Юстиции.

Согласно циркуляру НКЮ от 31 июля 1922 г. № 65 (п. 9), впредь до издания таксы вознаграждения свидетелей и экспертов, при определении размеров сумм, подлежащих уплате им, надлежит руководствоваться правилами, изложенными в ст. 56 [1] полож. о нар. суде (С. У. 1922, № 17, ст. 173) [2]). Приказом Реввоенсовета Республики 1923 г. за № 633 оплата труда экспертов по производству экспертизы в военных трибуналах определяется за каждый час судебного заседания, но не менее, как за два часа, в размере часовой тарифной ставки 26 разряда

---

[1]) О вознаграждении экспертов см. приложение II в конце книги.

[2]) Ст. 56 [1] гласит: „За вызванными в суд свидетелями сохраняется право на получение заработной платы по месту их службы или работы. Лица, получающие средства к существованию от занятий сельским или домашним хозяйством, кустарным промыслом или ремеслом, получают вознаграждение из общ государственных средств в размере минимума заработной платы, установленно о для данной местности; в случае проживания свидетеля вне района данного народ ого суда, он получает прогонные в размере фактической стоимости проезда.

Вознаграждение экспертов производится на тех же основаниях, как и вознаграждение свидетелей; сверх того, они получают ос бое вознаграждение за делаемые ими заключения в порядке с ельной платы по тарифу, установленному соответственными профессиональными органами.

единого военного тарифа. Суммы, выданные свидетелям и экспертам, включаются в состав судебных издержек и подлежат взысканию в порядке, определенном ст. 88—90 Угол.-Проц Код. Сюда же включаются и суммы, израсходованные на посылку повесток и возвращение обратных экземпляров их свидетелям и экспертам (см. цирк. НКЮ № 64 от 27 июля 1922 г.).

Право на получение вознаграждения свидетель имеет лишь после явки к следователю или суду. Посылка денег авансом на расходы (хотя бы, напр., для взятия железнодорожного билета) не практикуется. Для экспертов под вознаграждением за выполнение обязанностей разумеется не только вознаграждение за понесенный ими труд, но и возмещение им расходов, связанных с исследованием вещественных доказательств (химический анализ, фотографирование, препарирование и пр.). В особо сложных делах вознаграждение экспертов, в виду трудности определения количества затраченного труда по таксе, может быть устанавливаемо особым определением суда.

Ст. 66. Вещественными доказательствами являются предметы, которые служили орудиями преступления, сохранили на себе следы преступления или которые были объектами преступных действий обвиняемого, а также все иные предметы и документы, которые могут служить средствами к обнаружению преступления и открытию виновных.

Вещественными доказательствами, с научной точки зрения, являются те предметы и изменения в предметах, которые доступны непосредственному наблюдению следственных или судебных органов, и которые могут помочь последним установить путем ряда умозаключений учинение или неучинение определенным лицом определенного преступления. Угол. Проц. Кодекс в ст. 66 сначала дает конкретный перечень некоторых видов вещественных доказательств, а затем излагает и общее их определение.

1. По своему **характеру и доказательственной силе** вещественные доказательства могут быть существенно различны.

Наиболее близкими к совершению преступления являются те предметы, которые, по выражению закона, были *объектами* преступных действий обвиняемого, напр., поддельный документ при обвинении в подлоге, похищенное имущество при краже, труп при убийстве и пр. Предметы эти, поскольку они были обнаружены при подозреваемом или в его жилище, носили в нашем старом праве название *поличного* и считались решительной уликой против лица (см. остаток этого воззрения в п. 3 ст. 100 Угол.-Проц Кодекса). Отсутствие объекта преступления порою может сделать шатким все обвинение. Так, старинное английское право не допускало осуждения лица за убийство, если не был найден труп убитого,—в виду возможности судебной ошибки. В настоящее время, при отсутствии таких веществ. доказательств, суду может быть рекомендована лишь особая тщательность в исследовании других доказательств.

Вторую группу вещественных доказательств представляют *орудия преступления*, т.-е. те предметы, при помощи которых произведено преступление: оружие или предметы, которыми были нанесены раны, орудия взлома, агитационная литература при наказуемой агитации, орудия фальсификации или подделки и пр.

В виду того, что орудия преступления издавна подлежали конфискации (ср. ст. 69 *п. 1*), государственная власть раньше была заинтересована в крайне распространительном толковании этого понятия, конфискуя порою, напр., животное, причинившее вред человеку, или завод, выделывавший недозволенные предметы (*п. 7*). Однако, орудиями преступления следует признавать лишь те предметы, которые умышленно были употреблены человеком для совершения преступления и при том лишь в том случае, если они являлись движимыми предметами, т.-е. способны были быть орудием в руках человека. Доказательственное значение орудий преступления проявляется в том случае, если можно установить известную причинную связь между употреблением этих предметов и изменениями в состоянии объекта преступления (напр., объяснить характер поранения применением данного именно оружия, или смерть действием данного яда, найденного у подозреваемого).

Третью группу вещественных доказательств составляют *следы преступления*, т.-е. такие, вызванные преступлением, изменения в окружающей обстановке, по которым можно выяснить обстоятельства преступления или личность виновного. Следы, оставляемые преступлением и преступником, могут быть весьма разнообразными: знаки повреждений, пятна крови, положение жертвы и пр. За последнее время особенное значение приобрели следы, мало привлекающие к себе внимания, но вместе с тем имеющие порою большое доказательственное значение: отпечатки пальцев, волоски с одежды или из тела и т. д. Трудно уловимый след преступления может быть воспринимаем даже не непосредственно человеком. Напр., собака-ищейка, улавливающая запах преступника, есть, конечно, не самостоятельное доказательство, а способ выявления вещественного доказательства (запаха), непосредственно не воспринимаемого человеком. Изучение следов преступления составляет в настоящее время важный отдел криминалистики и производится при помощи точных наук в приложении их специально к судебным нуждам (судебная химия, суд. фотография, дактилоскопия, токсикология и пр.). В виду такого значения следов преступления и того, что доказательственная сила их может быть во многом утрачена при отделении от общей обстановки преступления, Угол.-Проц. Кодекс содержит ряд правил к охране следов преступления, уполномачивающих органы дознания и следователя на принятие даже чрезвычайных мер. Так, органам дознания предоставляется, даже по делам, где предварит. следствие обязательно, производить осмотры, выемки, обыски, освидетель-

ствования, когда имеются опасения, что следы преступления и другие вещественные доказательства могут быть уничтожены или скрыты (ст. 99); следователь может применить взятие под стражу в качестве меры пресечения при опасении, что обвиняемый, находясь на свободе, скроет следы преступления (ст. 158); суд может выехать в полном составе на место преступления для осмотра следов преступления или поручить это одному из своих членов (ст. 301). При производстве осмотров на предв. следствии требуется участие понятых, удостоверяющих правильность всего виденного ими (ст. 194). От протокола осмотра требуется особая тщательность: в него должно заноситься все в той последовательности, в какой оно осматривалось и открывалось, и в том именно виде, в каком оно в момент осмотра находилось (ст. 192).

Остальные виды вещественных доказательств могут быть означены названием *вещественных улик*. Сюда относятся, напр., план места преступления, найденный у подозреваемого, одежда, в которой находился преступник во время совершения преступления, поскольку она была опознана очевидцами преступления или на основании следов, оставленных на месте преступления, вещи, найденные у подозреваемого и тождественные по своему качеству, сорту и другим родовым признакам с орудием совершения преступления, и пр. Доказательственная сила вещественных улик зависит от возможности установить их сходство с другими вещественными доказательствами и определить принадлежность этих последних именно данному лицу. Эти улики являются уже более шатким доказательством, и теория формальных доказательств запрещала строить обвинительный приговор только на одних таких уликах, не подкрепленных свидетельскими показаниями или собственным сознанием обвиняемого.

2. Наибольшую трудность представляет разграничение вещественных доказательств от **письменных доказательств в тесном смысле.**

Угол.-Проц. Кодекс, выставив в ст. 58 письменные доказательства, как особый вид, в ст. 66 как бы сливает их с вещественными доказательствами. Особого постановления о письменных доказательствах не содержится ни в главе о доказательствах, ни в других частях кодекса. Ввиду этого законодательный пробел должен быть восполнен толкованием. В отличие от Угол.-Проц. Кодекса, в Гражд. Проц. Кодексе мы находим раздел II гл. XV, посвященный письменным доказательствам (ст. 140—151). По ст. 140 Гр. Пр. Код. к ним относятся: всякие письменные акты, документы, переписка делового и частного характера Этот конкретный перечень, повидимому, не является исчерпывающим. В уголовном процессе, говоря о письменных доказательствах, законодатель разумеет, по преимуществу, протоколы допросов обвиняемого, свидетелей, экспертов, прото-

колы осмотров и др. следственных действий (см. ст. 299, 318). Но, конечно, возможны и другие письменные доказательства, напр., дневники и другие записи, которые делал подсудимый, переписка его с другими лицами, записи в официальных документах, книгах, выданные различными органами удостоверения и пр. Письменные документы по своей природе могут быть как вещественными доказательствами, так и письменными доказательствами в тесном смысле. Вещественным доказательством письменный документ является в тех случаях, когда наличие его у обвиняемого или на месте преступления само по себе может служить против него уликою, или когда он является непосредственным объектом преступления. Напротив того, такой документ явится письменным доказательством, если из *содержания* его можно установить факт, могущий иметь значение для дела. Различие этих двух видов покоится на методах исследования данного доказательства. Документ, составляющий вещественное доказательство, исследуется методом умозаключений по цепи физической причинности, как и прочие вещественные доказательства. Документ, составляющий письменное доказательство, подлежит исследованию с точки зрения достоверности содержащегося в нем фактического сообщения. Так, напр., вещественным доказательством будет паспорт убитого, найденный у подозреваемого, сфабрикованный им поддельный вексель в делах о подлоге, или отрывок из письма обвиняемого, взятый для сличения его почерка с вымогательным письмом, посланным потерпевшему. Во всех случаях содержание документа не имеет значения, важна их форма, внешность или связь с преступлением по их происхождению. Напротив того, письменным доказательством будет: переписка обвиняемого, из которой можно заключить об определенных фактах, как, напр., о том, что он собирался совершить данное преступление, или скрыть его; дневник, в котором излагаются переживания при совершении преступления или другие связанные с учинением преступления факты. К письменным доказательствам относятся также всякого рода протоколы, так как в них предметом рассмотрения являются удостоверяемые в них факты. Приведенное различие писанных вещественных доказательств и письменных доказательств в тесном смысле имеет следующее практическое значение. Первые для своего исследования могут требовать содействия экспертизы, вторые оцениваются судом самостоятельно; первые подлежат только объективному исследованию, вторые включают в себя и известный элемент доверия к лицу или органу, излагающему содержащиеся в них сведения или факты. Различие тех и других особенно наглядно в гражд. процессе. Так, документ, предъявленный в качестве письменного доказательства, в случае заявленного против него спора о подлоге (ст. 148—150), превращается в вещественное доказательство, исследуемое чисто объективным путем.

Среди письменных доказательств в тесном смысле особое место занимают *доказательства, служащие заменой или способом проверки устных свидетельских показаний и показаний обвиняемого.* Пользование этими доказательствами обычно обставляется рядом ограничений. По общему правилу, суд должен стремиться к получению наилучшего в смысле достоверности доказательства. Более достоверным является доказательство, ближе стоящее к его источнику. Естественно поэтому, что устные показания свидетеля или обвиняемого являются лучшим доказательством, поддающимся притом в большей мере всесторонней проверке, чем запись этих показаний, произведенная органами дознания или следователем. Наш Угол.-Проц. Кодекс, значительно расширяя возможность оглашения на суде таких письменных доказательств, все же подчиняет оглашение их определенным правилам (ст. ст. 294—297). Так, оглашение показаний подсудимого допускается лишь: 1) в случае противоречия показаний, данных подсудимым на судебном следствии, с показаниями его, данными на предварит. следствии или дознании, 2) в случае отказа подсудимого от дачи показаний на судебном следствии, 3) в случае отсутствия подсудимого на суде или смерти его.

Оглашение свидетельских показаний допускается: 1) в случае запамятования свидетелем каких-либо обстоятельств, 2) в случае противоречия данного на суде показания с показанием на предв. следствии или при дознании, 3) в случае неявки свидетеля, 4) в случае невызова свидетеля в суд. заседание, если суд о том сделает особое определение. При производстве дел в губернском суде оглашение показаний подсудимого и свидетелей может иметь место всякий раз по усмотрению суда, независимо от указанных условий (ст. 395). Если показания не были оглашены, то народный суд не в праве читать их в совещательной комнате при вынесении приговора (ст. 318), губернский же и Верховный суд не стеснены и этим ограничением (ст. 396). Таким образом, протоколы дознания и следствия поставлены у нас, в особенности при производстве в губ. судах, в одинаковое почти положение с устными показаниями свидетелей и подсудимого. Но при этом протоколы должны удовлетворять тем формальным требованиям, которые установлены для них ст. 78, иначе они лишены силы публичного акта.

Ст. 67. Вещественные доказательства должны быть подробно описаны, приобщены к делу особым постановлением следователя или определением суда и храниться в том суде или у того следователя, в производстве которого находится дело. В отдельных случаях вещественные доказательства могут быть впредь до окончания дела возвращены их владельцам, если последние о том ходатайствуют, и если удовлетворение этого ходатайства возможно без ущерба для производства дела.

Вещественные доказательства, не могущие храниться в

камере суда или следователя, опечатываются, по возможности фотографируются и подлежат хранению впредь до распоряжения соответствующих суда или следователя.

Настоящая статья является, как и последующие четыре, прямым развитием правила, изложенного в ст. 59. Постановления этих статей в значительной мере имеют инструкционный характер. Они в значительной мере дополняются инструкцией о приеме, хранении и сдаче вещественных доказательств, вещей, добытых преступлением, и вещей, подлежащих конфискации, опубликованной НКЮ при циркуляре от 3 октября 1922 г. за № 98.

Инструкция, в дополнение к ст. 67, указывает, что вещи, изъятые в качестве доказательств, если они по своей ценности, величине и т. п. требуют помещения в особое хранилище, передаются в хранение совнарсуда (ныне губсуда), Гохрана, Госбанка или кассы Наркомфина, о каковой передаче должно иметься в деле особое постановление и оправдательный документ об этой сдаче. При возвращении вещей их владельцам, от них отбирается расписка, которая должна храниться в деле. Дальнейшие правила касаются занесения вещ. доказательств в книги, нумерования их, хранения в особых ящиках и пакетах, ревизии их целости и сохранности и пр. Особая инструкция НКЮ от 17 февраля 1923 г. за № 31 устанавливает ряд мер к упорядочению постановки дела записи и хранения вещественных доказательств в уголовном розыске, предписывая прокурорам обращать внимание на прохождение вещ. доказательств, осматривать камеры хранения их в угрозыске, и следить за соблюдением правил кодекса относительно хранения вещ. доказательств, регистрации их, снабжения ярлыками, внесения в реестры и пр.

Ст. 68. При передаче дела из одного суда в другой, или от одного следователя другому следователю, вещественные доказательства обязательно препровождаются вместе с делом.

Примечание. Упаковка тех из вещественных доказательств, которые в зависимости от помещения и способов пересылки могут изменить свой состав или внешний вид, особенно при отсылке вещественных доказательств для исследования, должна производиться особенно тщательно, по возможности сведущими в этом людьми.

Говоря о передаче дела из одного суда в другой, ст. 68 имеет в виду суды первой инстанции Пересылка вещественных доказательств в кассационную инстанцию или при требовании дела в порядке надзора не требуется, так как в этих инстанциях дело не рассматривается по существу (см. замечания члена Верхсуда О. Карклина в статье «Пора серьезно подумать об улучшении судебного аппарата» в Ежен. Сов. Юст., 1923 г., № 27, стр. 605). Вещественные доказательства, сданные в особые хранилища, не подлежат пересылке, но орган, передающий де-

ло, обязан проверить, имеются ли в деле точные указания и документы, из которых можно было бы усмотреть, когда, куда и под какую квитанцию указанные предметы сданы на хранение (ст. 12 инстр. НКЮ от 8 окт. 1922 г.). О передаче вещественных доказательств орган, передающий дело, должен вынести специальное постановление, а орган, принимающий дело, составить акт приема, предварительно проверив целость веществ. доказательств и имеющихся на них печатей (там же, ст. 12, 13). Примечание к ст. 68 имеет чисто инструкционный характер и указывает на необходимость соблюдения определенных технических правил.

Ст. 69. В приговоре или в определении о прекращении дела должно содержаться указание на судьбу вещественных доказательств, при этом:

1) орудия преступления подлежат конфискации;

2) вещи, запрещенные к обращению, не выдаются и подлежат передаче в соответствующее учреждение или подлежат уничтожению;

3) вещи, не представляющие никакой ценности и не могущие быть использованными, подлежат уничтожению; в случаях ходатайства заинтересованных лиц и учреждений о выдаче им этих вещей ходатайство может быть удовлетворено, если суд признает, что к такой выдаче не имеется препятствий;

4) остальные вещи выдаются владельцам; в случае спора о принадлежности этих вещей спор этот подлежит разрешению в порядке гражданского судопроизводства.

Правила, изложенные в этой статье, отчасти повторяются в ст. 331, помещенной в главе о вынесении приговора. Они развиваются далее в Инструкции НКЮ от 8 октября 1922 г. № 98.

О понятии «орудия преступления» нами было сказано выше применительно к ст. 66. Конфискация орудий преступления, нужно думать, должна иметь место лишь в тех случаях, когда эти орудия принадлежали виновному или относятся к числу предметов, запрещенных к обращению. Едва ли было бы справедливо лишать потерпевшего от кражи принадлежащего ему топора, если преступник воспользовался этим топором для взлома шкафа, в котором находились вещи потерпевшего.

Вещи, запрещенные к обращению, подлежат конфискации или уничтожению. Упомянутая выше инструкция НКЮ обязывает судебные органы направлять: конфискованное орудие—в органы военного ведомства, ценности и металлические деньги—в Гохран, бумажные деньги—в Госбанк или местные кассы НКФ, спирт и спиртосодержащие вещества—в органы Центроспирта или в местные органы НКЗ, фальшивые денежные знаки—в Госбанк, агитационную преступную литературу—в органы Политпросвета, предметы, представляющие орудия преступления, фотографические карточки обвиняемых и др. предметы, собираемые музеем

Угрозыска Республики,—в означенный музей, а все остальные предметы—в органы Собеса. Вещи, признанные бесхозяйными, направляются в том же порядке, как и конфискованные, (ст. 16 инстр.).

Уничтожение вещей, признанных не представляющими никакой ценности, должно производиться в особом порядке, через особую комиссию или соответственные органы других ведомств (военные, милицию, НКЗ) под наблюдением специально командированных представителей органа, делающего постановление об уничтожении, при чем о состоявшемся уничтожении делается отметка в деле (ст. 17 инстр.). Следует, однако, указать, что вещественные доказательства, хотя и не представляющие сами по себе особой ценности, но являвшиеся в деле существенными уликами виновности (напр., подложные документы), хранение которых вместе с делом не представляет особых затруднений, не должны быть уничтожаемы в виду возможности возобновления дела (ст. 375).

Вещи, подлежащие возвращению их владельцам, хранятся в течение 6 месяцев после вступления приговора в законную силу, после чего в случае неистребования их они по особому распоряжению суда направляются в том же порядке, как и вещи бесхозяйные (ст. 17 инстр.). Вещи, отнятые от владельцев путем преступления, возвращаются последним судом без предъявления ими гражданского иска (ст. 331).

Ст 70. Вещественные доказательства хранятся до вступления приговора в законную силу или до постановления судом определения о прекращении дела. В тех случаях, когда спор о праве на вещи подлежит разрешению в исковом порядке, вещественные доказательства хранятся до вступления в законную силу решения, вынесенного по данному делу в порядке гражданского судопроизводства.

Ст. 70 определяет не столько срок хранения вещественных доказательств, сколько момент, с которого должна начаться ликвидация их и в частности, с какого они могут быть возвращены их владельцам (ср. ст. 331). Этот момент определяется вступлением приговора в законную силу (ст. 342). При постановке судебного приказа, несмотря на правило ст. 369 о немедленном вступлении его в силу, надлежит выждать истечения трехдневного срока, в течение которого обвиняемый может возбудить ходатайство о судебном рассмотрении дела (ст. 370). Ст. 70 говорит о прекращении дела судом. Если дело прекращено прокурором в стадии дознания (ст. 105 п. 1), то вопрос о судьбе вещественных доказательств должен быть внесен прокурором на разрешение суда.

Ст. 71. Вещественные доказательства, подвергающиеся быстрой порче, если не могут быть возвращены владельцу немедленно, сдаются в подлежащие государственные учреждения для обращения в употребление. В случае оказавшейся необхо-

димости возвратить впоследствии вещественные доказательства, получившие их учреждения возвращают их теми же предметами или их денежным эквивалентом.

Хотя ст. 71 говорит о вещественных доказательствах вообще, однако, по существу дела, здесь следует иметь в виду лишь предметы, добытые путем преступления, так как прочие виды вещественных доказательств, даже если они могут подвергаться порче. должны быть приобщаемы к делу с принятием особых мер предосторожности от быстрой порчи. Передача этих вещей в учреждения, естественно, целесообразна лишь в тех случаях, когда они имеются в таком количестве, которое представляет некоторую ценность для населения. Учреждения, принимающие такие вещи, должны при приеме их составить опись и оценку таких вещей на случай возвращения их в форме денежного эквивалента.

Ст. 72. В случае надобности судом или следователем могут быть вызываемы переводчики. Переводчики имеют право на возмещение понесенных ими расходов по явке и на вознаграждение за исполнение своих обязанностей. Размеры сумм, подлежащих уплате переводчикам, определяются особыми инструкциями Народного Комиссариата Юстиции.

Ст. 73. В случае уклонения переводчиков от явки или от исполнения своих обязанностей на суде и следствии, к ним применяются меры, указанные в ст. ст. 60 и 62 настоящего кодекса.

Переводчики, согласно ст. 167, должны быть приглашаемы при допросе лица, говорящего на языке, непонятном для следователя. Если следователь владеет иностранным или местным языком, он может обходиться без переводчика. В таком случае перед подписанием протокола допрашиваемым лицом следователь должен прочесть ему означенный протокол в переводе на тот язык, на котором говорит допрашиваемый (ст. 168). К переводчикам должны быть приравниваемы лица, понимающие знаки немого и глухого (толмачи), хотя они специально и не упоминаются в ст. 72. Переводчики обязаны удовлетворять тем же требованиям беспристрастности, как и эксперты, и могут быть отводимы сторонами (ст. 48). Они несут ответственность по ст. 178 Уг. Код. за умышленно-неправильный перевод. В случае неявки или отказа от исполнения обязанностей они подвергаются тем же мерам взыскания, как и свидетели или эксперты. Вознаграждение переводчикам уплачивается по правилам, установленным для экспертов (п. 9 инструкции о введении в действие Угол.-Проц. Код. от 31 июля 1922 г.).

Ст. 74. При производстве обысков и выемок следователем призываются понятые. Понятыми не могут быть лица, участвующие в деле в качестве сторон, а также родственники сторон.

Ст. 75. Понятые имеют право на возмещение понесенных

ими расходов по явке и на вознаграждение за отвлечение их от обычных занятий. Размер сумм, подлежащих уплате понятым, определяется особыми инструкциями Народного Комиссариата Юстиции.

Ст. 76. В случае отказа понятых от явки или исполнения их обязанностей следователем могут быть применены к ним те же меры, что и в отношении свидетелей, экспертов и переводчиков (ст. 60 и 62 Угол.-Проц. Код.).

Понятые представляют собою институт, свойственный лишь предварительному следствию, в виду чего кодекс в указанных статьях говорит лишь о вызове их следователем. Правда, в дальнейших статьях (99, 101) предполагается привлечение понятых и при производстве дознания, вследствие чего редакция ст. ст. 74—76 должна быть несколько расширена. Суд при производстве личных осмотров, хотя бы через одного из своих членов, не обязан прибегать к содействию понятых (ст. 301). Понятые представляют собою некоторую замену принципа гласности, не допускаемого на предв. следствии и дознании. Они свидетельствуют о правильности составленного следователем протокола и соответствии его с теми действиями, которые предприняты при производстве обыска, выемки или осмотра, в удостоверение чего скрепляют протокол своими подписями (ст. 78). Понятым при обыске или выемке должны быть предъявляемы отбираемые предметы (ст. 183). Ст. 74 говорит о присутствовании понятых лишь при обыске и выемке, но из текста ст. 194 мы узнаем, что присутствование понятых возможно при медицинском осмотре. Впрочем, при этом последнем понятые играют скорее роль простых зрителей: они не подписывают протокола (ст. 195) и лишь могут заявлять свое мнение о тех действиях врача, которые покажутся им сомнительными; мнения эти заносятся в протокол (ст. 194).

Понятыми могут быть любые местные жители, достигшие совершеннолетия. При освидетельствовании лиц по ст. 191 понятыми должны быть лица того же пола, как и свидетельствуемый. Правила отвода их значительно уже, чем установленные для судей или экспертов и переводчиков (ст. 43, п. 1). Вознаграждение понятым устанавливается по правилам, определенным для свидетелей (п. 9 инструкции от 31 июля 1922 г.). В отношении ответственности за неявку и отказ от исполнения обязанностей они приравнены к свидетелям, экспертам и переводчикам, они не несут ответственности за неправильное удостоверение при подписании ими протокола по ст. 178 Угол. Кодекса, но могут быть привлечены за служебный подлог по ст. 116 Уг. Код., если действовали по соглашению со следователем или заведомо сообща с ним.

ПРИЛОЖЕНИЕ I.

Циркуляр № 98.

ИНСТРУКЦИЯ

о приеме, хранении и сдаче вещественных доказательств, вещей, добытых преступлением, и вещей, подлежащих конфискации.

1. Вещественными доказательствами являются предметы, которые служили орудиями совершения преступления, сохранили на себе следы преступления или которые были объектами преступных действий обвиняемого, а также все иные предметы и документы, которые могут служить средствами к обнаружению преступления и открытию виновных (ст. 70 Угол.-Проц. Код.).

2. Вещами, добытыми преступлением, являются предметы, изъятые у законных владельцев путем преступления, независимо от того, в чьем распоряжении эти предметы находятся.

3. Вещами, подлежащими конфискации, являются предметы, хранение коих вообще или без специального разрешения теми лицами, у которых они находятся, воспрещено действующими узаконениями (поддельные денежные знаки, взрывчатые вещества, оружие, агитационная контр-революционная литература, спиртные напитки выше установленной крепости и т. п.).

4. В случае обнаружения при обысках, осмотрах, выемках предметов, перечисленных в пп. 1—3, означенные предметы, по распоряжению лица, производящего обыск, осмотр или выемку, изымаются из владения лиц, у которых они находятся, о чем на месте составляется акт, подписываемый, кроме лица, производящего это изъятие, двумя понятыми, представителем домоуправления, если таковой имеется, а также лицом, у которого вещи изымаются. В акте должно быть точно указано, где и что взято, количество взятого и его приметы. В случае, если предметы находятся в большом количестве, должна быть составлена особая опись.

5. Предметы, изъятые при обысках, осмотрах и выемках, немедленно опечатываются лицом, производящим изъятие, при чем печать должна быть наложена таким образом, чтобы опечатываемый предмет не мог быть заменен другим.

6. Вещи, добытые преступлением, по ходатайству их владельцев выдаются распоряжениями следственных или судебных органов, в распоряжение коих они поступили, без всякой зазержки, поскольку эти вещи не являются вещественными доказательствами.

Вещественные доказательства также могут быть возвращены их владельцам, если последние о том ходатайствуют, но лишь при том условии, что удовлетворение этого ходатайства возможно без ущерба для производства дела.

7. В получении указанных в ст. 5 вещей владельцы их выдают расписку, которая должна храниться в деле.

8. Вещественные доказательства и проч. изъятые при обысках предметы, если они относятся к числу скоропортящихся продуктов или предметов, должны быть немедленно сданы в подлежащий государственный орган для обращения в употребление. В случае оказавшейся необходимости возвратить вещественные доказательства, получившие их учреждения возвращают их теми же предметами или их эквивалентами.

9. Все остальные изъятые при обысках, осмотрах и выемках предметы должны храниться органами, которые производят дело, при чем в тех случаях, когда эти предметы по своей ценности, величине и т. п. требуют помещения в особое хранилище, эти вещи передаются в хранилища совнарсуда, ревтрибунала, Гохран, Госбанк или кассы Наркомфина и т. п., о каковой передаче должно в деле иметься специальное постановление и оправдательный документ об этой сдаче.

10. Каждый судебный и следственный орган должен иметь специальные книги для записи вещественных доказательств и других, изъятых при производстве обысков, предметов, находящихся в распоряжении этого органа (см. особ. прилож.)· одну для денежных знаков, другую для остальных предметов.

11. Вещественные доказательства и другие изъятые предметы хранятся по каждому акту отдельно с надписями на них номера по книге вещественных доказательств и наименования хранимого.

Денежные знаки должны храниться в денежном ящике под печатью в пакетах, с указанными выше надписями, при чем денежные знаки, являющиеся вещественными доказательствами, не могут записываться общей суммой, а должны быть записаны в книгах каждый в отдельности с подробным указанием их достоинства, валюты, номеров серий и т. п.

Примечание. Денежные знаки ни в каком случае не должны записываться в денежный журнал того органа, в распоряжение которого они поступили, как не могущие быть списанными в расход.

12. При передаче дела в другой судебный или следственный орган должны одновременно препровождаться и все вещественные доказательства и прочие изъятые предметы, поскольку таковые предметы не были сданы в особые хранилища (п. 9 настоящей инструкции). В последнем случае необходимо, чтобы орган, передающий дело, проверил, имеются ли в деле точные указания и документы, из которых можно было бы усмотреть, когда и куда и под какую квитанцию указанные предметы сданы

на хранение. О всякой такой передаче орган, передающий дело, должен вынести специальное постановление.

13. При приеме предметов, препровождаемых из какого-либо другого органа, должен составляться акт приема, при чем все вещественные доказательства и проч. предметы, помещенные в каком-либо хранилище, должны просматриваться со снятием печати и последующим наложением на них вновь печати органом, их принявшим. Означенный орган при этом должен занести их в соответственные книги с соблюдением правил, установленных вышеизложенными статьями.

14. В целях фактической и документальной проверки вещественных доказательств и других изъятых предметов должны производиться ежемесячные ревизии хранилищ ревтрибунала и совнарсуда особыми комиссиями, назначаемыми председателем ревтрибунала и президиумом совнарсуда, при непременном участии представителя прокурорского надзора. Означенная комиссия составляет о результатах проверки акт и делает отметки в книгах вещественных доказательств.

15. Ревизии вещественных доказательств и прочих изъятых вещей, хранящихся в распоряжении следователей и нарсудов, производятся не реже чем каждые три месяца лицами, командируемыми президиумом совнарсуда с одновременным извещением органов прокурорского надзора, представитель коего также может присутствовать при этой ревизии.

16. По окончании дела вещественные доказательства и проч. относящиеся к делу предметы должны быть сданы органом, постановившим приговор или определение о прекращении дела, согласно следующих правил: а) орудия преступления, вещи, запрещенные к обращению, не подлежащие выдаче владельцам в силу тех или иных указаний, подлежат конфискации; б) все остальные вещи могут быть возвращены их владельцам по их заявлениям, при чем владельцы вещей выдают расписку, указанную в ст. 7 наст. инструкции; в) вещи, признанные бесхозяйными, направляются в том же порядке, как и вещи конфискованные; г) конфискованное оружие направляется в органы военного ведомства, ценности и металлические деньги в Гохран, бумажные деньги в Госбанк или местные кассы Наркомфина, спирт и спиртосодержащие вещества в органы Центроспирта (в случае отдаленности означенных органов от места хранения спирта и незначительности его количества последний передается в распоряжение местных органов Наркомздрава), фальшивые денежные знаки в Гознак, литература — в органы Политпросвета, предметы, представляющие орудия преступления, фотографические карточки обвиняемых и другие предметы, собираемые музеем при Уголовном Розыске Республики—в означенный музей; предметы, перечисленные в циркуляре НКЮ № 44 1921 г., и все вообще остальные предметы (конфискованные и бесхозяйные) направляются в органы Собеса.

17. Вещи, подлежащие выдаче владельцу, хранятся в течение 6-ти месяцев по вступлении приговора в законную силу. Если в течение этого срока ходатайства о выдаче этих вещей от заинтересованных лиц не последует, эти вещи, по особому постановлению суда, направляются в порядке, установленном ст. 16 для конфискованных и бесхозяйных предметов.

18. Вещественные доказательства и другие хранящиеся по делу предметы, признанные постановлением суда подлежащими уничтожению, уничтожаются или особой комиссией, или через соответственные органы других ведомств (военные, милицию, Наркомздрав), под наблюдением специально командированных представителей органа, делавшего постановление об уничтожении, при чем о состоявшемся уничтожении делается отметка в деле.

Зам. Народного Комиссара Юстиции *Крыленко*.

8 октября 1922 г.

КНИГА

для записи вещественных доказательств, поступающих в

№№ по пор.	Время поступления и № входящей бумаги.	Назван. вещественн. доказательств.	По какому делу и № его.	Когда и кому вещественн. доказат. выдано и расп.	Время возвращения.	Когда, при какой бумаге вещ. док. направл. или кому оконч. выд.

ПРИЛОЖЕНИЕ II.

Циркуляр № 162.

ВСЕМ ГУБСУДАМ И ТРИБУНАЛАМ.

В отмену всех ранее изданных распоряжений и инструкций о выплате вознаграждения экспертам, переводчикам, свидетелям и понятым, НКЮ предлагает принять к руководству нижеследующую инструкцию.

ИНСТРУКЦИЯ

о расходах по вознаграждению свидетелей, экспертов, переводчиков и понятых по уголовным и гражданским делам.

(Ст. ст. 65, 72, 75 Угол.-Проц. Кодекса и ст. ст. 42—47 Гр.-Пр. Кодекса).

1. Свидетели, эксперты, переводчики и понятые, вызываемые судебным или следственным органом для дачи показаний или заключений по уголовному или гражданскому делу, имеют право на возмещение своих расходов по проезду из места своего жительства до места вызова и обратно.

2. Оплата проезда производится лишь в том случае, если местожительство вызываемого находится от места вызова на расстоянии более 3-х верст.

Примечание. Оплата проезда может быть произведена и в том случае, когда указанное расстояние не превышает 3-х верст, но вызываемый не может пройти его пешком в виду состояния своего здоровья, возраста и т. п.

3. Оплата производится по наиболее дешевому способу сообщения (например, при наличии трамвая нельзя оплачивать проезд на извозчике, при наличии нескольких разрядов платных мест на жел. дор. или пароходе оплачивается место наиболее дешевое), руководствуясь действующими тарифами или (когда плата производится по соглашению) на основании сведений, представляемых вызываемыми, которые подлежат свободной оценке органа, производящего вызов, в последнем случае из расчета не свыше 5 коп. золотом с версты.

4. Все перечисленные в п. 1 настоящей инструкции лица, если они не являются рабочими или служащими, за которыми

в силу закона сохраняется право на вознаграждение по месту службы и работы (ст. 78 Код. закона о труде), имеют право на получение вознаграждения за отвлечение от своих занятий в размере $^1/_{24}$ ставки 10 разряда по 17-разрядной тарифной сетке, при чем неполные сутки считаются за полные.

5. Эксперты и переводчики, сверх сумм, получают вознаграждение за свой труд по определению соответствующего судебного или следственного органа, который должен руководствоваться сложностью и трудностью работы, а также квалифицированностью лица, производящего эту работу.

6. Оплата труда экспертов и переводчиков производится из расчета числа часов, потраченных на работу по экспертизе как в самом суде или камере следователя и т. п., так и вне этих учреждений (например, на дому, в лаборатории и т. п.). Число часов устанавливается органом, производящим вызов эксперта или переводчика, на основании заявлений и доказательств, представляемых экспертом и переводчиком.

7. Наивысший размер оплаты труда эксперта и переводчика не может превышать 1 руб. зол. за 1 час работы и быть ниже 25 коп. зол. за 1 час работы.

8. Все указанные суммы выплачиваются органом, производящим вызов, из общегосударственных или местных средств, в зависимости от того, на общегосударственном или местном бюджете находится данный орган, при чем оплата должна быть произведена по исполнении перечисленными в п. 1 инструкции лицами своих обязанностей.

В случае недостаточности ассигнованного кредита для немедленной расплаты с перечисленными лицами причитающиеся суммы высылаются им по почте по курсу дня высылки, по их месту жительства.

Примечание. Если по гражданскому делу размер издержек эксперту и свидетелю превысит внесенные на этот предмет суммы сторонами, разница выплачивается из средств казны, с последующим взысканием, по общим правилам, с соответствующей стороны.

Народный Комиссар Юстиции *Курский*.

31 июля 1923 г.