І. В. Михайловскій.

Приватъ-доцентъ Томскаго Университета,
Преподаватель законовѣдѣнія Томскаго Технологическаго Института.

924

ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ

ОРГАНИЗАЦІИ

УГОЛОВНАГО СУДА.

УГОЛОВНО-ПОЛИТИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ.

Quid sunt regna, remota justitia,
nisi magna latrocinia?

Августинъ.

ТОМСКЪ.
Паровая типо-литографія П. И. Макушина, Благовѣщенск. пер., с. д.
1905.

Печатано по постановленію Юридическаго факультета Императорскаго Томскаго Университета.

Посвящается

ПАМЯТИ НЕЗАБВЕННАГО УЧИТЕЛЯ

Бориса Николаевича

 Чичерина.

Предисловіе.

Предметъ настоящей книги меня глубоко интересуетъ уже пятнадцать лѣтъ. Большая часть моихъ мелкихъ работъ представляетъ собою этюды къ выпускаемой нынѣ въ свѣтъ книгѣ, являющейся результатомъ долгихъ размышленій, чтеній, упорнаго труда по изученію литературы и пятнадцатилѣтнихъ личныхъ наблюденій судебной жизни (весьма мнѣ близкой) въ разныхъ мѣстахъ Россіи, дополненныхъ нѣкоторыми личными наблюденіями иностранныхъ судебныхъ порядковъ.

Думаю, что все это даетъ мнѣ право предложить свою работу вниманію публики и надѣяться, что работа эта, проникнутая горячею любовью къ предмету и искреннимъ желаніемъ содѣйствовать улучшенію судебныхъ порядковъ, принесетъ свою небольшую долю пользы. Читатель не найдетъ въ моей книгѣ никакихъ новыхъ теорій. Но мнѣ кажется, что каждый добросовѣстный ученый, работавшій надъ темой долго и съ любовью, можетъ надѣяться, что его скромная книга дастъ читателю не лишенныя интереса мысли, болѣе ясное освѣщеніе нѣкоторыхъ теорій, болѣе точное расчлененіе тѣхъ или иныхъ ученій, болѣе подробное обоснованіе нѣкоторыхъ положеній. Быть можетъ спеціалисты согласятся признать, что мои старанія отчетливо и рѣзко поставить вопросъ о роли суда въ государственной жизни, подчеркнуть его отношеніе къ принудительнымъ функціямъ власти, имѣютъ нѣкоторое научное значеніе.

Изъ заголовка книги видно, что я имѣлъ въ виду не всестороннее изслѣдованіе темы, а лишь изслѣдованіе съ точки зрѣнія уголовно-политической. Въ первой части книги а старался выяснить роль суда въ государственной жизни, во второй—изслѣдовать, *какъ* надо организовать судъ, чтобы онъ могъ выполнять

свою роль, и наконецъ, въ третьей—въ общихъ чертахъ разсмотрѣны отечественные судебные порядки съ точки зрѣнія принциповъ, изложенныхъ въ первыхъ двухъ частяхъ.

Выпуская въ свѣтъ книгу, недостатки которой я хорошу вижу, я считаю своимъ долгомъ выразить чувства глубочайшей благодарности проф. Л. С. Бѣлогрицъ-Котляревскому, подъ руководствомъ котораго я работалъ по уголовному праву, и Б. Н. Чичерину, цѣнными указаніями котораго по общимъ вопросамъ права и философіи я пользовался. Пусть посвященіе этой книги *) памяти Бориса Николаевича будетъ моимъ скромнымъ вѣнкомъ на могилу этого замѣчательнаго человѣка и ученаго, при мысли о смерти котораго я сегодня испытываю такое же тяжелое чувство, какое испыталъ въ прошломъ году, узнавъ о столь тяжкой потерѣ для русскаго общества и науки!

Томскъ
29 іюня 1905 г.

---

*) Основой для нея послужилъ напечатанный мною въ 1899 году этюдъ: „Къ вопросу объ уголовномъ судьѣ“, на который по моей просьбѣ Б. Н. Чичеринъ сдѣлалъ (послужившій началомъ нашихъ личныхъ отношеній) рядъ замѣчаній.

Часть I.

Часть I.

ГЛАВА I.

Есть слова, которыя никогда не потеряютъ своего обаянія для человѣка. И едва ли не первое мѣсто среди этихъ словъ занимаетъ слово: свобода. Въ самомъ дѣлѣ,—свобода имѣетъ для человѣка абсолютную цѣнность *), она есть источникъ всей его духовной дѣятельности, то начало, благодаря которому личность становится самостоятельнымъ центромъ явленій жизни и активнымъ участникомъ прогресса. Въ сущности нѣтъ и не можетъ быть для человѣка блага болѣе цѣннаго, чѣмъ благо, заключающееся „въ полномъ обладаніи каждаго собственной личностью, въ правѣ по-своему мыслить, вѣрить, молиться, по произволу соединяться съ другими или дѣйствовать особнякомъ, т. е. блага личной свободы“ **). Никакая потеря не можетъ быть болѣе чувствительна для человѣка, чѣмъ потеря свободы, ни къ чему онъ такъ страстно не стремится, какъ къ обезпеченію себѣ возможно большей степени свободы. Это проявляется во всѣхъ областяхъ дѣятельности человѣка и служитъ критеріемъ для оцѣнки любого положенія.

Неудивительно, что девизъ „свобода“ оказываетъ такое могучее дѣйствіе на людей, неудивительно, что ради этого девиза приносились и будутъ приноситься такія жертвы.

Но „кто хочетъ быть истиннымъ служителемъ свободы, тотъ долженъ знать, въ чемъ состоитъ ея сущность, откуда она истекаетъ, каковы ея требованія и условія, какимъ образомъ она сочетается съ другими вѣчными началами общественной жизни“***).

Если какой нибудь грубый и распущенный человѣкъ, руководствуясь принципомъ: „у себя дома я имѣю право дѣлать все, что захочу“, устраиваетъ ночью шумныя собранія съ музыкой,

---

*) Это положеніе прекрасно доказано у Фуллье L'idée moderne du droit. 1897.

**) И. Тэнъ. Соціализмъ какъ правительство. 1884. Стр 45.

***) Чичеринъ. Собственность и государство, I стр. VII.

танцами и т. п., не обращая никакого вниманія на то, что надъ нимъ или подъ нимъ живутъ люди, нуждающіеся въ отдыхѣ и снѣ, если „широкая натура“ пріѣзжаетъ ночью въ гостиницу и ведетъ себя такъ, какъ будто бы во всемъ домѣ никого кромѣ нея не было,—то всѣ подобные примѣры хотя и выдаются за проявленіе принципа свободы, но отъ такой „свободы“ упаси насъ Боже! Если бы всѣ т а к ъ понимали свободу, то совмѣстная жизнь людей сдѣлалась бы невозможной. Сегодня я вамъ не даю спать, завтра вы мнѣ; сегодня я буду бѣшено мчаться по улицѣ и давить людей, а завтра меня раздавитъ какой нибудь саврасъ, сегодня я взялъ на себя извѣстныя обязательства по отношенію къ вамъ, а завтра нашелъ ихъ неудобными, не исполнилъ ихъ, нарушивъ ваши интересы, и т. д., и т. д. до проявленія „свободы“ въ видѣ убіенія на улицѣ человѣка, физіономія котораго не понравилась, и даже до убійства тѣхъ лицъ, существованіе которыхъ мы признаемъ вреднымъ.

Вся бѣда въ томъ, что, поступая такимъ образомъ, эти своеобразные защитники свободы имѣютъ въ виду только с в о ю свободу, себя ставятъ въ центрѣ всего, а все остальное считаютъ средствомъ. А вѣдь несомнѣнно, что дикая оргія ночью нарушаетъ мою свободу отдыхать, бѣшеная скачка по улицѣ нарушаетъ мою свободу ходить и т. д.

Есть защитники свободы, утверждающіе, что великій принципъ свободы долженъ быть проведенъ вполнѣ послѣдовательно до самыхъ крайнихъ выводовъ: разъ признается свобода совѣсти, слова, мысли и т. п., должна быть признана п о л н а я с в о б о д а д ѣ й с т в і й *).

Но такое расширеніе области свободы неизбѣжно приведетъ къ уничтоженію самой свободы. Что произойдетъ, если предоставить каждому полную свободу дѣйствій: кто посильнѣе, тотъ и будетъ проявлять свою свободу въ ущербъ свободѣ остальныхъ, пока не найдется другой, еще сильнѣе и т. д. до безконечности' Грубая сила будетъ рѣшительницей всѣхъ вопросовъ и настанетъ всеобщее озвѣреніе.

Значитъ необходимо организовать общежитіе такъ, чтобы свобода одного могла бы мирно уживаться со свободой всѣхъ остальныхъ, чтобы каждый, уважая себя и свою свободу, признавалъ

*) Ср. напр. E. G i r a r d e n. Du droit de punir. 1871. I—VIII.

бы личность во всѣхъ окружающихъ и поэтому уважалъ бы и ихъ свободу. Другими словами—необходимо взаимное ограниченіе свободы. Это достигается лишь на почвѣ права*).

Право разграничиваетъ области внѣшней свободы; оно отмежевываетъ каждому сферу, гдѣ онъ можетъ чувствовать себя полнымъ хозяиномъ, не опасаясь ничьихъ вторженій, и вмѣстѣ съ тѣмъ указываетъ границу, переступать которую онъ не долженъ **). Охрану права беретъ на себя государство, причемъ однимъ изъ средствъ этой охраны является внѣшнее принужденіе и самый рѣзкій видъ его—наказаніе.

Вотъ эта то функція государства (принужденіе) всегда вызывала и вызываетъ нареканія на государство, нареканія, нерѣдко переходящія въ принципіальное отрицаніе права государства на существованіе.

И если всегда существовали ученія, отрицающія государство, то никогда еще эти ученія не пользовались такими авторитетомъ, не волновали такъ умы, не обращали на себя такого всеобщаго вниманія, какъ въ послѣднія десятилѣтія. Вопросы: „зачѣмъ вообще государство съ его принудительной властью? почему индивидъ долженъ мириться съ подавленіемъ его воли другою волею, почему и въ какихъ предѣлахъ онъ обязанъ приносить жертвы въ интересахъ цѣлаго?“***)—сдѣлались теперь вопросами жгучими, животрепещущими, мучительно требующими разрѣшенія.

Въ самомъ дѣлѣ. Никогда еще жизнь не представляла собою бо̀льшаго несоотвѣтствія съ идеалами лучшихъ людей, большаго разлада, чѣмъ въ переживаемое время. Человѣку говорятъ, что государство призвано вести его къ благу. А между тѣмъ онъ

---

*) Фихте (Grundlage des Naturrechts etc. 1796—1797. I, 49, 106—108) такъ формулируетъ основное требованіе права: ограничивай свою свободу, поскольку это нужно для совмѣщенія ея съ равной свободой другого лица подъ условіемъ, что и другой будетъ поступать такъ же.

**) И не смотря на всѣ эти ограниченія человѣкъ, по справедливому замѣчанію Колера (Einfuhrung in die Rechtswissenschaft. 1902. стр. 1 et pass.), нынѣ гораздо болѣе свободенъ, чѣмъ былъ въ ранніе періоды исторіи. Съ теченіемъ времени область свободы личности будетъ увеличиваться: настоящая свобода дается только правомъ, а прогрессъ въ области права влечетъ за собою прогрессъ въ области свободы.

***) Еллинекъ. Право современнаго государства. Общее ученіе о государствѣ Переводъ подъ ред прив.-доцентовъ В. Гессена и Л. Шапланда. 1903 Стр. 115.

видитъ въ результатѣ многовѣковой исторіи государства такую картину, передъ которой блѣднѣютъ всѣ ужасы „адовъ“, созданныхъ фантазіей художниковъ.

Народы тратятъ бо́льшую часть своихъ трудовъ и средствъ для того, чтобы взаимно истреблять другъ друга въ дикой рѣзнѣ; для этого въ огромныхъ размѣрахъ изготовляются орудія разрушенія, напрягаются силы для изобрѣтенія наиболѣе губительныхъ и смертоносныхъ орудій; для этого существуютъ многочисленныя школы, гдѣ систематически обучаютъ, какъ наилучшимъ способомъ убивать возможно большее количество людей; для этого ежегодно значительная часть наиболѣе здоровыхъ и крѣпкихъ людей отрывается отъ производительнаго труда и деморализуется; для этого государство, елико возможно, сокращаетъ издержки на культурныя цѣли. А если отъ созерцанія картины взаимнаго отношенія отдѣльныхъ государствъ другъ къ другу человѣкъ обратится къ внутренней жизни государства, то онъ увидитъ, что тамъ господствуетъ милитаризмъ, пауперизмъ, произволъ, одичаніе, проституція, что рядомъ съ лачугой, гдѣ умираетъ съ голоду цѣлая семья, стоитъ роскошный домъ, владѣлецъ котораго зажигаетъ сигару сторублевой бумажкой, что самый трудолюбивый, одушевленный лучшими стремленіями и обладающій большими духовными богатствами человѣкъ нищенствуетъ, а рядомъ съ нимъ купается въ золотѣ духовное ничтожество, благодаря чистой случайности. Онъ видитъ, что запрещаютъ говорить на родномъ языкѣ; запрещаютъ выражать свои мнѣнія; запрещаютъ собираться вмѣстѣ для обсужденія общихъ всѣмъ вопросовъ; предписываютъ вѣрить въ Бога и притомъ въ точно опредѣленной формѣ; стремятся превратить общежитіе въ казарму, гдѣ бы все было по одной установленной мѣркѣ и все безпрекословно повиновалось бы приказамъ свыше, гдѣ всякая тѣнь самодѣятельности подавляется; онъ видитъ, что цѣлые огромные классы людей эксплуатируются и влачатъ самое жалкое существованіе. Онъ видитъ, что вмѣсто гармоніи интересовъ, любви и взаимнаго уваженія вездѣ господствуетъ ожесточенная борьба за существованіе; что матеріальные интересы и интересы господства ставятся выше всего; что ложь, обманъ, насиліе дѣлаются главными факторами жизни; что на почвѣ духовной пустоты развивается до чудовищныхъ размѣровъ стремленіе наполнить жизнь чувственными наслажденіями всевозможныхъ видовъ, игрой и т. п.; что

невѣжество низшихъ слоевъ населенія и условія существованія этихъ слоевъ сплошь и родомъ превращаютъ людей въ полузвѣрей, о которыхъ можно сказать словами Мефистофеля, что они „звѣроподобнѣе всѣхъ скотовъ“. . . .

Неудивительно, что „съ каждымъ днемъ умножаются симптомы болѣзни современнаго общества *), что теоріи соціализма и анархизма пріобрѣтаютъ при такомъ положеніи вещей особую привлекательность и съ каждымъ днемъ находятъ новыхъ приверженцевъ, что пессимизмъ становится господствующимъ міровоззрѣніемъ. Къ голосамъ такихъ представителей анархизма, какъ Левъ Толстой, съ напряженнымъ вниманіемъ прислушиваются во всѣхъ уголкахъ земного шара, а творческій геній человѣчества, служа выраженіемъ господствующаго настроенія, бросается изъ одной крайности въ другую: Толстой, Ницше, символизмъ, декадентство, исканіе какихъ-то невѣдомыхъ еще путей, и какъ общій, преобладающій фонъ всей картины,—сѣренькое, безотрадное, мелочное и пошлое существованіе, такъ мастерски изображенное у Мопассана и Чехова.

Но точно ли правъ анархизмъ? Дѣйствительно ли государство есть патологическій моментъ въ исторіи человѣчества? Наконецъ, виновато ли государство во всѣхъ тѣхъ ненормальностяхъ и бѣдствіяхъ, которыми переполнена современная жизнь?

Прежде всего нельзя не признать, что анархизмъ заключаетъ въ себѣ нѣсколько цѣнныхъ моментовъ.

Анархизмъ совершенно правильно подчеркнулъ абсолютную цѣнность свободы и абсолютную цѣнность человѣческой личности. *Абсолютная цѣнность личности и ея свободы есть основной принципъ права.* Только признавъ этотъ принципъ, можно говорить о правахъ личности, какъ таковой; можно говорить, что личность обладаетъ извѣстнымъ комплексомъ правъ независимо отъ государства, что т. наз. „право въ субъективномъ смыслѣ“ есть основное понятіе**). Только при такомъ воззрѣ-

*) П. Бартъ. Философія исторіи какъ соціологія. Переводъ М. Модестова. 1902 Стр. 346.

**) Психологическая теорія права является очень цѣннымъ вкладомъ въ науку именно потому, что она дала солидное обоснованіе этому положенію. Оставляя въ сторонѣ нѣкоторыя односторонности названной теоріи, нельзя не признать, что право есть

ніи на право оно получаетъ значеніе великой культурной силы, поднимающей личность на недосягаемую высоту, дѣлающей личность равноправной стороною въ спорѣ со всѣмъ государствомъ. Только при такомъ воззрѣніи можно говорить, что государство должно уважать права личности, что право есть нѣчто священное, что если на одну чашку вѣсовъ положить временные интересы милліоновъ людей, а на другую п р а в о одного человѣка, то эта послѣдняя чашка должна опуститься внизъ *). Указанный выше основной принципъ права рѣзко отличаетъ идеалистическія теоріи права отъ т. наз. реалистическихъ (теоріи интереса, силы, компромисса, экономическаго матеріализма и т. п.) и отличаетъ къ несомнѣнной выгодѣ первыхъ. Никто изъ представителей реалистическихъ теорій не согласится съ тѣмъ, чтобы государство вынуждено было отступить передъ п р а в о м ъ одного гражданина, а для многихъ изъ этихъ представителей принесеніе въ жертву одного человѣка интересамъ милліоновъ людей представится фактомъ вполнѣ нормальнымъ **).

А между тѣмъ только идеалистическое воззрѣніе на право соотвѣтствуетъ тому значенію, которое имѣетъ личность, этотъ „краеугольный камень всего общественнаго зданія“ ***), эта движущая сила всей исторіи культуры †).

явленіе психическое, что право есть лишь то, что признается таковымъ подавляющимъ большинствомъ населенія „Думается мнѣ, что не смотря на противоположное мнѣніе нѣкоторыхъ видныхъ представителей психологической теоріи, она не только не исключаетъ теорію с в о б о д ы, но служитъ предварительной ступенью къ этой глубочайшей изъ существующихъ теорій.

*) Pereat mundus, fiat justitia! надъ этимъ Гегелевскимъ афоризмомъ очень много незаслуженно смѣялись, а между тѣмъ въ основѣ его лежитъ совершенно правильная мысль.

**) „Si je n'avais qu'une valeur d e t e r m i n e e et pouvant par approximation s'estimer quantitativement à tel ou tel c h i f f r e on trouverait aisement des biens superieurs à ma personne, au nom duquels tout serait permis contre moi“. A. Fouillee L'idée moderne du droit 1897. p. 259.

***) Чичеринъ. Философія права. Кн. I. гл. 1

†) К а р ѣ е в ъ (Основные вопросы философіи исторіи. 1887, въ особенности т. II, кн IV) прекрасно разработалъ это положеніе. Г е ф ф д и н г ъ („Этика“ 1898 335 336) правильно замѣчаетъ, что „главное достоинство индивидуализма заключается прежде всего въ томъ, что оно вызвышаетъ принципъ личности, цѣнность каждаго отдѣльнаго индивидуума. Великая задача государства, какъ и всякаго другого общества, состоитъ въ прямомъ или косвенномъ содѣйствіи развитію личной жизни наивозможно, большого числа индивидуумовъ. Совершеннымъ государствомъ было бы такое, которое удовлетворяло бы развитію личной жизни всѣхъ людей и потребности каждаго развивать свои наклонности и способности. Индивидуализмъ схватываетъ здѣсь, такимъ образомъ, одну

Но уже давно сдѣлалось труизмомъ, что человѣкъ можетъ развивать всѣ свои силы и способности и стать человѣкомъ въ полномъ смыслѣ слова лишь въ обществѣ, а съ каждымъ днемъ успѣхи соціальныхъ наукъ показываютъ намъ все могущество общественныхъ вліяній на образованіе такихъ сторонъ духовной жизни личности, которыя прежде казались совершенно независимыми отъ этихъ вліяній. „Notre psychologie говоритъ Фуллье, notre morale, notre métaphysique, toutes nos sciences en un mot sont les sciences e n s o c i e t é. Placez l'homme seul dans un bois, vous supprimer tout ce dèveloppement supérieur qui finit par mettre le cerveau de l'homme social en communication avec la nature entiére" *).

изъ существенныхъ сторонъ идеала государства".—Липпсъ. (Основные вопросы этики 1905, 292) находитъ, что „въ концѣ концовъ всѣ задачи государства сводятся къ двумъ: охраненію и воспитанію нравственной личности" „Конечную цѣль права", говоритъ онъ далѣе (стр. 294) „ и основаннаго на послѣднемъ государства составляетъ свободная нравственность индивидуума. Только въ этомъ и заключается нравственное право существованія государства и права".

Іеринг ъ, котораго никоимъ образомъ нельзя заподозрить въ увлеченіи метафизикой и въ недостаточно реальномъ воззрѣніи на правовую жизнь, говоритъ „Eine Nation ist schliesslich nur die Summe aller einzelnen Individuen, und vie die einzelnen Individuen fuhlen, denken, handeln, so fuhlt denkt, handelt die Nation" Der Kampf um's Recht 1895, 67). Ср L Gellenbach. Der Individualismus, Эвиль Рамовичъ Индивидуальность и прогрессъ 1895. По поводу увлеченій теорій индивидуализма невольно вспоминаются слова Уэвелля: „Въ развитіи знанія цѣнность истинной доли теоріи можетъ много перевѣшивать сопровождающую ее ошибку" (Исторія индуктивныхъ наукъ 1867 I, 234). Гиддингсъ („Основанія соціологіи" Пер. подъ ред. проф. П. Лучицкаго. 1898, стр 499) говоритъ, что „функція общества заключается въ томъ, чтобы развивать сознательную жизнь и создавать человѣческую личность." „Функція общественной организаціи, которую соціологъ долженъ всегда имѣть въ виду, заключается въ эволюціи личности черезъ все болѣе и болѣе высокія стадіи развитія, пока она не достигнетъ высшаго идеала, именуемаго человѣчествомъ". Г. Корнелліусъ („Введеніе въ философію". Пер подъ ред. проф Н. Ланге. 1905. стр. 311) находитъ, что „забота о томъ, чтобы воспитаніемъ сдѣлать насъ способными избрать путь жизни, дающій полное внутреннее удовлетвореніе, эта забота есть высшая задача гражданскаго общества". При этомъ онъ добавляетъ, что „у насъ не будетъ жизни, полной цѣнностей, если наше воспитаніе будетъ одностороннимъ и заранѣе ограничится развитіемъ средствъ, и способностей содѣйствующихъ лишь хозяйственному устроенію нашей жизни". Въ недавно вышедшей чрезвычайно содержательной книжкѣ „Философскія проблемы " 1905, Гаральдъ Геффдингъ доказываетъ, что изслѣдованіе научно-философское, объективное есть форма стремленія къ полнотѣ и гармоніи нашего Я, что и въ наукѣ, и въ искусствѣ личность создаетъ свое собственное объективное отраженіе, и что путь къ свободѣ ведетъ черезъ истину. Очень много въ высшей степени цѣнныхъ мыслей заключается въ прекрасномъ трудѣ Н. К. Михайловскаго. Борьба за индивидуальность.

*) La science sociale contemporaine. 1897. p. 159.—Ср прекрасныя замѣчанія у Вундта „Очеркъ психологіи", пер подъ ред. проф. Н. Грота. 1897. стр. 346 и слѣд.

Конечно, анархизмъ вполнѣ признаетъ положеніе о безусловной необходимости общества для личности, но онъ находитъ, что для совмѣстнаго существованія людей вполнѣ достаточно присущаго человѣку общественнаго инстинкта. Этотъ инстинктъ заставитъ людей заключать безчисленное множество свободныхъ союзовъ, люди будутъ вступать между собою въ свободныя соглашенія договоры и удовлетворять свои потребности безъ помощи государства, которое благодаря своей принудительной власти, должно быть признано зломъ*). Опять таки и здѣсь нельзя отказать анархизму въ томъ, что его аргументація имѣетъ въ высшей степени цѣнные моменты. Таковыми должно признать: 1) необходимость свободнаго соглашенія, какъ идеала взаимныхъ отношеній людей и 2) указаніе на темныя стороны власти. Въ послѣднемъ отношеніи Льву Толстому принадлежитъ громадная заслуга: силой своего художественнаго генія онъ едва ли не лучше всѣхъ своихъ предшественниковъ подмѣтилъ и обнаружилъ темныя и опасныя стороны власти, это опьяненіе властью, которое въ концѣ концовъ портитъ и извращаетъ характеръ человѣка, приводитъ къ произволу, къ взгляду на власть не какъ на средство, а какъ на самоцѣль, къ взгляду на подвластныхъ лишь какъ на объекты права**).

Къ указаннымъ двумъ цѣннымъ моментамъ анархизма необходимо прибавить еще третій. Власть представляетъ опасность только потому, что обладаетъ принудительными функціями. Принужденіе (внѣшнее) и въ особенности самый рѣзкій видъ его—наказаніе—должно быть разсматриваемо, какъ фун-

*) Нѣкоторые анархисты идутъ такъ далеко, что утверждаютъ, будто для общежитія вовсе не нужно, чтобы люди обладали добродѣтелями и измѣнились къ лучшему: достаточно одного грубаго эгоизма Ср M. Stirner. Der Einzelne und sein Eigentum. 1845.

**) Есть поговорка: „скажи мнѣ, съ кѣмъ ты дружишь, и я скажу тебѣ, кто ты". Съ несравненно большимъ основаніемъ можно говорить „дай тебѣ дадутъ въ руки власть, и тогда я скажу тебѣ, кто ты". Дѣйствительно, нельзя придумать лучшаго критерія для оцѣнки нравственной личности человѣка, кого не можетъ испортить обладаніе властью, кто смотритъ на это обладаніе лишь какъ на источникъ серіозныхъ обязанностей передъ обществомъ, кто ясно понимаетъ, какую массу искушеній заключаетъ въ себѣ это обладаніе и кто умѣетъ побѣдить эти искушенія, о томъ съ полнымъ правомъ можно сказать, что онъ принадлежитъ къ немногочисленному разряду лучшихъ людей.—Глубоко правъ Монтескье (Esprit. XI. Ch. IV) говоря: „Mais c'est une experience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porte à en abuser, il va jusqu'á ce qu'il trouve des limites".

кція, въ высшей степени опасная Изъ всего этого анархизмъ дѣлаетъ выводъ о необходимости упраздненія всякаго насилія, всякого принужденія, о необходимости упраздненія власти, вооруженной принудительными функціями, а слѣдовательно, о необходимости уничтоженія государства, какъ союза, с п е ц и ф и ч е с к и м ъ*) признакомъ котораго именно является власть, господствующая принудительно, вооруженная принудительными функціями.

Выводъ этотъ невѣренъ. Онъ такъ же невѣренъ, какъ, напр., невѣрны выводы Льва Толстого въ половомъ вопросѣ, или въ вопросахъ объ искуствѣ и наукѣ. Изъ того, что половая развращенность дошла до грандіозныхъ размѣровъ, что человѣчеству грозитъ величайшая опасность отъ этого зла, отнюдь не слѣдуетъ, что бороться съ нимъ надо тѣмъ, что признать принципіальнымъ зломъ само половое стремленіе, (т. е. могущественнѣйшее изъ стремленій человѣка, стремленіе вытекающее изъ самой основы міровой жизни) и выставить какъ идеалъ,—полное подавленіе этого стремленія, т. е., другими словами—уничтоженіе рода человѣческаго.

Изъ того, что современное искусство находится въ безотрадномъ положеніи, что оно сплошь и рядомъ служитъ средствомъ развращенія общества, что оно во многихъ отношеніяхъ уклонилось отъ правильныхъ путей, отнюдь не слѣдутъ, что фуга Баха, симфонія Бетховена, картина Рафаэля, статуя Кановы, Кельнскій соборъ, романъ Толстого—должны быть признаны зломъ, что изъ области искусства должно быть вычеркнуто все, чего сразу не можетъ понять и оцѣнить „простой, неиспорченный деревенскій рабочій“.

Изъ того, что многіе современные ученые удивительно похожи въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ на древне-римскихъ авгуровъ, что множество „научныхъ изслѣдованій“ представляютъ собою макулатуру, отнюдь не слѣдуетъ, что „наука должна отречься отъ своего опытнаго метода“, что все, неприносящее непосредственной пользы „простому и разумному рабочему человѣку, у котораго на шеѣ сидятъ люди, занимающіеся наукой“, есть дѣло вредное и ненужное.

---

*) A. Lasson. System der Rechtsphilosophie. 283 „Einen Staat nennt man diejenige menschliche Gemeinschaft, welche eine organisierte höchste Gewalt besitzt, Quelle alles Zwanges“ Ср. B o r n h a k. Staatsrecht. I, 63; I e p и н г ъ. Цѣль въ правѣ. I 1881, 238; A h r e n s. Naturrecht. II, 263. Е л и н е к ъ l c, 281.

Точно также, изъ того, что существующій порядокъ скрываетъ въ себѣ много зла, что власть проявляетъ въ немъ очень много своихъ темныхъ сторонъ, что мѣры внѣшняго принужденія сплошь и рядомъ представляютъ собою голое насиліе,—отнюдь не слѣдуетъ, что власть есть принципіальное зло, что ее необходимо упразднить и что мѣры внѣшняго принужденія никогда, ни при какихъ обстоятельствахъ не должны быть употребляемы.

Извѣстный французскій соціологъ Эспинасъ въ своей книгѣ Les societés animales приводитъ рядъ очень интересныхъ фактовъ, доказывающихъ существованіе власти въ обществахъ животныхъ. И хотя совершенно справедливо, что для объясненія явленій духовной жизни человѣка нельзя безъ весьма серьезныхъ оговорокъ пользоваться аналогіями изъ области естествознанія, но въ данномъ случаѣ фактъ существованія извѣстныхъ проявленій власти именно у тѣхъ животныхъ, которыя живутъ общественно, невольно наводитъ на размышленія, не находится ли идея власти въ самой непосредственной связи съ идеей общежитія?

Англійскій ученый G. Ladd замѣчаетъ, что какъ бы далеко нашъ взоръ не простирался въ древнія времена, вездѣ мы находимъ людей, живущихъ общественно, и притомъ въ той или иной организаціи. *)

Дѣйствительно, гдѣ только соберутся нѣсколько человѣкъ для общихъ цѣлей, гдѣ такой союзъ носитъ продолжительный характеръ, тамъ силою вещей возникаетъ та или иная организація. А вѣдь организація есть ничто иное, какъ объединеніе многихъ лицъ въ подчиненіи извѣстнымъ внѣшнимъ правиламъ въ виду достиженія общей цѣли; такимъ образомъ въ понятіи организаціи заключается уже понятіе права.

Но организація немыслима безъ власти въ той или иной формѣ, облеченной болѣе или менѣе обширными полномочіями, которыя давали бы возможность слѣдить, чтобы эта организація не была бы пустымъ звукомъ и не приносилась бы ежеминутно въ жертву капризамъ каждаго отдѣльнаго члена союза „Всякій,

*) Phylosophy of conduct. 1902, 381.—Ср. Ad. Lasson System der Rechtsphlosophie.—1882, 296; Еллинекъ, l. c., 237; A. Menger. Neue Staatslehre 1903 7—19; а также глубокія замѣчанія у Дарвина „Происхожденіе человѣка и половой подборъ". Перев. подъ ред. проф. И. Сѣченова. 1896, 66—103.

даже самый шаткій, союзъ—поскольку только онъ является отличнымъ отъ его членовъ единствомъ—имѣетъ свою особую, соотвѣтственную его характеру власть" *).

Представимъ себѣ самую небольшую группу людей, объединившихся для какой нибудь одной цѣли. Напр., нѣсколько музыкантовъ предпринимаютъ совмѣстное систематическое изученіе литературы камерной музыки Казалось бы, что тутъ не можетъ быть ничего общаго ни съ правомъ, ни съ властью. А между тѣмъ, если мы будемъ наблюдать нашу группу музыкантовъ по истеченіи извѣстнаго періода времени со дня ея образованія, то мы увидимъ, что въ жизни ея сами собою установились извѣстныя правила, извѣстный распорядокъ, извѣстныя традиціи. Дни и часы періодическихъ собраній, порядокъ этихъ собраній, допущеніе постороннихъ лицъ въ качествѣ слушателей исполненія, выборъ исполняемыхъ произведеній и т. п.,—все это въ концѣ концовъ составитъ кодексъ правилъ, регулирующихъ жизнь группы и способствующихъ достиженію ея задачи (право) И если бы кто нибудь изъ членовъ группы сталъ бы систематически нарушать эти правила, напр. опаздывать на репетиціи, вовсе не приходить въ назначенные дни, отказываться играть заранѣе намѣченную пьесу, приводить на репетиціи постороннихъ лицъ, вопреки установленному порядку—то такія дѣйствія вызвали бы реакцію со стороны группы. Эта реакція могла бы проявиться въ различныхъ формахъ, отъ дружескаго увѣщанія, до протестовъ, угрозъ и наконецъ до исключенія члена изъ группы (наказаніе). Наконецъ, что касается вопроса о власти, вырабатывающей и охраняющей „право" нашей группы и примѣняющей „наказанія" за нарушеніе этого „права", то такою властью является о б щ а я в о л я в с ѣ х ъ ч л е н о в ъ г р у п п ы.

Чѣмъ обширнѣе и сложнѣе союзъ, чѣмъ шире и многообразнѣе общія цѣли союза, тѣмъ необходимѣе и сложнѣе организація, тѣмъ необходимѣе и сложнѣе внѣшнія правила, регулирующія жизнь союза, тѣмъ рельефнѣе, наконецъ, выступаютъ функціи власти, принимающей болѣе отчетливыя формы В с е э т о д о с т и г а е т ъ с в о е й в ы с ш е й с т е п е н и в ъ с о ю з ѣ, о б ъ е д и н я ю щ е м ъ с о б о ю в с ѣ д р у г і е с о ю з ы и

*) Е л и н е к ъ l. c., 273

вносящемъ въ эти союзы гармонію, а именно—въ государствѣ.

Здѣсь мы подходимъ къ ученію, имѣющему громадную важность для юридической науки, къ ученію объ обществѣ и его отношеніи къ государству.

Это ученіе, по справедливому замѣчанію Еллинека*), углубило античное воззрѣніе на человѣка, какъ на существо общественное по преимуществу, доказавъ, что индивидъ уже съ самаго начала принадлежитъ ко множеству независимыхъ отъ его воли отношеній общественнаго характера, отношеній не искуственныхъ, а данныхъ самой природой Это ученіе показало, что государственныя отношенія господства подготовлены соціальными отношеніями зависимости, которыя имѣютъ мѣсто во всякой соціальной группѣ. Это ученіе, наконецъ, показало, что государство далеко не можетъ быть сдѣлано отвѣтственнымъ за *всѣ* тѣ печальныя явленія, которыми изобилуетъ современная жизнь, т. к. государство есть лишь форма, содержаніе которой дается обществомъ На это содержаніе государство можетъ имѣть хотя и значительное, но во всякомъ случаѣ косвенное вліяніе.

Наука конца 18 и начала 19 столѣтій не признавала, какъ извѣстно, между личностью и государствомъ никакихъ посредствующихъ ступеней, отождествляла соціальный строй съ государствомъ; государство и личность стояли другъ передъ другомъ какъ явленія, ничѣмъ не связанныя. Не удивительно, что при такомъ воззрѣніи причину всѣхъ бѣдствій общественной жизни видѣли единственно въ несовершенствѣ организаціи государства и думали, что стоитъ лишь сдѣлать надлежащія исправленія въ этой организаціи—и сейчасъ же послѣдуетъ улучшеніе соціальныхъ отношеній.

Болѣе внимательное и глубокое изученіе соціальныхъ явленій показало ошибочность этой теоріи, и современная наука признаетъ, что между личностью и государствомъ стоитъ общество, какъ самостоятельный, независимый отъ государства порядокъ явленій. Общество есть совокупность всѣхъ частныхъ отношеній между людьми (а не однихъ только экономическихъ), т. е. отношеній экономическихъ, юридическихъ, умственныхъ, нравственныхъ,

*) l, c, 58

религіозныхъ и т. д. Одинъ и тотъ же человѣкъ можетъ принадлежать ко многимъ общественнымъ группамъ, быть членомъ многихъ ассоціацій, часто распространяющихъ свою дѣятельность за предѣлы того или другого государства. Такимъ образомъ, ни по объему, ни по содержанію общество не совпадаетъ съ государствомъ

Основное начало общества есть личность, этотъ источникъ всей соціальной жизни Нуждаясь какъ въ воздухѣ въ сообществѣ съ себѣ подобными для развитія всѣхъ своихъ силъ и способностей, человѣкъ вступаетъ въ безчисленныя и разнообразныя отношенія съ другими На почвѣ этихъ отношеній и развивается вся общественная жизнь. „Государство связано тѣми умственными, нравственными и религіозными убѣжденіями, которыя разлиты въ обществѣ. Оно не можетъ итти имъ наперекоръ, не подрывая собственныхъ духовныхъ основъ, на которыхъ зиждется вся его сила*) Сознаніе этой зависимости государства отъ общества составляетъ отличительную черту новѣйшей политической науки и наиболѣе цѣнный изъ добытыхъ ею результатовъ. Въ настоящее время въ наукѣ непоколебимо твердо стоитъ положеніе, что государственный бытъ только тогда имѣетъ прочныя основы, когда онѣ покоятся на господствующихъ въ обществѣ убѣжденіяхъ и потребностяхъ

Но всѣ эти безконечно разнообразныя общественныя группы и единенія, входя въ соприкосновеніе другъ съ другомъ и переплетаясь, не представляютъ собою никакого органическаго единства. Напротивъ, по общему правилу здѣсь господствуетъ борьба, и подчасъ борьба ожесточенная, въ которой болѣе сильныя группы стремятся къ преобладанію. „Посредствомъ раздѣленія на классы, общество организуется въ огромные баталіоны, очевидная цѣль которыхъ пойти на войну другъ съ другомъ“**). И хотя экономическій матеріализмъ неправъ, признавая экономическія явленія движущей силой исторіи культуры, а все остальное считая лишь „надстройкой“, хотя движущей силой является духовный факторъ—идеи, но нельзя не видѣть громадной заслуги экономическаго матеріализма между прочимъ въ томъ, что онъ

*) Чичеринъ. Курсъ государственной науки Часть II. Соціологія 1896, 8.

**) Б. Кидд ъ. Соціальная эволюція Пер. съ предисловіями Н К Михайловскаго и проф Вейсмана 1897. Стр. 10

чрезвычайно ярко обнаружилъ неустанную борьбу общественныхъ группъ и стремленіе ихъ къ господству одна надъ другой. Борьба эта сплошь и рядомъ приводитъ къ самымъ печальнымъ явленіямъ, къ порабощенію и эксплуатаціи слабыхъ*).

Все это создаетъ необходимость организаціи общественныхъ союзовъ въ одно гармоническое цѣлое, въ которомъ каждая часть могла бы свободно развивать все свое содержаніе, но вмѣстѣ съ тѣмъ не выдѣляться въ ущербъ остальнымъ частямъ. Такой организаціей является государство, какъ союзъ, управляющій совокупными интересами народа, какъ высшій и безпристрастный посредникъ между борющимися общественными группами, разграничивающій сферы ихъ дѣятельности, охраняющій слабыхъ отъ эксплуатаціи сильныхъ, имѣющій въ виду интересы и всѣхъ будущихъ поколѣній, а посему не позволяющій развиваться принципу après nous le déluge, и направляющій всю общественную дѣятельность къ одной высшей идеальной цѣли. Эта цѣль—созданіе идеальнаго общежитія: *всеобщее братство свободныхъ, всесторонне и гармонически развитыхъ индивидуумовъ, пользующихся всѣми благами культуры и живущихъ высшею духовною жизнью, общежитіе, гдѣ единственной формой борьбы будетъ духовная борьба, гдѣ уваженіе къ праву войдетъ въ плоть и кровь каждаго и гдѣ не будетъ мѣста для какою-бы то ни было проявленія насилія и дикости**)*

---

*) „Ничто не настраиваетъ человѣка такъ грустно, какъ разсмотрѣніе соціальной борьбы. Безнравственность ея глубоко поражаетъ наше нравственное чувство. Сообразжаться съ требованіями этики могутъ лишь индивиды; общества же, какъ лавины неудержимо и съ разрушительной силой катятся на свою жертву. О совѣсти можетъ быть рѣчь только у личности, у соціальныхъ общеній нѣтъ совѣсти. Каждое средство хорошо, лишь бы оно вело къ цѣли". Л. Гумпловичъ Основы социологіи. Пер. подъ ред. прив.-доц. В. Гессена. 1899. стр. 241.

*) Фуллье вполнѣ правъ, говоря, что соціальный идеалъ есть съ одной стороны возможно полное и всестороннее развитіе индивидуальности каждой отдѣльной личности, а съ другой—наиболѣе полное проникновеніе каждой отдѣльной личности чувствами солидарности и братства со всѣмъ человѣчествомъ. Свободный договоръ—вотъ типъ, по которому сознательно или безсознательно стремятся образоваться всѣ безъ исключенія отношенія между людьми. Сравн. блестящія и глубокія страницы 410—418 (Synthèse de la sociologie et de la cosmologie) въ его книгѣ „La science sociale contemporaine" 1897. Думается мнѣ, что В. Н. Чичеринъ едва ли правъ отрицательно относясь къ мыслямъ, изложеннымъ на этихъ страницахъ (см. его прекрасную посмертную книгу „Вопросы философіи". 1904, стр. 135—136). Штаммлеръ („Die Lehre v. d. richtig. Rechte") представляетъ себѣ соціальный идеалъ въ видѣ общества, въ которомъ каждый членъ есть самоцѣль. По Чичерину идеаломъ обще-

Эту свою великую культурную миссію государство можетъ исполнить только благодаря тому, что оно является владычествующимъ, господствующимъ союзомъ, союзомъ, въ которомъ моменты права и въ особенности власти (находящіеся въ каждомъ человѣческомъ союзѣ) достигаютъ наивысшаго развитія. Признакъ, который рѣзко выдѣляетъ государственную власть отъ всѣхъ другихъ видовъ власти, признакъ, являющійся специфическимъ признакомъ государства и вмѣстѣ съ тѣмъ—причиной всѣхъ нареканій на государство, есть принудительность. Государственная власть, и только она одна, имѣетъ въ своемъ распоряженіи цѣлую систему организованной защиты права, въ числѣ гарантій котораго находятся мѣры внѣшней защиты, мѣры насильственныя.

До сихъ поръ въ наукѣ права господствуетъ теорія, считающая принудительность специфическимъ признакомъ правовыхъ нормъ. Противъ этой теоріи приводятся чрезвычайно сильныя возраженія. Фуллье глубоко вѣрно замѣчаетъ, что право достигаетъ своего максимума тогда, когда принужденіе сводится къ минимуму *).

Но во всякомъ случаѣ не можетъ подлежать сомнѣнію, что внѣшнее принужденіе является хотя и не единственной (и быть можетъ не лучшей), но весьма существенной гарантіей права. А разъ это такъ, то необходимо для предовращенія bellum omnium contra omnes передать осуществленіе этой гарантіи въ наиболѣе безпристрастныя руки, необходимо монополизировать примѣненіе силы.

житія является такая форма его, гдѣ царствуетъ наибольшая степень свободы личности и гдѣ нравственный законъ господствуетъ надъ всѣми отношеніями

Вообще, какимъ бы образомъ ни формулировать тотъ отдаленный и недосягаемый идеалъ, къ которому стремится человѣчество, несомнѣнно, что составными частями формулы должны быть свобода, всестороннее развитіе индувидуума, солидарность и братство всѣхъ людей, пріобщеніе всѣхъ къ высшей духовной жизни и къ благамъ культуры, отсутствіе насилія, грубости и дикости уваженіе къ праву.

*) L'idée moderne du droit. 281—284; La science sociale 72, 270—271. Ту же самую мысль высказываетъ Ziller Allgemeine philosophische Ethik 1880, 221.—Сравн. Еллинекъ, l c, 220, Merkel. Iuristische Encyklopadie. 1900. § 50; Петражицкій. Очерки философіи права. 1900; Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права. 1904. § 12; Гамбаровъ. Право въ его основныхъ моментахъ (въ „Сборн. общ. юрид. знаній". 1899.), Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht. 1878, 233 и слѣд.; Регельсбергеръ. Общее ученіе о правѣ. Перев. И. Базанова. 1897, 10—11; T. Sternberg. Allgemeine Rechtslehre. 1904, 31—32.

Распорядителемъ ея можетъ быть лишь союзъ, объединяющій всѣ остальные союзы, стоящій надъ ними, стремящійся къ болѣе высокимъ цѣлямъ, т. е. государство въ лицѣ своей власти.

Необходимость власти, вооруженной внѣшними средствами защиты права, станетъ еще болѣе очевидной, если мы вспомнимъ о слишкомъ извѣстномъ присутствіи въ человѣкѣ темныхъ силъ, способныхъ при благопріятныхъ обстоятельствахъ развиться до чудовищныхъ размѣровъ.

Не могу отказать себѣ въ удовольствіи привести замѣчательную страницу старика Аристотеля. „А кто не можетъ жить въ обществѣ, или кто не имѣетъ ни въ чемъ нужды, потому что самъ доволенъ собою во всемъ, тотъ не составляетъ никакой части государства и есть или звѣрь, или богъ. Между тѣмъ во всѣхъ людяхъ есть природное стремленіе къ такого рода общежитію; и основатель такой формы общежитія былъ виновникомъ величайшихъ благъ для людей. Потому что, если, съ одной стороны въ совершенствѣ своемъ человѣкъ есть лучшій изъ всѣхъ живыхъ существъ, то съ другой стороны, оставаясь внѣ закона и справедливости, онъ становится худшимъ изъ всѣхъ, т. к. вооруженная несправедливость есть самая ужасная, а человѣкъ дѣйствительно по природѣ владѣетъ могущественнымъ оружіемъ, которое заключается въ его мудрости и энергіи —оружіемъ, которое онъ можетъ употреблять въ ту или другую сторону. Потому безъ добродѣтели человѣкъ становится самымъ нечестивымъ и самымъ дикимъ существомъ, а въ отношеніи къ половому наслажденію и пищѣ онъ хуже тогда всякаго животнаго. Но справедливость имѣетъ мѣсто только въ политической жизни, потому что весь строй политическаго общежитія держится на правѣ, а право само по себѣ есть ничто иное, какъ основа для критики справедливаго и несправедливаго“*).

Дѣйствительно, если человѣкъ есть, съ одной стороны, носитель искры Божіей, то съ другой стороны въ громадномъ большинствѣ людей эта искра или совсѣмъ погасла или едва тлѣ-

*) „Политика“, переводъ Скворцова, стр. 8.

етъ, ежеминутно грозя погаснуть. Надо только представить себѣ, до какихъ грандіозныхъ размѣровъ способенъ разрастаться звѣрь въ человѣкѣ при благопріятныхъ обстоятельствахъ, чтобы разъ навсегда признать несбыточной утопіей ученія такихъ благородныхъ представителей анархизма, какъ Толстой, переоцѣнивающихъ идеальную сторону человѣка, и игнорирующихъ другое начало въ природѣ человѣка, начало, благодаря которому человѣкъ такъ часто бываетъ „звѣроподобнѣе всѣхъ скотовъ".

Вотъ почему Еллинекъ безусловно правъ, говоря, что отсутствіе права и государства повлекло бы за собой „bellum omnium contra omnes" *). Въ этой войнѣ сейчасъ бы возникли отношенія силы и зависимости, и такъ какъ ничто въ мірѣ не можетъ уничтожить различія между слабымъ и сильнымъ, эгоистичнымъ и альтруистичнымъ, благожелательнымъ и порочнымъ, то не подлежитъ сомнѣнію, какой изъ этихъ типовъ останется побѣдителемъ въ обществѣ, не признающемъ права и самой лучшей, надежной гарантіи этого права—государства. Конечно,—„государство" отнюдь не тожественно съ той или другой формой государства: и Швейцарскій кантонъ, и восточная деспотія—государства, а вполнѣ возможно государство съ гораздо большею степенью свободы личности, чѣмъ въ Швейцаріи.

Идея государства нисколько не повинна въ томъ, что жизнь знаетъ безчисленныя рѣзкія отклоненія отъ этой идеи (напр.—отожествленіе государства съ правительствомъ), и что въ сущности едва ли можно говорить о полномъ осуществленіи этой идеи гдѣ бы то ни было и когда бы то ни было.

Итакъ, въ своей идеѣ власть не есть зло. Она есть охранительница твердаго правопорядка, а этотъ порядокъ, основа общежитія, есть драгоцѣнное благо, которое, подобно воздуху, замѣчается лишь тогда, когда его недостаетъ. Идеаломъ можетъ быть не упраздненіе власти, не анархія, а такая организація власти, при которой власть была бы лишь выразительницей интересовъ всего общества, разумной руководительницей его **) и охранительницей правъ каждаго гражданина, предостав-

*) l. c., кн. II, гл. 7

**) Правильно замѣчаетъ Франческо Нитти. „Существуютъ виды свободы, возможные только при наличности высшихъ формъ соціальной кооперації. Всѣ наиболѣе возвышенныя идеи, всѣ высокія дѣянія зарождаются лишь въ небольшомъ кругу избранниковъ, и свободная ассоціація часто не способна распространить ихъ, и они

ляя этому гражданину полную возможность истинно-человѣческаго существованія*).

А это и есть проблема, надъ рѣшеніемъ который наука работаетъ уже столько времени и нельзя сказать чтобы безуспѣшно **).

Сплошь и рядомъ принципіальные противники власти утверждаютъ, что власть поддерживаетъ свое существованіе только силой. Это крупное заблужденіе. Власть не могла бы продержаться ни одного дня, если-бы она опиралась только на силу и открыто заявила бы, что не она существуетъ для народа, а наоборотъ.

Даже въ восточныхъ деспотіяхъ основой власти служитъ не личный произволъ деспота, не сила, а извѣстный рядъ идей, господствующій въ данную минуту среди большинства народа и служащій теоретическимъ основаніемъ существующаго порядка. Государственная власть должна опираться на убѣжденіе народа въ ея правомѣрности ***).

пропали бы безслѣдно, если бы какая нибудь принудительная сила не позаботилась объ ихъ сохраненіи. Въ подобныхъ случаяхъ государство, далекое отъ покушенія на личную свободу, напротивъ, дѣлаетъ возможнымъ ея практическое осуществленіе". („Основныя начала финансовой науки" 1904, 20)—Весь третій томъ „Курса государственной науки" Б. Н. Чичерина представляетъ собою замѣчательное по глубинѣ изслѣдованіе о руководящей роли государства по отношенію къ обществу. Уже одного примѣра реформъ императора Александра II, которыя Чичеринъ справедливо называетъ „фундаментомъ, на которомъ основана вся будущность Россіи" (стр 319), достаточно, чтобы оцѣнить по достоинству культурную миссію государства.—Сравн замѣчанія о важности государственной дѣятельности у—Милля Система логики. 1878. II, 494 и слѣд. Хорошо изложенъ вопросъ о культурныхъ задачахъ государства у Leroy-Beaulieu L'état moderne et ses fonctions 1900

*) „Власть, приспособленная къ поддержанію правъ каждаго гражданина противъ другихъ и уважающая тѣ же права въ ея собственномъ обхожденіи съ гражданами". Спенсеръ. Основанія этики. Перев. под. ред. Рубакина 1899. II, 101

**) Кантъ (Rechtslehre, II) говоритъ, что верховная власть должна быть устроена такъ, чтобы всеобщая свобода самоопредѣленія не была подавлена, чтобы порядокъ сочетался съ законностью и равенствомъ Руссо (Contr. Soc.) требуетъ такой формы союза, посредствомъ которой, каждый соединяясь со всѣми, повиновался бы одному только самому себѣ. У Фихте мы находимъ наиболѣе полно и послѣдовательно проведенный принципъ свободы и автономіи личности по отношенію къ государству.

***) Еллинекъ l. c., III, 12, § II Ср. Дайси. Основы государственнаго права Англіи. Пер. подъ ред. проф Виноградова. 1891. Стр. 58 и слѣд; Гиддингсъ. l. c., 461; Tarde. Les lois de l'imitation (глава шестая). Совершенно правъ Wilson (L'état etc. Traduction de I. Wilhelm 1902, I, 351), говоря „les changements qui brusquement rompent avec l'opinion générale, n'ont pas les sympaties de cette opinion, provoquent son opposition et, inévitablement, sont détruits par cette opposition".

Кромѣ того нельзя забывать, что властвующіе не стоятъ надъ государствомъ, а входятъ въ его составъ, находятся въ отношеніи взаимной зависимости со всѣмъ государствомъ; а въ этой взаимной зависимости заключается основа властвованія. Властвованіе никогда не исчерпывается одними велѣніями властвующаго. Подчиняющійся чужой волѣ самъ идетъ на встрѣчу, предугадываетъ и предупреждаетъ желанія. Словомъ, —„властвованіе предполагаетъ вообще сознаніе не со стороны властвующаго, а только со стороны подвластнаго“ *).

Слишкомъ это старая истина, что голая сила — факторъ болѣе чѣмъ ненадежный, и что если извѣстная форма общежитія начинаетъ поддерживаться только силой, то это самый вѣрный признакъ очень серьезной болѣзни, которую надо немедленно лечить, иначе скоро послѣдуетъ смерть Отождествлять власть и насиліе, право и силу—одно изъ самыхъ опаснѣйшихъ заблужденій: „право должно быть сильнымъ, но для того, чтобы быть сильнымъ, оно должно быть правомъ“.

То теченіе человѣческой мысли, представителемъ котораго является Левъ Толстой, не отрицаетъ присутствія въ человѣкѣ темныхъ силъ, но находитъ, что бороться со зломъ надо добромъ. Поэтому насиліе (внѣшнее принужденіе), какъ зло, не должно никогда, ни при какихъ условіяхъ быть употребляемо. Пусть каждый начнетъ съ исправленія самого себя, и когда всѣ проникнутся чувствомъ братства и любви ко всему человѣчеству,— великая проблема общежитія будетъ разрѣшена.

Нельзя не замѣтить, что основные элементы только что приведеннаго ученія признаются большинствомъ мыслителей, отнюдь не принадлежищимъ къ анархизму. Напр. Спенсеръ говоритъ, что государственная власть есть сумма учрежденій и орудій принужденія, сдерживающихъ антисоціальныя и эгоистическія склонности и обезпечивающихъ преобладаніе склонностей альтруистическихъ. Развитіе нравственнаго чувства, т. е. симпатическихъ и альтруистическихъ склонностей постепенно ведетъ къ уни-

*) Н Коркуновъ. Русское государственное право. 1901 I, 24 Нѣсколько раньше (стр 21) авторъ правильно замѣчаетъ, что „гражданинъ выполняетъ свой долгъ подчиненія государству не только, когда исполняетъ велѣнія правительства, но точно также, если еще не больше и полнѣе, когда стремится разъяснить и предупредить ошибки или злоупотребленія правителей“. Полнѣе и обстоятельнѣе развита Коркуновымъ его теорія власти въ изслѣдованіи „Указъ и законъ“. 1894.

чтоженію принудительныхъ учрежденій, необходимость власти уменьшается по мѣрѣ того, какъ увеличивается уваженіе къ правамъ личности, и такимъ образомъ функціи власти все больше и больше должны сокращаться, т. к. когда нравственный законъ сдѣлается достаточно сильнымъ, принужденіе должно исчезнуть. Мы идемъ къ такой формѣ общежитія, при которой власть приводится къ minimum'у, а свобода къ maximum'у *)

Фуллье, какъ мы видѣли, однимъ изъ элементовъ идеала общежитія считаетъ проникновеніе каждой отдѣльной личности чувствами солидарности и братства со всѣмъ человѣчествомъ.

Очевидно, что воззрѣнія Спенсера и Фуллье имѣютъ много общаго, напр., съ ученіемъ Толстого Но въ то время, какъ Спенсеръ говоритъ о постепенномъ сокращеніи функцій власти, объ исчезновеніи принужденія лишь тогда, когда нравственный законъ сдѣлается достаточно сильнымъ, въ то время какъ Фуллье считаетъ право необходимымъ средствомъ къ достиженію всеобщаго братства, Толстой требуетъ немедленнаго упраздненія власти и принужденія, не признавая за правомъ никакого положительнаго значенія.

Несомнѣнно, что „развитіе индивидуума зависитъ отъ широкаго простора для самодѣятельности, что жизнь, гдѣ главную роль играютъ учрежденія, жизнь, устроенная такъ, что власть подавляетъ въ ней свободу, оказываетъ роковое вліяніе на развитіе раціональной жизни“ **), несомнѣнно, что поговорка: quid leges sine moribus имѣетъ глубочайшій смыслъ; несомнѣнно, что общежитіе держится на устояхъ болѣе солидныхъ и болѣе достойныхъ человѣческой природы, чѣмъ принужденіе ***); несомнѣнно,

---

*) Я заимствую это очень сжатое, но совершенно правильное изложеніе сущности теоріи Спенсера у Фуллье („Исторія философіи“. 1893, 478—479). Въ Social Statics Спенсеръ увлекается до того, что считаетъ всякое законодательство противорѣчащимъ нравственности, т. к. оно основано на принужденіи, которое во всякомъ случаѣ есть зло.—Ср. Геффдингъ Этика. 1898. Стр 319.

**) Ф. Гиддингсъ, l. c., 468.

***) „Кромѣ государства существуютъ еще другія социальныя силы, представляющія существенныя гаранти соблюденія нормъ права. То неорганизованное давленіе, которое производятъ на индивида и общество общепризнанные социальные нравы, особыя правила приличія опредѣленныхъ общественныхъ классовъ и профессій, конфессіональные союзы, пресса и литература,—гораздо сильнѣе, чѣмъ сознательное, осуществляемое государствомъ принужденіе. Съ прекращеніемъ давленія указанныхъ социаль-

наконецъ, что выставляемый Толстымъ законъ любви есть самое могучее и наиболѣе дѣйствительное средство для борьбы со зломъ.

Но вопросъ долженъ быть поставленъ такъ: есть ли это средство единственное и исключительное?

Едва ли. Звѣрь въ человѣкѣ слишкомъ еще силенъ и человѣчество сдѣлало только первые шаги для обузданія этого звѣря. Одинъ изъ благороднѣйшихъ идеалистовъ—Фурье сказалъ, что человѣчество находится еще въ періодѣ дѣтства, и съ этимъ, не смотря на всѣ телеграфы, желѣзныя дороги, электричество, академіи, театры, библіотеки, можно согласиться: достаточно вспомнить о существованіи войны со всѣми связанными съ нею и обусловленными ею явленіями. Предстоитъ еще очень и очень много времени, пока исполнятся евангельскія предсказанія о всеобщемъ братствѣ, о единомъ стадѣ и единомъ пастырѣ, о перекованіи мечей въ орала. А пока,—оглянитесь кругомъ и посмотрите, что дѣлается въ нашемъ столь культурномъ мірѣ, и вы увидите, что вездѣ еще въ полной силѣ царитъ Гоббесовское homo homini lupus!

И если мы даже оставимъ въ сторонѣ отношенія между государствами, отношенія, основанныя на политикѣ лжи, обмана и грубой силы, если мы оставимъ въ сторонѣ глубоко возмутительные примѣры звѣрства представителей наиболѣе культурныхъ народовъ по отношенію къ „низшимъ расамъ“, если мы посмотримъ только на то, что дѣлается внутри государства, то увидимъ такое ужасающее количество лжи, произвола, дикости, грубости, насилія и полнаго озвѣренія, что невольно можно проникнуться самымъ безотраднымъ пессимизмомъ и пожелать, чтобы какая-нибудь благодѣтельная комета прекратила всю эту вакханалію *).

И только созерцая великія произведенія человѣческаго духа въ области философіи, науки, искусства, созерцая рядъ нрав-

---

ныхъ силъ разрушился бы самый правопорядокъ, ибо правовое принужденіе является только элементомъ, служащимъ для необходимаго подкрѣпленія внѣ государственныхъ гарантій. Не разъ уже подтверждалось на опытѣ, что тамъ, гдѣ правопорядокъ впадаетъ въ противорѣчіе съ глубоко вкоренившимся соціальнымъ или религіознымъ обычаемъ, правовое принужденіе безсильно. Дерогирующая сила обычнаго права, фактическое непримѣненіе законовъ, неопровержимо доказываетъ, что правовое принужденіе не способно само по себѣ гарантировать право“. Еллинекъ. I. с. 219—220.

*) Едва ли не важнѣйшей причиной такого положенія является то обстоятельство, что въ современномъ государствѣ на первомъ планѣ стоятъ не чисто-культурные интересы, а интересы могущества и власти. Ср. A. Menger. Neue Staatslehre 44—70.

ственныхъ подвиговъ отдѣльныхъ личностей на протяженіи всей исторіи, наблюдая жизнь нѣкоторыхъ отдѣльныхъ группъ человѣчества, жизнь, насквозь проникнутую въ высокой степени симпатичными и идеально-чистыми религіозными воззрѣніями *), начинаешь вѣрить въ лучшее будущее человѣчества, начинаетъ вѣрить въ осуществленіе евангельскихъ предсказаній, вѣрить, что „настанетъ нѣкогда день, когда лучи идеи, освѣщающей теперь только высочайшія и свободнѣйшія горныя вершины, проникнутъ во все человѣчество до самыхъ глубокихъ его слоевъ“ **), убѣждаешься, что, не смотря на присутствіе темныхъ силъ, человѣкъ все таки есть завершеніе того великаго, дивнаго, гармоническаго и разумнаго порядка, который называется природой***).

Но темныя силы все таки существуютъ и существуютъ слишкомъ реально. Скажу больше. Шопенгауеръ писалъ †), что искоренить неправду изъ общества совсѣмъ, безъ остатка, есть дѣло невозможное, и я думаю, что великій мыслитель правъ. Всеобщее братство есть идеалъ, къ которому человѣчество стремится, къ къ которому все больше и больше приближается, но котораго никогда не достигнетъ в п о л н ѣ, потому что этому препятствуетъ первородный грѣхъ человѣка: Калибанъ всегда проявится, лишь только этому будетъ благопріятствовать условія. Припомнимъ восклицаніе такого глубоко-гуманнаго писателя, какъ Диккенсъ (въ „Оливерѣ Твистѣ“): „Сколько жестокости заключается въ самой природѣ человѣка!“ И такъ какъ искоренить совершенно звѣря въ человѣкѣ невозможно, то всѣ усилія должны быть направлены къ тому, чтобы проявленія этого звѣря свести къ минимуму.

---

*) См напр. прекрасную книгу „Душа одного народа“. Разсказъ англійскаго офицера Ф и л ь д и н г а о жизни его въ Бирмѣ. 1904.

**) Ф. Іодль Исторія этики въ новой философіи. Пер. подъ. ред. Влад. Соловьева. 1898. II, 401.

***) „Итакъ по естественнымъ и нравственнымъ основаніямъ процессъ совершенствованія, составляющій нравственный смыслъ нашей жизни, можетъ быть мыслимъ только какъ процессъ собирательный происходящій въ собирательномъ человѣкѣ т е въ семьѣ, народѣ, человѣчествѣ. . . . Совершенствуется народъ, углубляя и расширяя свою естественную солидарность съ другими народами въ смыслѣ нравственнаго общенія. Совершенствуется человѣчество, организуя добро въ общихъ формахъ религіозной, политической и соціально-экономической культуры, все болѣе и болѣе соотвѣтствующихъ окончательной цѣли—сдѣлать человѣчество готовымъ къ безусловно-нравственному порядку, или царству Божію“. В л а д. С о л о в ь е в ъ. Оправданіе добра Нравственная философія. 1899 Стр. 578—579.

†) Parerga und Paralipomena. Изданіе Otto Hendel. II, 240.

Если бы мы сейчасъ, въ настоящій моментъ стали бы примѣнять режимъ, годный лишь для идеальнаго общества, мы бы сильно поплатились за свое желаніе опередить жизнь. Лучшей иллюстраціей къ только что сказанному можетъ служить судьба созданной симпатичнѣйшимъ изъ людей, Робертомъ Оуэномъ, колоніи Нью-Гармони въ Сѣв. Америкѣ. Несмотря на духовную мощь своего организатора, несмотря на сильный подъемъ духа, царившій среди членовъ колоніи и обусловившій процвѣтаніе ея въ первые годы, черезъ нѣсколько лѣтъ все распалось. Совершенно правъ Туганъ-Барановскій, говоря по этому поводу: „Жители Нью-Гармони воспитались и выросли въ совершенно иной соціальной обстановкѣ, чѣмъ та, которую они старались создать въ своей кооперативной общинѣ. Ихъ нравы, привычки, характеры развились на почвѣ борьбы за существованіе*) и закона конкурренціи, верховныхъ владыкъ капиталистическаго міра. Какъ же могли они годиться для созданія новаго общества, основной законъ котораго требовалъ безкорыстнаго служенія общимъ интересамъ? Порыва энтузіазма могло хватить на нѣсколько лѣтъ, но огонь воодушевленія не принадлежитъ къ числу прочныхъ и устойчивыхъ строительныхъ матеріаловъ Новый соціальный строй требуетъ и новаго человѣка, который не можетъ явиться по первому зову благороднаго мечтателя“**) Каждый изъ насъ проникся бы уваженіемъ къ человѣку, который вполнѣ соблюдалъ бы правила Евангелія, съ особенной полнотою выраженныя въ Нагорной проповѣди. Но вмѣстѣ съ тѣмъ едва ли можетъ возникнуть сомнѣніе, что нашлось бы очень много охотниковъ воспользоваться очень удобнымъ для нихъ отсутствіемъ внѣшнихъ средствъ защиты, и горсть истинныхъ христіанъ была бы стерта съ лица земли темными силами ***).

*) Нѣкоторыя ученые (напр. Бенъ. Кидд ъ „Соціальная эволюція“) находятъ, что эта борьба есть основное начало исторіи культуры, что нечего и думать о прекращеніи ея, и что антагонизмъ между интересами личности и интересами общества ничѣмъ неустранимъ.

**) „Очерки по новѣйшей исторіи политической экономіи“. 1903 Стр. 104—105.— Очень интересные факты сообщаетъ Noges History of American socialisms. 1870: въ Америкѣ и Англіи за послѣднее время образовалось нѣсколько коммунистическихъ обществъ на анархическихъ началахъ. И вотъ отсутствіе власти въ связи съ присутствіемъ темныхъ силъ природы человѣка повело къ разложенію многихъ изъ этихъ общинъ, не смотря на полную солидарность членовъ во взглядахъ на основу общежитія.

***) „Безъ правительства индивидуумы, обладающіе нѣкоторыми зародышами болѣе высокой мысли и чувства, были бы преодолѣны силою и ихъ энергія должна была бы

Что христіанскій идеалъ есть законъ любви и всепрощенія, что онъ несовмѣстимъ не только съ войной, но и со всякимъ проявленіемъ насилія, это не подлежитъ сомнѣнію. Это признаютъ многіе выдающіеся защитники существующаго порядка вещей. Такъ, проф. Паульсенъ оспариваетъ теоріи соціалистовъ, доказываетъ необходимость и смертной казни, и войска, но вмѣстѣ съ тѣмъ говоритъ, что нельзя придумать болѣе рѣзкаго противорѣчія, чѣмъ то, которое мы видимъ теперь: церковь молится за военные успѣхи и благословляетъ войска въ явное нарушеніе закона Христа, запрещающаго всякое насиліе*).

Но изъ существованія идеала нельзя еще дѣлать вывода, что употребленіе силы всегда и при какихъ бы то ни было обстоятельствахъ есть зло абсолютное и не можетъ быть допускаемо**).

Представимъ себѣ, что мы путешествуемъ для изученія флоры и фауны острововъ Полинезіи и попадаемъ въ такое мѣсто, гдѣ туземцы не прочь поѣсть человѣческаго мяса Неужели для того, чтобы не нарушить принципа, мы должны позволить сдѣлать изъ себя бифштексы? Да зачѣмъ забираться такъ далеко: ко мнѣ ночью входитъ разбойникъ и желаетъ перерѣзать мнѣ горло. Что тутъ дѣлать. употребить свой револьверъ, или пожертвовать жизнью во имя принципа „не убій“? Я думаю, что самый завзя-

---

отвратиться отъ умственнаго и нравственнаго прогресса и направиться на самозащиту. Мы не можемъ представить себѣ мыслительную силу Ньютона, творческій геній Шекспира или Бетховена или вѣрность долгу Линкольна въ обществѣ, гдѣ жизнь подвергалась бы каждую минуту опасности и гдѣ общественные интересы были бы настолько мало опредѣлены, что уничтожали бы всякую возможность предаваться размышленіямъ и не доставляли бы никакой награды за постоянство цѣли“. Гиддингсъ Основанія соціологіи. Стр. 468—469

*) System der Ethik 1900. I, 71—72.—Блекки („Четыре фазиса нравственности“ 1899. стр 311—313) пытается доказать, что ученіе Христа не запрещаетъ войны, но аргументація автора представляетъ собою сплошной рядъ противорѣчій —Ср. прекрасныя замѣчанія о христіанствѣ у Фюстель де Куланжа „La cité antique“. 1898. стр. 456—464.—При сравненіи христіанскаго идеала съ дѣйствительностью невольно вспоминаются слова Спенсера („Справедливость“. 1898. Стр. 221)· „Во всемъ христіанскомъ мірѣ съ его храмами и церквами, съ егообиліемъ благочестивыхъ книгъ и обрядовъ, имѣющихъ цѣлью внушеніе религіи любви, религіи, поощряющей милосердіе и всепрощеніе, мы видимъ господство насилья и мстительности, какую можно найти повсюду у дикарей“.

**) Вл. Соловьевъ. („Оправданіе добра“, стр. 397) правильно замѣчаетъ: „Такъ какъ въ мускульной силѣ самой по себѣ нѣтъ ничего дурнаго, то нравственный или безнравственный характеръ ея примѣненія рѣшается въ каждомъ случаѣ намѣреніемъ лица и существомъ дѣла“.

тый моралистъ формальной школы отвѣтитъ въ такой моментъ, пародируя Бисмарка: пусть лучше начнетъ г разбойникъ. Въ своемъ разсказѣ „Дуэль“ Антонъ Чеховъ говоритъ устами одного изъ героевъ: „По ихъ ученію, если къ вамъ приходитъ бугорчатный, или убійца, или эпилептикъ и сватаетъ вашу дочь—отдавайте; если кретины идутъ войною на физически и умственно здоровыхъ,—подставляйте головы. Эта проповѣдь любви, ради любви, какъ искусства для искусства, если бы могла имѣть силу, въ концѣ концовъ привела бы человѣчество къ полному вымиранію и такимъ образомъ совершилось бы грандіознѣйшее изъ злодѣйствъ, какія когда нибудь бывали на землѣ“.

Вспоминаются мнѣ здѣсь слова одного извѣстнаго нѣмецкаго криминалиста. Говоря объ институтѣ крайней необходимости, онъ находитъ, что если бы человѣкъ, умирающій съ голоду, не взялъ лежащаго передъ нимъ чужого хлѣба, не желая нарушить принципа „не укради“, то онъ заслуживалъ бы не мученическаго вѣнца, а дурацкаго колпака. Быть можетъ, мнѣніе это слишкомъ рѣзко, быть можетъ подобнаго рода поступкамъ нельзя отказать въ своего рода величіи, но во всякомъ случаѣ несомнѣнно одно, что не человѣкъ существуетъ для субботы, а суббота для человѣка, подобно тому, какъ omne jus hominum causa constitutum est.

Къ чему же тогда идеалы, скажетъ читатель? Какое можно придавать имъ значеніе, когда всякій разъ ихъ дозволяется обходить, если они оказываются неудобными?

Здѣсь я не могу долго останавливаться на этомъ сложномъ и важномъ вопросѣ Ограничусь нѣсколькими замѣчаніями.

Идеалы имѣютъ огромное значеніе для жизни: они даютъ ей смыслъ и значеніе, служатъ маяками, указывающими путь человѣчеству, они представляютъ собою единственную абсолютную духовную цѣнность. „Идеалъ въ сущности болѣе истиненъ, чѣмъ сама реальность, потому что идеалъ есть вѣчный моментъ вещей гибнущихъ: онъ ихъ типъ, ихъ число, ихъ причина существованія, ихъ формула въ книгѣ Творца; слѣдовательно, онъ есть ихъ вѣрнѣйшее и въ то же время кратчайшее выраженіе“*).

---

*) „Изъ дневника Аміэля“ Переводъ подъ ред Льва Толстого 1894. Стр 41 — „Въ сущности говоря, реальность обусловливается идеаломъ, который и составляетъ цѣль этой реальности, и исторію дѣяній невозможно понять безъ исторіи идей“. А. Фуллье, Исторія философіи. 1893 Стр. 5.

Не упразднять идеалы, не обходить ихъ, не идти въ разрѣзъ съ ними, а *стремиться осуществить ихъ насколько это окажется возможнымъ въ данное время и при данныхъ условіяхъ*,—вотъ что составляетъ трудную задачу человѣчества. Но при этомъ никогда не слѣдуетъ забывать заповѣди: „не сотвори себѣ кумира". Жизнь всегда при своей необъятности будетъ представлять случаи, которыя нельзя уложить въ готовыя формулы, какъ бы красиво эти формулы ни звучали. Въ частности, для законодателя руководящимъ правиломъ всегда должно быть приспособленіе къ среднему человѣку. всѣ законы пишутся въ расчетѣ именно на такого человѣка, а не на героя.

Чтобы сдѣлать мою основную мысль совершенно ясной, воспользуюсь слѣдующимъ примѣромъ. Линія, кругъ, шаръ—все это чисто-идеальныя построенія разума, не только не существующія но и не могущія существовать въ природѣ А между тѣмъ эти идеалы оказываетъ самое реальное, могучее вліяніе на жизни: мы стремимся, напр., изъ даннаго матеріала сдѣлать шаръ, какъ можно болѣе подходящій къ идеальному шару, существующему только въ теоріи Й если нашъ матеріалъ таковъ, что, напр., въ нѣкоторыхъ мѣстахъ мы вынуждены оставить на поверхности углубленія и возвышенія, то мы все таки постараемся, чтобы эти углубленія и возвышенія насколько возможно не нарушали общаго впечатлѣнія шара. Мы такимъ образомъ будемъ считаться съ нашимъ матеріаломъ, но въ то же время имѣть виду конечную цѣль, Аристотелевскую causa finalis, Платоновскую идею.

Одной изъ благороднѣйшихъ задачъ науки является установленіе и оцѣнка идеаловъ, этихъ маячныхъ огней, указывающихъ человѣчеству лучшее будущее; вмѣстѣ съ тѣмъ наука изыскиваетъ средства къ осуществленію идеаловъ*).

---

*) Проф. П Новгородцевъ („Изъ лекціи по общей теоріи права. Часть методологическая" 1904), говоритъ: „Крупной и знаменательной работа юриспруденціи можетъ быть только тогда, когда она исходитъ отъ идеальныхъ началъ и вдохновляется ими, когда она свободно обозрѣвая свой матеріалъ, возвышается надъ нимъ во имя высшихъ принциповъ Безъ этого ея остается полезная, конечно, но чисто техническая задача приспособленія законодательнаго матеріала для нуждъ практическаго оборота". Тѣ же мысли авторъ высказываетъ въ своей прекрасной работѣ „Нравственный идеализмъ въ философіи права" (въ сборникѣ „Проблемы идеализма". Стр. 248)—Сравн. Прив.-доц В Гессенъ „О наукѣ права" въ сборникѣ „Введеніе въ изученіе соціальныхъ наукъ", подъ ред. проф. Н. Карѣева. 1903.

Но, конечно, для того, чтобы идеалы не превращались въ утопіи, необходимо тщательное изученіе дѣйствительности. Категоріи „долженствованія“ и „бытія“ вовсе не являются столь чуждыми другъ другу, какъ это находятъ нѣкоторые выдающіеся представители человѣческой мысли: для того, чтобы опредѣлить то, что должно быть, надо предварительно опредѣлить, то, что существуетъ и что возможно. При этомъ „возможно“ вовсе не слѣдуетъ понимать въ смыслѣ полнаго осуществленія. Каждый великій идеалъ заключаетъ въ себѣ большую долю безконечнаго: онъ недостижимъ во всей своей полнотѣ. Но именно благодаря этому онъ не даетъ людямъ успокоиться на достигнутыхъ результатахъ, онъ призываетъ къ безпрерывной работѣ, движенію впередъ, держитъ въ напряженіи всѣ силы ихъ духа. Критеріемъ для отличія дѣйствительныхъ идеаловъ отъ химеръ служитъ согласіе съ разумно понятой природой человѣка, и возможность служить счастію человѣчества*). Примѣромъ ложныхъ идеаловъ можетъ служить выставляемый Толстымъ идеалъ абсолютнаго цѣломудрія: достиженіе этого идеала (если бы даже допустить, что когда-нибудь удалось бы искоренить изъ природы человѣка половое влеченіе) значило бы прекращеніе жизни человѣчества. Совершенно другимъ характеромъ отличается выставляемый Толстымъ идеалъ всеобщаго братства и полнаго отсутствія насилія. И этотъ идеалъ недостижимъ, но онъ глубоко разуменъ, онъ несомнѣнно вытекаетъ изъ природы человѣка, какъ нравственно-разумнаго существа, стремящагося къ высшей духовной жизни; наконецъ, онъ служитъ счастію человѣчества: чѣмъ больше человѣчество къ нему приближается, тѣмъ лучше становится жизнь. Это дѣйствительно маякъ, освѣщающій каждый шагъ на пути къ завѣтной цѣли, вѣрный и на-

*) Stérile est la chimère, comme ces monstres qui, alors même qu'ils ont pu naître ne peuvent du mois enfanter à leur tour, fecond est l'idéal comme ces conceptions créatrices du poéte, de l'artiste, du philosophe, qui peuvent faire surgir au monde nouveau d'idees, de sentiments, de volontés. La chimére est irréalisable, l'idéal est progressivement réalisable, l'une est contre la nature, l'autre est selon la nature, l'une est le faut l'autre est le vrai. La science sociale et politique, plus encore que tout autre, doit tenir compte de l'idéal et dans ses principes et dans ses applications. La science sociale en effet tend à la pratique et il n'y a point de pratique sans idéal. un être intelligent ne peut rien faire sans se demander ce qu'il y a de meilleur à faire. En outre, valeu de la pratique dépend de l'élévation de l'idée“. A. Fouillée. L'idée moderne du droit 1897. 235–236.

дежной критерій для оцѣнки каждаго такого шага, каждой принятой мѣры.

Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что если въ глубокую темную ночь мы видимъ фонарь у воротъ нашего дома, то мы должны идти прямо на этотъ фонарь, рискуя попасть въ канаву или сломать себѣ ногу о какое нибуть препятствіе. Для насъ важно, что мы знаемъ, куда идемъ, знаемъ, что заблудиться мы не можемъ; а если канавы и другія препятствія на пути заставятъ насъ избрать вмѣсто прямого пути окольный, если домой мы по пойдемъ не такъ скоро, то зато мы не рискуемъ своею жизнью или здоровьемъ.

Точно также изъ безусловной правильности идеала всеобщаго братства и отсутствія насилія вовсе не слѣдуетъ, что уже теперь, при существованіи такого поражающаго количества тьмы-дикости, грубости и другихъ проявленій низшей стороны природы человѣка,—должны быть выброшены за бортъ всѣ тѣ внѣшнія средства, при помощи которыхъ сдерживается звѣрь въ человѣкѣ

Однимъ изъ этихъ средствъ, средствомъ крайнимъ, самымъ рѣзкимъ, является наказаніе, и пока не будетъ доказано воочію, что средство это всегда, при всякихъ обстоятельствахъ кромѣ вреда ничего принести не можетъ, до тѣхъ поръ оно имѣетъ полное право на существованіе. А доказать это еще никому не удалось, да врядъ ли когда и удастся.

Фуллье указываетъ на то, что значительная часть вины въ каждомъ преступленіи лежитъ на всемъ обществѣ и на каждомъ членѣ общества. „A vrai dire, говоритъ онъ, son crime n'a fait que révéler aux yeux, parmi les hommes, un état de guerre latent auquel tous contribuent, comme le choc de la foudre révèle l'orage amassé dans les nues*). Подъ этими прекрасными строками охотно бы подписался Толстой. И тѣмъ не менѣе Фуллье не дѣлаетъ изъ нихъ вывода о необходимости полнаго упраздненія наказанія. Такой выдающійся теоретикъ соціализма, какъ А. Менгеръ, отлично сознавая невозможность кореннаго перевоспитанія человѣчества, сознавая необходимость организаціи и власти, считаемъ даже наказаніе вѣрнѣйшей гарантіей правопорядка. „Die

*) La science sociale 305—306.

sicherste Garantie fur die Verwirklichung der Rechte bleibt immer die Strafe", говоритъ онъ*).

Очень часто можно встрѣтить въ литературѣ (и даже иногда въ спеціальной) мнѣнія, что наказаніе еще никого никогда не устрашало, а стало быть оно безполезно для уменьшенія преступленій. Это весьма легкомысленная фраза, и надо только удивляться, что ее повторяютъ нѣкоторые серьезные ученые и даже нѣкоторые криминалисты**).

Въ доказательство приводятъ обыкновенно дѣтское разсужденіе: наказаніе такъ же старо, какъ человѣчество, а между тѣмъ преступленія постоянно существовали и существуютъ. Это все равно, какъ если бы сказать: не смотря на существованіе медицины больные умирали и умираютъ,—значитъ медицина не достигаетъ цѣли и ее нужно упразднить.

Что исторія знаетъ массу примѣровъ, когда уголовныя кары не только не достигали своей цѣли, но производили прямо противоположные эффекты***), это нисколько не говоритъ противъ самаго принципа, но лишь противъ его примѣненія. Конечно, сколько бы прусскій законодатель ни каралъ обученіе польскимъ отцомъ своего сына родному языку, онъ не добьется никакихъ другихъ результатовъ, кромѣ противоположныхъ ожидаемому. Отрицательные результаты получатся и тогда, когда уголовныя кары примѣняются для подавленія идей, вѣрованій; когда онѣ гро-

---

*) Neue Staatslehre, 187.

**) Напр. у А. Кистяковскаго (Учебникъ 1882. Стр. 172) мы читаемъ такое догматически выставленное положеніе: „Нынѣ научнымъ образомъ, посредствомъ статистическихъ данныхъ (!) доказано, что наказаніе—жестокое ли, мягкое ли абсолютно немощно (!) устрашить будущихъ преступниковъ и предовратить нарушеніе законовъ". Самъ Кистяковскій во всемъ дальнѣйшемъ изложеніи противорѣчитъ себѣ, т. к. много говоритъ о сдерживающей силѣ наказанія, о цѣлесообразной организаціи отбытія наказанія и т. д. По поводу „статистическихъ данныхъ" итальянскій ученый Сетти въ своей книгѣ „L'esercito e la sua criminalita" совершенно правильно замѣчаетъ, что „криминалистъ, изучающій новое проявленіе преступности, воспроизводящее предшествующее, не долженъ забывать, что если онъ принужденъ записывать лишнее преступленіе, онъ не въ состояніи одновременно прибавить единицы къ статистикѣ случаевъ воздержанія отъ преступленія, обусловленнаго разумной репрессіей". (Книга Сетти мнѣ неизвѣстна: цитирую по Вульферту „Антрополого-позитивная школа уголовнаго права въ Италіи". II, 161).

***) Весьма назидательнымъ въ этомъ отношеніи примѣромъ изъ исторіи новѣйшаго уголовнаго права можетъ служить германскій законъ 1878, направленный противъ соціалистовъ.

зятъ за совершеніе дѣяній, признаваемыхъ обществомъ непреступными. Наказаніе безсильны уменьшить количество преступленій, совершаемыхъ по страсти.

Но съ другой стороны, есть очень много поступковъ, вытекающихъ изъ грубыхъ, низшихъ побужденій человѣческой природы, по отношенію къ которымъ наказаніе производитъ сдерживающій эффектъ*) Есть масса мелкихъ, повседневныхъ правонарушеній, чрезмѣрное увеличеніе которыхъ сдѣлало бы невозможной культурную жизнь, и для уменьшенія, а даже при нѣкоторыхъ условіяхъ, для полнаго уничтоженія которыхъ наказаніе является весьма пригоднымъ средствомъ**).

Но даже и для дѣяній, не имѣющихъ въ своей основѣ низшихъ стремленій, наказаніе очень часто можетъ оказывать задерживающій эффектъ. Исторія знаетъ примѣры, когда систематическимъ примѣненіемъ репрессивныхъ мѣръ государство на долгое время задерживало развитіе общественной самодѣятельности, тормозило всякое прогрессивное движеніе заставляло убѣ-

*) У Новгородцева („Право и нравственность“, въ „Сборникѣ общ. юридич. знаній“ 1899. Стр. 135) читаемъ слѣдующія превосходныя мысли „Въ общемъ развитіи человѣческой культуры праву принадлежитъ та великая заслуга, что оно вноситъ въ общественныя отношенія твердость и устойчивость, неизвѣстныя ранѣе. Одинхъ внутреннихъ мотивовъ для людей недостаточно, чтобы сдержать проявленія ихъ враждебныхъ страстей и устранить возможность общественныхъ столкновеній. Необходима твердая правовая организація, которая могла бы присоединить къ внутреннимъ мотивамъ сдерживающую силу внѣшняго закона и охранительный надзоръ власти. Только организація твердаго правового порядка вноситъ въ общество прочное и устойчивое замиреніе различныхъ общественныхъ элементовъ. Но когда достигается эта цѣль болѣе прочнаго внѣшняго замиренія, создается и лучшая почва для развитія нравственныхъ отношеній. Подъ охранительной сѣнью закона, обезпечивающаго общественный порядокъ, утверждаются и упрочиваются и связи нравственныя. Не право ихъ создастъ, конечно; но оно обезпечиваетъ для нихъ возможность счастливаго и успѣшнаго развитія, подобно тому, какъ всякая внѣшняя охрана, которая не производитъ роста, а только способствуетъ ему. Съ другой стороны, запрещая и карая злыя проявленія человѣческой воли, право имѣетъ извѣстное воспитательное значеніе: оно уничтожаетъ такимъ образомъ необузданный произволъ человѣческихъ страстей и въ самомъ внутреннемъ мірѣ человѣка оставляетъ слѣды своего воздѣйствія. Вотъ почему такъ важно, чтобы весь правовой складъ общественныхъ отношеній проникался нравственнымъ духомъ и чтобы правовая жизнь народа протекала въ здоровой атмосферѣ твердаго порядка и законной справедливости“. Сравн. глубокія замѣчанія у Влад. Соловьева „Оправданіе добра“, стр. 551 и слѣд.

**) Ср мою работу „Къ вопросу объ упрощеніи суммарнаго уголовнаго процесса“. Вѣстн. Права. 1903, II—III.

жденныхъ приверженцевъ передовыхъ идей отказываться отъ работы для общаго блага. Конечно, это фактъ въ высшей степени печальный, доказывающій, что государство можетъ становиться на ложную дорогу, но вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ фактъ самымъ очевиднымъ образомъ доказываетъ сдерживающій эффектъ наказанія: ужъ если оно проявляетъ такой эффектъ по отношенію къ людямъ, одушевленнымъ самыми благородными стремленіями, то какимъ могучимъ орудіемъ оно можетъ быть въ рукахъ разумной уголовной политики!

Самымъ лучшимъ опытомъ, который могъ бы окончательно разрѣшить всѣ сомнѣнія относительно цѣлесообразности наказанія въ борьбѣ съ преступностью, былъ бы такой: отмѣнить на годъ всѣ уголовные законы, и затѣмъ сравнить статистическія данныя до и послѣ такой отмѣны Но, вѣроятно, этого опыта никто не рѣшится произвести *).

И тѣмъ не менѣе нельзя не признать, что анархизмъ, и въ особенности ученіе Толстого, обнаруживъ темныя стороны наказанія, имѣетъ въ этомъ отношеніи громадное значеніе для науки. Толстой, напр., съ необычайной силой, съ заразительной убѣдительностью, на которую способенъ только художникъ, показалъ, что всякое принужденіе, насиліе, а тѣмъ болѣе всякое крайнее проявленіе его—наказаніе—есть зло **).

Уже и раньше многіе криминалисты говорили, что наказаніе есть мечъ безъ рукоятки, который ранитъ и того, кто его употребляетъ; иногда наказаніе прямо называли неправдой, зломъ***). Но положенія эти или высказывались вскользь, или имъ придавались весьма ограничительныя толкованія, или изъ нихъ дѣлались невѣрные выводы, или, наконецъ, они не проводились строго послѣдовательно.

---

*) См. очень интересныя замѣчанія и историческіе примѣры, доказывающіе сдерживающій эффектъ наказанія, у Тарда La philosophie pénale. 1895. стр. 477—487. Ср. Schopenhauer. Parerga und Paralipomena (Hendel) II, 340, Колоколовъ. О покушеніи, стр. 186—197. Прив.-доц. С. Познышевъ („Основные вопросы ученія о наказаніи". 1904, 374) совершенно правъ, говоря, что „при рациональной организаціи наказаніе можетъ оказывать на преступленіе весьма сильное подавляющее вліяніе".

**) Ошибка Толстого заключается въ томъ, что онъ считаетъ наказаніе абсолютнымъ зломъ.

***) Напр Ant Barth. Ueber den Rechtsgrund der Strafe. 1833.

Толстой пришелъ на помощь наукѣ и въ настоящее время не можетъ быть сомнѣнія, что *наказаніе есть зло, могущее при неумѣломъ имъ пользованіи производить самые печальные эффекты, могущее дѣйствовать самымъ опаснымъ образомъ и на наказующаго, и на наказуемаго, и на окружающихъ, могущее превратиться въ наиболѣе сильный тормазъ прогресса. Это положеніе должно лечь въ основу науки уголовнаго права, сдѣлаться краеугольнымъ камнемъ этой науки.*

Значеніе этого положенія станетъ для насъ еще болѣе яснымъ, когда мы вспомнимъ, что и теперь есть много ученыхъ, которые считаютъ наказаніе актомъ высшей справедливости и возмездіе объявляютъ верховымъ принципомъ уголовнаго права*).

Величайшіе умы человѣчества раздѣляли и раздѣляютъ эти воззрѣнія. Такъ. Кантъ, которому наука права обязана однимъ изъ лучшихъ брилліантовъ въ своей коронѣ,— принципомъ самоцѣльности свободной человѣческой личности.—Кантъ училъ, что если бы человѣчеству предстояло завтра погибнуть, то все-таки сегодня должны быть казнены содержащіеся въ тюрьмахъ убійцы, такъ какъ наказаніе не есть средство, а самоцѣль **). Точно такое же въ сущности воззрѣніе имѣлъ и другой колоссъ человѣческой мысли—Гегель.

И если даже такой изъ ряда выходящій умъ, какъ Чичеринъ, защищаетъ принципъ возмездія и на этомъ основаніи высказывается противъ весьма симпатичнаго института условнаго осужденія. то насъ не должно удивлять, что въ наукѣ довольно прочно держится еще то направленіе, благодаря которому криминалисты получили, по остроумному выраженію Фойницкаго, не совсѣмъ лестное прозвище „кнутобойцы“.

Какъ часто еще можно слышать разсужденія о вредѣ гуманнаго отношенія къ преступнику, о томъ, что преступникъ, совершивъ преступленіе, обратился по отношенію къ государству въ безправное существо, съ которымъ, ради охраны общества

---

*) Напр. Калькеръ (Strafrecht und Ethik 1897), Меркель (Lehrbuch. 1889), Колеръ (Das Wesen der Strafe. 1888), Бахъ (Kriminalistische Schulen und die Strafrechtreform. 1902), Биркмейеръ (его статья въ 18 томѣ Archiv fur Strafrecht und Strafprozess) и др

**) Rechtslehre. 1798 Стр 229

отъ лихихъ людей, можно дѣлать все, что угодно *) до „обезвреженія“, „кастраціи“ **) и т. п. Какъ сильна еще вѣра въ то, что наказаніе есть лучшее и самое надежное средство для борьбы съ преступностью ***)!

А между тѣмъ наказаніе есть только палліативъ. Единственнымъ цѣннымъ для общества результатомъ наказанія является рядъ косвенныхъ вліяній въ видѣ поддержанія въ нѣкоторыхъ случаяхъ авторитета закона, устрашенія, предупрежденія дикой саморасправы, иногда исправленія (соціальнаго) преступника, а главное—подавленія многихъ низкихъ инстинктовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда всѣ другіе мотивы дѣйствуютъ недостаточно: тутъ въ полномъ смыслѣ слова similia similibus curantur †).

И хотя наказаніе есть средство весьма грубое, хотя оно представляетъ собой лишь палліативъ, но, къ сожалѣнію, безъ него обойтись нельзя Наказаніе представляетъ собою квалифицированное принужденіе, почему и не противорѣчитъ сущности права, такъ какъ принужденіе есть одна изъ существенныхъ гарантій права. Наказаніе, конечно, есть зло, но зло необходимое †*).

---

*) Къ этой же категоріи явленій слѣдуетъ отнести защищаемые многими представителями „передовыхъ“ теченій въ наукѣ неопредѣленные приговоры въ ихъ крайнемъ видѣ трудно придумать мѣру, болѣе рѣзкимъ образомъ нарушающую принципъ самоцѣльности личности

**) См напр R. de Grasserie. Les principes sociologiques de la criminalogie, 1901; а въ особенности статья Nacke въ первой книгѣ Archiv fur krimin. Anthropologie.

***) См. напр. панегирикъ наказанію въ работѣ Lofflier'a Der Begriff der Verantworthigkeit (Bulletin de l'Union intern de dr pènal. VI)

†) Многіе еще увлекаются идеей исправленія посредствомъ наказанія. Думаю, что Grolmann въ своей книгѣ Grundsatze der Kriminalwissenschaft, вышедшей въ 1798 г., совершенно правильно высказался противъ исправленія въ нравственномъ смыслѣ, какъ цѣли наказанія и что Фейербахъ не даромъ называется отцомъ науки уголовнаго права, доказавъ, что главнѣйшая цѣль наказанія заключается въ психологическомъ принужденіи (общее предупрежденіе, т. е въ концѣ концовъ устрашеніе, конечно не въ смыслѣ „жестокости казней“). Моментъ исправленія и другіе моменты играютъ хотя и важную, но все-таки второстепенную роль. Проф С. Мокринскій. (Наказаніе, его цѣли и предположенія 1902. I, 106—107) правильно подчеркиваетъ основное назначеніе принципа общаго предупрежденія.

††) Наказаніе обусловлено фактическою необходимостью. Прекрасно замѣчаетъ Вл Соловьевъ (1 с 398 и слѣд): „Всякій понимаетъ, что въ совершенномъ обществѣ не должно быть никакого принужденія, но вѣдь это совершенство должно быть достигнуто, и тутъ уже вполнѣ ясно, что предоставить злымъ и безумнымъ людямъ полную свободу истреблять людей нормальныхъ отнюдь не есть правильный путь

Теперь посмотримъ, какіе результаты получаются изъ только что сказаннаго.

Если наказаніе есть зло, если оно есть средство очень опасное, ultimum remedium права, то очевидно, что *имъ надо пользоваться въ высшей степени бережно, осторожно, всегда имѣя въ виду тѣ многочисленные вредные эффекты, которые оно можетъ произвести* *).

Было время, когда законодатель щедрою рукою разсыпалъ всевозможныя наказанія за каждый поступокъ, въ которомъ усматривалъ опасность для существующаго порядка вещей: уголовные кодексы пестрятъ свидѣтельствами, до какихъ заблужденій доходитъ человѣчество въ этой области. Еще и въ настоящее время можно встрѣтить обломки средневѣковыхъ воззрѣній, въ особенности въ отдѣлахъ преступленій религіозныхъ, половыхъ и государственныхъ.

Но чѣмъ дальше пойдетъ человѣчество на пути къ прогрессу, тѣмъ болѣе уголовные кодексы будутъ уменьшаться въ объемѣ. Глубоко вѣрно сказалъ Игерингъ, что область карательной репрессіи стоитъ въ обратномъ отношеніи къ совершенству правового порядка и зрѣлости народа, и знаменитая фраза его **) „исторія наказанія есть постепенное вымираніе его", вовсе не есть парадоксъ. Конечно, мечтать о полномъ исчезновеніи уголовныхъ кодексовъ было бы утопіей. Болѣе совершенный порядокъ общежитія можетъ создать даже нѣкоторые новые виды преступленій, до сихъ поръ еще неизвѣстные въ исторіи уголовнаго права***). Но не подлежитъ никакому сомнѣнію, что: 1) разумныя соціальныя реформы могутъ уничтожить почву, питающую боль-

---

для осуществленія совершеннаго общества. Желательна здѣсь не свобода зла, а организація добра. „Но, говорятъ современные софисты, общество часто принимало за зло то, что потомъ оказывалось добромъ, и преслѣдовало какъ преступниковъ людей невинныхъ: значитъ уголовное право никуда негодно и нужно вовсе отказаться отъ всякаго принужденія". Этотъ аргументъ мною не выдуманъ,—я его слыхалъ и читалъ много разъ. Но такой логикѣ ошибочная астрономическая система Птоломея есть достаточное основаніе, чтобы отказаться отъ астрономіи, и изъ заблужденій алхимиковъ слѣдуетъ негодность химіи".

*) Необходимость перенесенія центра тяжести на предупрежденіе преступленія дѣлается такимъ образомъ еще яснѣе

**) Das Schuldmoment im Romischen Privatrecht 1867, стр. 4. Я совершенно не могу согласиться съ тѣмъ толкованіемъ этой мысли, какое даетъ Сергѣевскій (Русское угол. право. 1904 стр. 110, примѣч.).

***) Напр. нарушеніе allgemeine Arbeitspflicht. (A. Menger. l c 192).

шую часть преступленій, извѣстныхъ современному праву; 2) что значительная часть преступленій должна быть вычеркнута уже теперь изъ кодексовъ, составляя пережитокъ низшей ступени культуры; 3) что чѣмъ культурнѣе будетъ дѣлаться человѣкъ, чѣмъ больше духовная сторона его будетъ развиваться, тѣмъ менѣе онъ окажется способнымъ къ совершенію очень многихъ преступленій, и 4) чѣмъ лучше и полнѣе будетъ организована предупредительная дѣятельность и чѣмъ лучше будетъ обезпечено раскрытіе и немедленное осужденіе каждаго преступленія, тѣмъ менѣе будетъ ихъ совершаться.

Если ко всему сказанному прибавить развитіе институтовъ вродѣ условнаго осужденія, то мы установимъ на самомъ солидномъ научномъ фундаментѣ слѣдующее положеніе: человѣчество достигнетъ такого состоянія, при которомъ уголовный кодексъ будетъ представлять собою очень небольшой списокъ преступленій; эти преступленія очень рѣдко будутъ совершаться и еще рѣже будутъ влечь за собой дѣйствительное примѣненіе наказанія.

Все сказанное до сихъ поръ даетъ намъ право сказать, что анархизмъ есть заблужденіе человѣческаго ума, что государство есть необходимая форма общежитія и что внѣшнія средства принужденія, которыми вооружена власть, не только не могутъ быть названы абсолютнымъ зломъ, но представляютъ собою одну изъ существенныхъ гарантій права.

Но такъ какъ власть имѣетъ много темныхъ сторонъ), такъ какъ внѣшнія принудительныя мѣры, а въ особенности наказаніе, могутъ при злоупотребленіи ими (а даже и при добросовѣстномъ, но неумѣломъ употребленіи) привести къ неисчислимымъ бѣдствіямъ для человѣчества, то представляется необходимымъ создать самыя надежныя гарантіи противъ возможныхъ въ каждомъ дѣлѣ рукъ человѣческихъ заблужденій и злоупотребленій.*

И вотъ тутъ возникаетъ величайшая изъ всѣхъ проблемъ науки права: проблема пре-

*) Въ послѣднее время много говорятъ объ открытіи законовъ соціальныхъ явленій, какъ о задачѣ науки. Если не считать нѣсколькихъ довольно безсодержательныхъ общихъ мѣстъ, такихъ законовъ открыто пока слишкомъ мало. Казалось бы, что въ небольшой списокъ законовъ могъ бы быть внесенъ законъ, по которому всякая власть имѣетъ тяготѣніе къ деспотизму.

вращенія силы въ право*), проблема обезвреженія наказанія, превращенія его въ факторъ культуры

Къ разрѣшенію этой проблемы наука приходитъ путемъ разрѣшенія четырехъ проблемъ, находящихся другъ съ другомъ въ самой тѣсной связи. Удачное разрѣшеніе ихъ создаетъ стройную и надежную систему гарантій, при которыхъ государство можетъ пользоваться ввѣреннымъ ему страшнымъ оружіемъ безъ опасности для своей культурной миссіи.

Вотъ эти проблемы: 1) надлежащая организація верховной власти (проблема государственнаго права), 2) созданіе уголовнаго кодекса (проблема уголовнаго права), 3) надлежащая организація суда и процесса (проблема судебнаго права) и 4) надлежащая организація отбытія наказанія (проблема тюрьмовѣдѣнія). Неудачное разрѣшеніе какой нибудь одной изъ этихъ проблемъ роковымъ образомъ вліяетъ на всю систему гарантій.

---

*) „Что правовыя отношенія въ историческомъ порядкѣ слѣдуютъ за насильственными,—это такъ же несомнѣнно, какъ и то, что въ исторіи нашей планеты органическая жизнь явилась послѣ и на основѣ процессовъ неорганическихъ, изъ чего, конечно, не слѣдуетъ, чтобы собственнымъ принципомъ органическихъ формъ, какъ такихъ, было неорганическое вещество. Игра естественныхъ силъ въ человѣчествѣ есть лишь матеріалъ правовыхъ отношеній, а никакъ не ихъ принципъ, иначе въ чемъ же было бы различіе между правомъ и безправіемъ? Право есть ограниченная сила, но дѣло именно въ томъ, что ограничиваетъ силу. Подобнымъ образомъ и нравственность можно опредѣлить, какъ преодолѣваемое зло, изъ чего не слѣдуетъ, чтобы принципомъ нравственности было зло". Вл. Соловьевъ. l. c., 553.

ГЛАВА II.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію въ общихъ чертахъ тѣхъ принциповъ, которые лежатъ въ основѣ разрѣшенія указанныхъ проблемъ. Это разсмотрѣніе выяснитъ намъ мѣсто, которое занимаетъ проблема организаціи суда въ ряду другихъ гарантій и покажетъ, какое значеніе имѣетъ судъ въ государственной жизни.

I. Прежде всего наука государственнаго права стремится найти такую организацію верховой власти, при которой всѣ темныя стороны ея были бы сведены къ минимуму. Эта наука старается создать власть, какъ выразительницу стремленій всего общества, какъ разумную руководительницу его, какъ охранительницу правъ каждаго гражданина. Твердо и неуклонно должна власть дѣлать свое великое культурное дѣло, мощною рукой охраняя правопорядокъ отъ всякихъ на него покушеній, но при этомъ ни на минуту не забывать, что „общества имѣютъ собственно реальное существованіе только въ личностяхъ, ихъ составляющихъ“ *), что основной задачей государственной дѣя-

*) Арнольди Задачи понимания истории 1898. Стр. 31.—Въ 1901 году вышла прекрасная книга проф Дюгюи L'état, le droit objectif et la loi positive, въ которой авторъ еще разъ доказалъ неправильность органической теории государства, дѣлающей изъ государства самостоятельную „нравственную личность“ съ присущими ей специфическими требованіями Еллинекъ (l c 108). „Государство, такимъ образомъ, ни въ какомъ направленіи не представляется субстанціей, а исключительно функціей. Лежащей въ основѣ этой функціи субстанціей являются и всегда остаются только люди“ (ibid 161): „Существенные продуктивные элементы всей культуры народа заключаются преимущественно въ самыхъ индивидахъ, а не въ государственномъ обществѣ“ —Ср. Геффдингъ. Этика 1898, стр. 334 и слѣд; Карѣевъ. Историко-философскіе и социологическіе этюды 1894, стр. 151—156, Основные вопросы философіи истории 1887, т. II, кн IV; Чичеринъ Курсъ государственной науки. III, 133 и ст; II, 4—10 et pass, Собственность и государство. II, 83, Философія права, кн I; A. Menger. Neue Staatslehre. 1903, 29 et pass. Vacherot La Democratie. 1860, 229, 233 et pass., Dupon-White L'individu et l'Etat 1857, стр. LX. Fouillée. L'idée moderne du droit 1897;

тельности должно быть не усиленіе могущества, а пріобщеніе всѣхъ гражданъ безъ исключенія къ благамъ истинно культурной жизни, подготовленіе гражданъ къ идеальному общежитію, наконецъ, что общее благо есть лишь сумма благъ всѣхъ составляющихъ общество личностей.

При этомъ необходимо имѣть въ виду: 1) что это „пріобщеніе“ можетъ быть достигнуто только на почвѣ свободы, на почвѣ уваженія къ личности*); 2) что управленіе государствомъ не можетъ быть передано въ руки толпы и должно быть удѣломъ избранныхъ, лучшихъ, обладающихъ надлежащими свойствами людей и 3) что верховная власть должна быть такъ организована, чтобы она какъ въ зеркалѣ отражала бы въ себѣ всѣ интересы общества, чтобы всѣ реальныя силы страны были бы въ ней представлены.

При такихъ условіяхъ власть не будетъ руководиться узкими интересами, она будетъ понимать всю важность поднятія цѣнности и достоинства человѣческой личности. Она будетъ понимать, что правопорядокъ не долженъ служить интересамъ одного какого нибудь класса, а призванъ вносить гармонію въ борьбу интересовъ, призванъ служить высшимъ этическимъ началамъ. И изданные такою властью уголовные законы будутъ продиктованы истинными, разумно понятыми потребностями правопорядка.

II. Лучшей и самой надежной руководительницей для власти при изданіи ею уголовныхъ законовъ служитъ наука уголовнаго права, но конечно не такая наука, которая занимается пересказомъ статей закона и учитъ, что преступленіе есть все то, что законодатель считаетъ нужнымъ объявить преступленіемъ.

И самое существованіе этой науки обусловлено существованіемъ такого страшнаго средства охраны правопорядка, какъ на-

---

La science sociale contemporaine. 1897 Spencer. The man versus the state 1884; Renouvier. La science de la morale. 1869 II; Франческо Нитти. Основныя начала финансовой науки. 1904, стр. 18 и слѣд. P. Boistel. Cours de philosophie du droit. 1899 II, 159 и слѣд. P. Leroy-Beaulieu. L'etat moderne et ses fonctions. 1900. H. Michel. L'idée de l'Etat. 1896.

*) Ср. прекрасныя замѣчанія у Тэна. Соціализмъ какъ правительство 1881. 45—47, а также слѣдующую глубокую мысль Паульсена: „Der Staat zieht sich von dem Gebiet des geistig-personlichen Lebens mehr und mehr zuruck, dagegen dehnt er seine Thatigkeit auf dem Gebiete des wissenschaftlich-gesellschaftlichen Lebens mehr und mehr aus“. (System der Ethik, II, 595)

казаніе. Главнѣйшая задача науки заключается въ томъ, чтобы опредѣлить, при наличности какихъ условій къ человѣку, свободной личности, носителю искры Божіей, носителю сознанія абсолютнаго, можетъ быть примѣнена высшая, самая рѣзкая форма принужденія (наказаніе есть квалифицированное принужденіе), поражающая человѣка въ самыхъ драгоцѣнныхъ его правахъ, такъ рѣзко противорѣчащая конечной цѣли культуры—всеобщему братству*).

Наказаніе и есть тотъ принципъ, который объединяетъ собою извѣстную группу соціальныхъ явленій и даетъ основаніе для выдѣленія этой группы въ самостоятельную науку. Такимъ образомъ для науки уголовнаго права основнымъ понятіемъ является понятіе наказанія, а не преступленія**). Биндингъ доказалъ, что всякое правонарушеніе можетъ быть объявлено преступленіемъ***), а въ настоящее время ученіе о принципіальномъ единствѣ всякой неправды можно считать прочно установленнымъ, несмотря на все еще сильную оппозицію многихъ выдающихся ученыхъ†). Теорія принципіальнаго единства всякой неправды служитъ весьма солидной опорой защищаемому мною воззрѣнію о пріоритетѣ понятія наказанія для науки уголовнаго права.

Однимъ изъ главнѣйшихъ слѣдствій этого воззрѣнія является признаніе неправильности тѣхъ направленій, которыя требу-

---

*) Монтескье совершенно правъ, говоря (Esprit, XII, ch. III), что свобода гражданина зависитъ главнымъ образомъ отъ доброкачественности уголовныхъ законовъ.

**) Совершенно правильно говоритъ Гуго Мейеръ: Der Grundbegriff des Strafrechts, d. h. derjenige Begriff, durch welchen sich das Strafrecht von allen übrigen Gebieten unterscheidet, ist nicht der Begriff der strafbaren Handlung, sondern der Strafe, von dem auch der Begriff der strafbaren Handlung abhangt. (Lehrbuch 1895, 3).—Сравн. І. Маus De la justice pénale 1890, 43 и слѣд. Доводы защитниковъ противоположнаго воззрѣнія (напр. M Liepmann. Einleitung in das Strafrecht 1900, 3 и слѣд.)—не убѣдительны

***) Die Normen und ihre Übertretung I, 427—428. Ср Henke. Handbuch d. Criminalrechts und Criminalpolitik. 1823. 183—253

†) См. прекрасную работу А. Меркеля Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen (Krim. Abh.) Совершенно справедливо замѣчаетъ проф. Л. Бѣлогрицъ-Котляревскій, что единая въ своемъ родовомъ понятіи неправда можетъ подраздѣляться на самостоятельные виды, имѣющіе свои особыя индивидуальныя черты. (Очерки курса угол. права, 1904 г., стр 103) Въ своей работѣ „Понятіе преступленія“ („Вѣстникъ Права“. 1901, мартъ) я держался теоріи принципіальнаго различія неправды, но болѣе внимательное изученіе вопроса заставило меня измѣнить свое воззрѣніе.

ютъ расширенія границъ науки уголовнаго права и введенія въ эту науку, напр, указанія необходимыхъ соціальныхъ реформъ для предупрежденія преступленій*). Изъ того, что криминалистъ, какъ и каждый ученый, обязанъ на каждомъ шагу считаться со многими другими науками, изъ того, что всѣ области знанія составляютъ одно гармоническое цѣлое, отнюдь не слѣдуетъ, что нужно упразднить принципъ раздѣленія труда и изъ уголовнаго права создать всеобъемлющую науку, трактующую объ всемъ, что имѣетъ какое бы то ни было отношеніе къ преступленію. Задача той области права, съ которой имѣетъ дѣло криминалистъ, какъ таковой,—не предупреждать преступленія, а карать ихъ; уголовное право выступаетъ на сцену только тогда, когда исчерпаны всѣ средства и ставится вопросъ о примѣненіи послѣдняго, крайняго средства. Опасность этого средства и создаетъ необходимость существованія особой науки, которая, несмотря на кажущуюся ограниченность своей области, должна рѣшить слишкомъ много самыхъ животрепещущихъ вопросовъ и потому никогда не потеряетъ права на существованіе.

Важнѣйшимъ изъ этихъ вопросовъ по отношенію къ каждому отдѣльному преступленію является слѣдующій вопросъ: дѣйствительно ли данное общественное явленіе столь опасно для общежитія, дѣйствительно ли оно нарушаетъ такіе важные интересы, дѣйствительно ли исчерпаны всѣ другія средства для уничтоженія этого явленія, что государство вынуждено обратиться къ послѣднему, крайнему средству и объявить это общественное явленіе не только правонарушеніемъ, неправдой, но и неправдой наказуемой, т.-е. преступленіемъ **)?

Только отвѣтивъ утвердительно на этотъ вопросъ, криминалистъ можетъ перейти къ разрѣшенію остальныхъ, связанныхъ съ даннымъ преступленіемъ вопросовъ ***).

---

*) Ср. напр М. Чубинскій Очерки уголовной политики 1905 Стр 37, 58.

**) Таганцевъ (Русск. угол. право 1902, I, 272) находитъ, что неправда наказуемая есть лишь видовое понятіе уголовной неправды. Изъ сказаннаго въ текстѣ и изъ принятаго самимъ Таганцевымъ ученія о принципіальномъ единствѣ неправды слѣдуетъ придти къ выводу о неудачности указанной терминологіи если за данное правонарушеніе законодатель не грозитъ наказаніемъ, объ уголовной неправдѣ не можетъ быть и рѣчи Неправда наказуемая и неправда уголовная—понятія тожественныя.

***) Сравн. замѣчанія П. Пусторослева. „Программа лекцій по общей части русскаго угол права", 1904, стр. 51 и слѣд.

Въ числѣ этихъ остальныхъ вопросовъ важное мѣсто занимаетъ вопросъ о наказаніи, находящійся въ связи съ общими вопросами, относящимися къ основному понятію уголовнаго права. Изъ защищаемаго мною воззрѣнія слѣдуетъ, что хотя арсеналъ средствъ причинять человѣку страданія неистощимъ, законодатель не долженъ пользоваться такими средствами, которыя представляютъ слишкомъ большую опасность для достиженія конечной цѣли культуры, слишкомъ рѣзко противорѣчатъ этой цѣли, которыя несовмѣстимы съ уваженіемъ къ личности, съ признаніемъ наказанія лишь необходимымъ зломъ. Наказаніе должно быть проникнуто не тѣми началами, съ которыми оно борется, а наоборотъ—тѣми, во имя которыхъ оно борется. На этой почвѣ можно разрѣшить, думается мнѣ, одинъ изъ жгучихъ вопросовъ уголовнаго права—вопросъ о смертной казни, а также вопросъ о тѣлесныхъ наказаніяхъ. Если смотрѣть на наказаніе, какъ на самоцѣль, на актъ высшей справедливости, если стать на исключительную точку зрѣнія охраны общества отъ лихихъ людей, если понимать принципъ устрашенія въ его наиболѣе грубой формѣ, то всѣ доводы противъ смертной казни и тѣлесныхъ наказаній будутъ или не достигать цѣли, или даже бить дальше цѣли

Съ защищаемой мною точки зрѣнія. эти наказанія, укрѣпляя въ обществѣ привычку къ физическому насилію, способствуя развитію наиболѣе дикихъ и грубыхъ сторонъ человѣческой природы, будучи лишены малѣйшей тѣни уваженія къ личности,—должны быть, какъ остатки варварства, вычеркнуты изъ кодексовъ, хотя бы въ отдѣльныхъ случаяхъ они и оказывались бы цѣлесообразными. Тутъ государственная власть, имѣя въ виду серіозные интересы высшаго порядка, должна пожертвовать мимолетными выгодами, которыя представляетъ удержаніе смертной казни и тѣлесныхъ наказаній въ спискѣ карательныхъ мѣръ, тѣмъ болѣе, что въ этомъ спискѣ остаются мѣры, обладающія весьма значительной репрессіей, эффектъ которой можетъ быть увеличенъ до максимума при раціональной организаціи отбытія наказанія, а также при раціональной организаціи полиціи и уголовнаго процесса, обезпечивающихъ быстрое обнаруженіе преступника, немедленное осужденіе его и обращеніе приговора къ исполненію.

По поводу смертной казни и тѣлесныхъ наказаній не могу не сдѣлать еще слѣдующихъ замѣчаній.

Кистяковскій въ своемъ изслѣдованіи о смертной казни*), относясь отрицательно къ „отвлеченно-схоластическимъ“ разсужденіямъ, находитъ, что „вопросъ о смертной казни можно рѣшить только тогда, когда мы признаемъ верховнымъ судьею и рѣшителемъ совершившійся и совершающійся фактъ, или что одно и то же—прошедшую и настоящую жизнь человѣчества“. Между тѣмъ историческое изученіе вопроса даетъ намъ только слѣдующій результататъ: смертная казнь въ кодексахъ удержалась за самыя тяжелыя преступленія, очистилась отъ жестокостей и стала совершаться не публично. Но вѣдь этого-то и требуютъ наиболѣе солидные защитники смертной казни. Очевидно, что для рѣшенія вопроса о смертной казни требуются иныя, болѣе соотвѣтствующія наукѣ основы, чѣмъ „совершившіеся и совершающіеся факты“. Сергѣевскій говоритъ, что, „не смотря на всю свою безплодность (!), философско-метафизическая постановка вопроса не сошла со сцены и до нашихъ дней“ **), и что для рѣшенія вопроса о смертной казни надо обратиться „къ опыту, къ практикѣ“ (стр. 133). А если мы перевернемъ назадъ пять страницъ и обратимся къ тому мѣсту, гдѣ авторъ аргументируетъ противъ смертной казни, то мы увидимъ слѣдующія строки, подъ которыми обѣими руками подпишется каждый метафизикъ: „Государство существуетъ для людей, а не люди для государства... Выше личности человѣка нѣтъ ничего въ современномъ государствѣ: она есть отправной пунктъ и центръ, около котораго вращается вся государственная дѣятельность Поэтому, общимъ и основнымъ принципомъ для новаго государства является охраненіе жизни гражданъ. На этомъ основаніи мы должны прямо признать, что смертная казнь въ современномъ государствѣ противорѣчитъ его существенной чертѣ“. Что представляютъ собою эти строки, какъ не „философско-метафизическую“ постановку вопроса? И выходитъ, что гони философію въ дверь, она войдетъ въ окно. Иначе и быть не можетъ И историческое, и соціологическое, и формально-юридическое изслѣдованіе вопроса должно быть произведено для полноты и всесторонности его изученія, но само по себѣ оно не можетъ дать ключа къ его рѣшенію. И здѣсь, и вообще въ каждомъ другомъ вопросѣ юридической науки этотъ ключъ можетъ дать толь-

*) Изданіе 1896 г. стр. 268 и слѣд.

**) Русское уголовное право 1904, 132.

ко философія Она, конечно, не можетъ указать средствъ для достиженія цѣлей (это дѣло спеціальныхъ дисциплинъ), но она служитъ вѣрнымъ и надежнымъ критеріемъ для оцѣнки средствъ, она служитъ маякомъ, освѣщающимъ темные, извилистые и трудные пути науки, спасаетъ мысль отъ преклоненія передъ совершившимися фактами, какъ бы они ни претили нашему нравственному чувству.

Глубоко вѣрны слова Чичерина: „Сколько бы мы ни изучали народное хозяйство, право и государство въ ихъ проявленіяхъ, мы изъ этого не поймемъ, соотвѣтствуютъ ли эти проявленія тѣмъ высшимъ началамъ правды и добра, которыя лежатъ въ душѣ человѣка и которыя онъ стремится осуществить въ своей жизни. Эти начала могутъ быть выяснены единственно философіей, которая, вслѣдствіе того, становится высшимъ мѣриломъ всѣхъ общественныхъ отношеній“ *).

Дѣйствительно, „ученый, посвящающій свои силы исключительно малымъ задачамъ, опредѣленнымъ отдѣламъ опыта, слишкомъ легко утрачиваетъ широкій взглядъ на возможныя задачи науки, какъ цѣлаго“ **). Между тѣмъ какъ философія есть общая наука, которая должна объединить въ гармоническую систему знанія, добытыя спеціальными науками и свести къ ихъ принципамъ общіе методы и предпосылки, которыми пользуются науки***). Совершенно правъ Паульсенъ, говоря, что „всѣ науки имѣютъ въ концѣ концовъ свой общій корень въ философіи и если онѣ отдѣлятся вообще отъ этого корня,—онѣ умрутъ“ †).

---

*) Собственность и государство I, стр. XIII

**) О. Кюльпе Введеніе въ философію. 1901 Стр 325.

***) Вундтъ. Введеніе въ философію. 1902. Стр. 14

†) Введеніе въ философію. 1894. Стр. 38 —Къ этому можно добавить словами А. Вебера (Исторія европейской философіи. 1882 Стр. 1), что „науки безъ философіи—это аггрегатъ безъ единства, философія же безъ науки—это пустая рамка“.—Сравн. Рибо. Современная англійская психологія. 1881. Стр. 1—18; Струве. Введеніе въ философію 1890. Стр 72—89, Desdonits. La métaphysique et ses rapports avec les autres sciences 1880, Vacherot. La métaphysique et la science. 1882; Джемсъ. Психологія. 1890. Стр. 72—89; W. Windelband. Geschichte der Philosophie. § 1—2; Фалькенбергъ Исторія новой философіи. 1894. Стр. 3; Ф. Кирхнеръ. Исторія философіи. 1895 VII—IX; Лопатинъ Положительныя задачи философіи. 1886; Фуллье. Исторія философіи 1893. Стр 1—16. Идеалистическое направленіе, возрожденію котораго въ наукѣ права нельзя не порадоваться, нисколько не отрицаетъ важности историзма, соціологизма, систематическаго изученія фактовъ „реальной жизни“. Оно лишь находитъ, что всего этого недостаточно для полнаго знанія и что только

Если разсматривать смертную казнь съ точки зрѣнія тѣхъ свойствъ, которыми должно обладать наказаніе, то почва подъ нею окажется довольно прочной: смертная казнь и репрессивна, и обезпечительна, и индивидуальна, и экономична, и имѣетъ самую ближайшую по времени связь съ преступленіемъ, равна для всѣхъ классовъ общества (неотмѣнимость—аргументъ непринципіальный). Историческіе результаты изученія вопроса указаны выше. И только съ постановкой вопроса на философскую почву дѣло совершенно мѣняется и смертная казнь, такъ легко одерживающая побѣды надъ всѣми аргументами—и юридическими, и историческими, оказывается безсильной передъ короткимъ, но глубоко-содержательнымъ аргументомъ: она антикультурна. Она именно отражаетъ въ себѣ тѣ начала, съ которыми призвано бороться наказаніе, а не наоборотъ Она противорѣчитъ принципу уваженія къ жизни человѣка, противорѣчитъ признанію безусловной необходимости уничтоженія всякаго пролитія крови, всякаго убійства, какъ конечной цѣли культуры.

Все это въ еще бо́льшей степени относится къ тѣлеснымъ наказаніямъ

Если отрѣшиться отъ этическаго момента, можно научно констатировать, что при извѣстныхъ мѣстныхъ и временныхъ условіяхъ тѣлесныя наказанія оказываются цѣлесообразными и что они обладаютъ, подобно смертной казни, многими положительными качествами. Но съ появленіемъ на сцену высшихъ этическихъ критеріевъ (удалить которые изъ юридической науки можно только искусственно, временно, для чисто методологическихъ цѣлей), дѣло принимаетъ другой оборотъ. Если путемъ наказанія законодатель желаетъ искоренить дикость, грубость, звѣря въ человѣкѣ, то цѣли этой онъ никогда не достигнетъ, если избранная имъ форма наказанія сама есть проявленіе дикости, способна укрѣплять привычку къ физическому насилію, способствовать униженію достоинства личности, огрублять нравы. А всѣмъ этимъ

философія можетъ дать высшіе критеріи для оцѣнки явленій жизни съ точки зрѣнія категоріи должнаго II во всякомъ случаѣ только односторонній ученый рѣшится обвинять въ безплодности то направленіе, которое на своемъ знамени выставляетъ абсолютную цѣнность личности, свободу, всеобщее братство, миръ, безконечный прогрессъ, которое постоянно напоминаетъ о великой истинѣ „не единымъ хлѣбомъ сыты будете“, которое среди хаоса относительнаго, условнаго, текущаго, временнаго—стремится открыть вѣчныя начала истины, добра и красоты.

въ наиболѣе высокой степени обладаетъ тѣлесное наказаніе. Примѣняя его, государство одною рукою разрушаетъ то, что создаетъ другою и получается безплодная Сизифова работа.

Итакъ, уголовный кодексъ, эта, по чрезвычайно мѣткому выраженію Листа *), Magna Charta преступника, представляетъ собою исчерпывающій списокъ всѣхъ дѣяній, за которыя гражданинъ можетъ быть подвергнутъ наказанію. Въ этотъ списокъ занесены только такія дѣянія, необходимость внесенія которыхъ санкціонировала наука уголовнаго права; стало быть относительно каждаго преступленія государственная власть можетъ со спокойной совѣстью сказать, что лишь крайняя необходимость заставила ее прибѣгнуть къ такой мѣрѣ, какъ угроза наказаніемъ.

Наконецъ, уголовный кодексъ въ спискѣ карательныхъ мѣръ имѣетъ только рекомендованныя наукой мѣры. т.-е. мѣры дѣйствительно цѣлесообразныя и разумныя, не могущія способствовать огрубѣнію нравовъ и униженію достоинства личности.

Такой уголовный кодексъ вовсе не будетъ оскорблять правосознаніе культурной, руководящей части общества, а, напротивъ, можетъ сослужить большую службу законодателю, особенно рельефно подчеркивая несовмѣстимость извѣстныхъ дѣяній съ истинно-культурнымъ правопорядкомъ **), создавая усиленную охрану особенно цѣнныхъ съ культурной точки зрѣнія благъ.

Между прочимъ старый принципъ nullum crimen nulla poena sine lege, подъ который подкапываются нѣкоторые „новаторы“ науки уголовнаго права, получаетъ еще бо́льшую крѣпость и непоколебимость, какъ одна изъ лучшихъ гарантій правъ личности. Никакими соображеніями общественной пользы нельзя оправдать примѣненія къ человѣку наказанія за дѣяніе, которое не предусмотрѣно въ ясныхъ, точныхъ и не возбуждающихъ никакихъ сомнѣній опредѣленіяхъ закона. Предоставленіе суду права расширять область наказуемыхъ дѣяній (хотя бы только по аналогіи) было бы характернымъ симптомомъ попятнаго движенія культуры. Нисколько не умаляя значенія творческой роли суда

*) Kriminalpolitischen Aufgaben. Гл IX.

**) Ср. дѣльную книгу проф. Владимірова. „Уголовный законодатель, какъ воспитатель народа“.

въ процессѣ образованія права, я самымъ рѣшительнымъ образомъ высказываюсь противъ такого творчества, которое ничѣмъ въ сущности не отличается отъ произвола и притомъ произвола самаго опаснаго свойства.

Между прочимъ изъ принципа nulla poena sine lege слѣдуетъ, что государство не имѣетъ права подвергать преступника бо́льшему наказанію, чѣмъ то, которое указано въ нарушенномъ уголовномъ законѣ.

Существуетъ теорія, по которой, если во время производства въ судѣ дѣла выходитъ новый законъ, карающій, напр., смертной казнью преступленіе, за которое старый грозилъ только выговоромъ, то судъ обязанъ примѣнить новый законъ. „Съ точки зрѣнія юридической,—говоритъ одинъ изъ наиболѣе видныхъ представителей этой теоріи, Таганцевъ *),—можно говорить развѣ о правахъ, которыя рождаются отъ преступленія для государства и потерпѣвшаго, а не о правахъ преступника, такъ какъ для него существуютъ только „obligationes ex delicto.“ Изъ факта совершенія преступленія возникаетъ для преступника обязанность подчиниться наказанію, а какое наказаніе государство считаетъ въ каждую данную минуту наиболѣе цѣлесообразнымъ, до этого преступнику нѣтъ никакого дѣла, такъ какъ „въ борьбѣ права съ неправомъ оружіе выбирается государствомъ и притомъ имъ однимъ, нисколько не стѣсняясь пріобрѣтенными подданными правами на наказаніе вообще или на извѣстный его родъ въ частности“ (Биндингъ).

Итакъ, по этой теоріи преступникъ есть совершенно безправное существо, съ которымъ можно дѣлать все, что угодно. Уголовное „право“ есть право, но только не для него. Существуютъ права для государства, для потерпѣвшаго, для свидѣтелей, а для преступника—только obligationes ex delicto. И если бы преступникъ сказалъ государству: „рѣшившись на это преступленіе, я взвѣсилъ всѣ шансы за и противъ, и нашелъ, что для меня будетъ выгоднѣе отбыть въ крайнемъ случаѣ высшую мѣру наказанія; если бы я зналъ, что за это преступленіе законъ будетъ грозить такимъ строгимъ наказаніемъ, я бы никогда не совершилъ преступленія,—то ему отвѣтили бы: „ты нарушилъ не уголовный законъ, а норму, воспрещающую

*) Русск. угол. пр 1902. I, 270 и сл.

совершонное тобой дѣяніе; уголовный же законъ существуетъ вовсе не для тебя, а для судьи, который долженъ назначить тебѣ наказаніе".

Изложенная теорія находится въ самой тѣсной связи съ извѣстной Normentheorie, въ которой она и имѣетъ свою теоретическую опору. Здѣсь, конечно, не мѣсто подвергать разсмотрѣнію Normentheorie. Для моей цѣли достаточно, что уже только что приведенный логическій выводъ изъ этой теоріи заставляетъ сильно усумниться въ правильности ея. И дѣйствительно, несмотря на защиту Normentheorie нѣкоторыми выдающимися учеными, она представляется мнѣ искусственной и не выдерживающей критики: если уголовный законъ назначаетъ за извѣстное дѣяніе то или иное наказаніе, онъ тѣмъ самымъ *запрещаетъ* это дѣяніе, а слѣдовательно преступникъ, совершая преступленіе, нарушаетъ этотъ запретъ, т.-е. уголовный законъ. Уголовный законъ есть единое цѣлое, диспозиція и санкція его находятся въ неразрывной логической связи. Пока не было уголовнаго закона, карающаго убійство, „норма", воспрещающая посягательство на жизнь —„не убій"—была *нравственной нормой*, а не *юридической* *).

*) Не могу не указать на противорѣчіе, допущенное однимъ изъ сильнѣйшихъ защитниковъ оспариваемой въ текстѣ теоріи, Таганцевымъ. Соглашаясь на стр. 270—284 (Русск. угол. право. 1902, I) съ Биндингомъ, что преступникъ вовсе не занимается вычисленіями о грозящемъ ему наказаніи, утверждая, что законъ, карающій 15-ти лѣтней каторгой убійство, говоритъ только: „не убивай", а не „не убивай, ибо за этимъ послѣдуетъ каторга на столько-то лѣтъ", г. Таганцевъ на стр. 914 пишетъ „учиненію преступнаго факта нерѣдко предшествуетъ обстоятельное обсужденіе всѣхъ шансовъ за и противъ", на стр. 917 „Несомнѣнно, что самое обнародованіе закона, *воспрещающаго извѣстное дѣяніе* подъ страхомъ наказанія, или опредѣляющаго условія и размѣры отвѣтственности.. играетъ свою роль въ правоохранительной дѣятельности государства, въ особенности въ значеніи наставительно предупредительной мѣры по отношенію къ лицамъ, склоннымъ къ преступленію Столь же неосновательно предполагать, что запретъ и угроза закона не могутъ имѣть никакого задерживающаго значенія, ибо это также опровергается жизненнымъ опытомъ". Далѣе съ теоріей, развитой на стр 270—274 не вяжется совершенно правильное утвержденіе, напр, на стр. 1401, что нельзя смотрѣть на наказаніе исключительно какъ на мѣру воздѣйствія на преступника, а надо имѣть въ виду интересы *общей* превенціи, интересы потерпѣвшаго и общества.—Наконецъ, какъ согласить высказанный на стр. 270—271 суровый взглядъ на преступника, какъ на совершенно безправное существо, для котораго существуютъ только obligationes ex delicto, съ прекрасной защитой объективнаго момента наказуемости, съ необходимостью признавать личность, обладающую правами, въ преступникѣ (стр. 921)?—Очевидно, что можетъ быть только одно изъ двухъ: или уголовное *право*, т.-е. заключеніе карательной дѣятельности въ границы, которыхъ она переступать не можетъ,

III. Мы познакомились съ двумя факторами превращенія силы въ право. Переходимъ къ третьему, едва ли не самому важному.

Когда государство предъявляетъ къ гражданину обвиненіе въ совершеніи одного изъ перечисленныхъ въ уголовномъ кодексѣ дѣяній, когда гражданину грозятъ тяжкія послѣдствія въ видѣ примѣненія къ нему крайней мѣры охраны правопорядка, когда такимъ образомъ возникаетъ споръ между гражданиномъ и государствомъ,—*кто* и *какимъ образомъ* долженъ рѣшить этотъ острый и въ высшей степени важный вопросъ?

Совершено ли данное преступленіе, было ли оно совершено именно обвиняемымъ, дѣйствительно ли совершонное есть одно изъ перечисленныхъ въ кодексѣ преступленій, должно ли совершонное быть вмѣнено обвиняемому, заслуживаетъ ли обвиняемый наказанія и въ какой мѣрѣ,—все это такіе серьезные вопросы, что разрѣшеніе ихъ должно быть обставлено наилучшими гарантіями открытія истины.

Но этого еще мало. Необходимы гарантіи, что при разрѣшеніи только что указанныхъ вопросовъ обвиняемый не превратится въ простой объектъ изслѣдованія, что въ немъ будетъ уважаться личность, что эта личность будетъ признаваться спорящей стороною, обладающей такими же правами, какъ и другая сторона, т-е государство*). наконецъ, что этотъ споръ будетъ рѣшенъ безпристрастнымъ третьимъ, вполнѣ компетентнымъ для порученія ему столь отвѣтственной задачи.

Уголовный процессъ—вотъ наука, благороднѣйшей цѣлью которой и является созданіе всѣхъ перечисленныхъ выше гарантій, ихъ обоснованіе и указаніе наилучшихъ путей для проведенія этихъ гарантій въ законодательство.

Наука эта показываетъ намъ, что вѣковой опытъ человѣчества создалъ для разрѣшенія приведенныхъ выше вопросовъ, для

признаніе, что фактъ совершенія преступленія порождаетъ и для преступника извѣстныя права (напр, не быть наказаннымъ строже, чѣмъ, быть можетъ, разсчитывалъ преступникъ, взвѣшивая всѣ шансы за и противъ),—или полное поглощеніе личности государствомъ, превращеніе преступника въ объектъ, съ которымъ нечего церемониться, т. е. упраздненіе права

*) Il faut que cette lutte solennelle, qui s'engage entre l'accusé et la puissance publique, ne subisse aucune autre influence, que celle de la justice.– F. Hélie. Traité de l'instr criminelle. 1845, I, 5.

разрѣшенія спора между государствомъ и гражданиномъ особый органъ государственной власти—с у д ъ.

Разсматривая ученіе о функціяхъ государства, Еллинекъ совершенно справедливо замѣчаетъ, что изъ всѣхъ многочисленныхъ попытокъ классифицировать эти функціи, прочное значеніе получило только различеніе трехъ главнѣйшихъ функцій государственной власти: законодательства, управленія (администраціи) и суда. „Другія эфемерныя классификаціи потеряли свое значеніе въ силу того же прогрессирующаго проникновенія въ истинную сущность государства, приведшаго къ торжеству единственно правильнаго воззрѣнія*).

---

*) L. c. 395 Ср Saint—Girons. Essai sur la séparation des pouvoirs. 1881. Duguit „La separation des pouvoirs et l'assemblee nationale de 1789" 1893 A Bonstel Cours de philosophie du droit. 1899, II, 401—406 Совершенно правъ Н Вопросниковъ („Критическій обзоръ ученія о раздѣленіи властей". 1871, 65), говоря, что многія мысли, входящія въ теорію Монтескье, выясняются все болѣе и получаютъ характеръ неопровержимыхъ истинъ, таковы, напр, независимость судебной власти и участіе народа въ законодательствѣ

Здѣсь, конечно, не мѣсто доказывать неправильность мнѣній ученыхъ, отрицательно относящихся къ теоріи Монтескье (напр Laband Das Staatsrecht d Deut Reiches. I, 493. Mohl Geschichte und Litteratur der Staatswiss. I, 274. Bornhak Das preussische Staatsrecht I, 43 и сл) Но нельзя не замѣтить, что даже ученые, конструирующіе судебную власть, какъ отрасль правительственной, требуютъ полной самостоятельности этой власти, независимости и несмѣняемости судей и гарантій Напр H Berthelemy („Traite élementaire de droit administratif" 1901) утверждаетъ что судебная власть есть лишь вѣтвь власти исполнительной, ибо „la fonction de juger et la fonction d' administrer sont l'une et l'autre des fractions de cette autre fonction plus large procurer l'execution des lois" (стр. 18). Но на той же страницѣ авторъ признаетъ, что „les qualites que requièrent les roles respectifs de l'administrateur et du juge sont e s s e n t i e l l e m e n t d i f f e r e n t s", почему „l'administration et la justice, tres distinctes en fait doivent être separees en droit": на слѣдующей страницѣ читаемъ. „La fonction de juger et la fonction d'administrer sont exercées par des organes distincts Ces organes doivent etre a b s o l u m e n t independants les uns des autres, l'indépendance des juges est une des condition de leur impartialité".—Въ настоящее время нерѣдко говорятъ, что строгое проведеніе принципа раздѣленія властей (точнѣе обособленія властей) можетъ имѣть нежелательныя послѣдствія. Быть можетъ это отчасти справедливо относительно законодательной и правительственной властей (въ томъ смыслѣ, что правительственная власть должна осуществлять въ извѣстныхъ предѣлахъ и законодательныя функціи, а законодательная власть должна контролировать дѣйствія правительства), но строжайшее выдѣленіе судебной власти и монополизированіе въ рукахъ этой власти всѣхъ споровъ о правѣ и вопросовъ о примѣненіи принудительныхъ средствъ можетъ имѣть только самыя благодѣтельныя послѣдствія для правопорядка.—Такія же послѣдствія имѣетъ строжайшее различіе между з а к о н о м ъ (т е изданнымъ въ установленномъ порядкѣ надлежаще организованной законодательной властью актомъ) и а д м и н и с т р а т и в н ы м ъ р а с п о р я ж е н і е м ъ (указомъ, декретомъ и т. п.). Отъ кого бы ни исходило административное распоряженіе, какъ бы оно по своему внутрен-

Напрасно только Еллинекъ (стр. 399) утверждаетъ, что рѣзкаго матеріальнаго признака, который отличалъ бы юстицію отъ управленія, не существуетъ и не можетъ существовать. Съ этимъ утвержденіемъ совершенно не вяжутся дальнѣйшія замѣчанія его. Такъ на стр. 404—5 читаемъ: „Такъ какъ внутренно различное всегда стремится проявить это различіе во внѣ, то представляется, правда, естественнымъ, что различныя функціи имѣютъ тенденцію проявляться въ различныхъ органахъ. Раздѣльности функцій соотвѣтствуетъ раздѣленіе труда между органами". На стр. 406: „Защита права .. выступаетъ какъ особая функція, отличная отъ всей остальной государственной дѣятельности этого рода". На стр. 409. „Благодаря тому, что было познано различіе матеріальныхъ функцій, требовали, и все въ большей мѣрѣ проводили раздѣленіе ихъ между соотвѣтственными органами .. Дифференціація управленія и суда все прогрессируетъ".

И дѣйствительно, теоретически администрація и судъ раздѣлены очень рѣзкими и отчетливыми признаками, которые не допускаютъ смѣшенія этихъ двухъ областей дѣятельности государства *).

нему содержанію ни походило на законъ, оно можетъ имѣть обязательную силу не иначе, какъ подъ условіемъ не противорѣчія закону и на основаніи закона Отсюда слѣдуетъ неправильность теоріи тѣхъ ученыхъ (напр Лабандъ), которые различаютъ законы въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ и требуютъ признанія за обѣими категоріями одинаковаго юридическаго значенія Такая теорія приводитъ въ концѣ концовъ къ безграничному произволу правительственной власти. Изъ того, что правительственная власть должна имѣть право издавать общія юридическія нормы, изъ того что эти нормы (если онѣ изданы на основаніи закона и согласны съ нимъ) имѣютъ для всѣхъ обязательную силу, ничѣмъ практически не отличаясь отъ закона, отнюдь не слѣдуетъ отожествленія правительства съ законодательною властью. Только эта послѣдняя есть верховный распорядитель государственной жизни и верховный контролеръ этой жизни, только исходящія отъ этой власти акты суть законы. Власти правительственная и судебная должны быть подзаконны.

*) Судебная функція гораздо рѣзче отличается отъ функціи исполнительной, чѣмъ законодательная и исполнительная между собой, такъ, прежде всего, исполнительная и законодательная власти въ своей дѣятельности одинаково руководствуются требованіями цѣлесообразности, судебная—исключительно началами права". Коркуновъ Русск. госуд. право I, 353—Ср превосходныя, полныя глубины замѣчанія о существѣ судебной власти у того же автора: „Лекціи по общей теоріи права". 1904, стр 267—268. Авторъ правильно указываетъ, что для законодательной и административной власти право служитъ только внѣшней границей, но не началомъ, опредѣляющимъ внутреннее содержаніе ихъ дѣятельности (какъ для суда) Въ основу организаціи судебныхъ установленій кладется начало ихъ независимости какъ отъ правительства такъ и отъ общества, потому что только при этомъ условіи судъ можетъ въ своей дѣятельности руководствоваться исключительно началами права

Управленіе (администрація, правительственная власть въ тѣсномъ смыслѣ)—это самая обширная и сложная область съ многочисленными задачами и необъятнымъ почти содержаніемъ. Дѣятельность ея направлена на обезпеченіе „культурнаго развитія народа, обезпеченія наиболѣе благопріятныхъ условій возможно полнаго удовлетворенія потребностей его духовнаго и матеріальнаго существованія“ *). Это въ высшей степени активная, гибкая, насквозь проникнутая иниціативой и принципомъ цѣлесообразности сила, ведущая обществу къ благу **)

Гораздо проще дѣятельность другой великой культурной силы—законодательства. Оно лишь намѣчаетъ въ общихъ чертахъ планъ той громадной работы, которую должна выполнить администрація и указываетъ общіе принципы для всей государственной жизни.

И, наконецъ, еще проще дѣятельность третьей великой культурной силы—суда. Охрана права—вотъ единственная, исключительная его задача.

Какимъ же признакомъ отличается дѣятельность суда, направленная къ охранѣ права, отъ дѣятельности администраціи, имѣющей между прочимъ такую же цѣль?

Въ своей прекрасной монографіи о судебной власти ***) проф. Jousserandot говоритъ, что признакомъ, отличающимъ судебную дѣятельность отъ остальныхъ, является *споръ о правѣ*. Пока не возникаетъ этого спора, суду нечего дѣлать. Но какъ только возникаетъ споръ о правѣ между частными лицами, или между частными лицами и государствомъ, споръ, въ которомъ какая-нибудь сторона утверждаетъ, что ея права нарушены,—на сцену для окончательнаго и авторитетнаго рѣшенія этого спора выступаетъ судъ †).

Jousserandot характеризуетъ судебную власть слѣдующими основными признаками: 1) эта власть выступаетъ на сцену только

---

1) Дерюжинскій Полицейское право. 1902, 2

*) См прекрасныя замѣчанія у Еллинека l. c. 407—8.—Авторъ указываетъ на то что управленіе есть исторически основная функція, къ которой лишь впослѣдствіи присоединяется или отъ которой обособляется законодательство и отправленіе правосудія.—Едва ли правъ Эсменъ („Общія основы конституціоннаго права“. 1898, стр. 266), утверждая, что судебная власть старѣе всѣхъ остальныхъ, т. е. появилась тогда, когда другихъ еще не было. Ср. Duguit, l. c., 414.

**) Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France. 1878.

†) l. c 5—13.

тогда, когда возникаетъ споръ о правѣ; 2) по своей природѣ эта власть пассивная, безъ инициативы; она дѣйствуетъ лишь тогда, когда къ ней обратится заинтересованная сторона и 3) рѣшенія ея всегда относятся лишь къ частнымъ, конкретнымъ случаямъ. Первый изъ указанныхъ признаковъ Jousserandot считаетъ самымъ важнымъ: судебная власть монополизируетъ въ своихъ рукахъ всѣ споры о правѣ*).

На этомъ основаніи Jousserandot рѣшительно высказывается противъ т. наз. административной юстиціи**): споръ о правѣ изъемлется изъ вѣдѣнія суда подъ предлогомъ особеннаго содержанія дѣла Между тѣмъ признакомъ, раздѣляющимъ дѣятельность суда и администраціи является не содержаніе дѣла, а самый фактъ спора о правѣ. Такимъ образомъ администрація становится судьей въ своемъ собственномъ дѣлѣ; ничего не можетъ быть опаснѣе для правъ личности***).

Jousserandot имѣетъ въ виду главнымъ образомъ французскую теорію административной юстиціи†). Но даже въ нѣмец-

---

*) l. c., 8. „Cet élément, говоритъ авторъ, est tellement de l'essence du Pouvoir judiciaire que par lui ce Pouvoir absorbe attire, monopolise toutes les matières contentieuses" — Токвиль („De la démocratie en Amérique" 1835 I 141) характеризуетъ судебную власть такими же признаками, но центръ тяжести видитъ во второмъ: „On lui dénonce un crime, et il punit le coupable, on l'appelle à redresser une injustice, et il la redresse; on lui soumet un acte, et il l'interprète, mais il ne va pas de lui-même poursuivre les criminels, rechercher l'injustice et examiner les faits Le pouvoir judiciaire ferait en quelque sorte violence à cette nature passive, s'il prenait de lui-même l'initiative et s'établissait en censeur des lois".

**) Deux mots qui n'ont d'autre mérite que d'exprimer d'une façon saissante une monstruosité juridique" (l. c., 25)

***) Объ административной юстиціи, неизвѣстной англійскому праву, см прекрасныя замѣчанія у Дайси (l. c., 153—245—267 et passim). Названіе „административный судъ" не должно вводить въ заблужденіе, говоритъ авторъ эти „суды" носятъ правительственный характеръ, смотрятъ на дѣла съ правительственной точки зрѣнія и рѣшаютъ ихъ въ иномъ духѣ, чѣмъ судьи (273) — Ср. Чичеринъ Курсъ госуд. науки I, 322; III, 412 Picot, La reforme judiciaire en France. 1881 222—224.

†) Примѣромъ неудачной аргументаціи въ пользу французской теоріи административной юстиціи можетъ служить аргументація Berthelemy (l. c. стр 18 и слѣд., стр 838 и слѣд.) Авторъ находитъ, что изъ принципа независимости другъ отъ друга судебной и административной власти слѣдуетъ недопустимость контроля судебной власти надъ административной; если бы предоставить судебной власти право объявлять незаконными распоряженія администраціи, то это значило бы поставить администрацію въ іерархическую зависимость отъ суда и подорвать авторитетъ администраціи Несостоятельность этой аргументаціи очевидна, опираясь на такую теорію, можно утверждать,

кой ея постановкѣ (значительно отличающейся къ лучшему отъ французской *) административная юстиція, какъ функція власти отличная отъ судебной и ввѣренная особымъ органамъ, представляется явленіемъ ненормальнымъ. Наиболѣе солидные и умѣренные защитники административной юстиціи не выставляютъ уже аргументовъ о необходимости гарантировать администрацію отъ надзора суда, о необходимости особыхъ спеціальныхъ знаній, отсутствующихъ у судей. Они совершенно правильно смотрятъ на административную юстицію какъ на расширеніе судебнаго контроля на область публичнаго права, требуютъ независимости и самостоятельности административныхъ судовъ, требуютъ ряда процессуальныхъ гарантій при разсмотрѣніи дѣлъ.

Но въ такомъ случаѣ представляется непослѣдовательнымъ учрежденіе особыхъ административныхъ судовъ и изъятіе административныхъ исковъ изъ вѣдѣнія обыкновенныхъ судовъ. Въ пользу такого изъятія приводятъ два аргумента. 1) Административный искъ сплошь и рядомъ предполагаетъ оцѣнку не только внѣшней, формальной законности дѣйствій администраціи, но цѣлесообразности этихъ дѣйствій А для этого въ составъ суда должны входить не только профессіональные юристы, но и люди, знакомые близко съ мѣстными бытовыми условіями; эти общественные представители должны быть знакомы съ вопросами управленія, почему не могутъ избираться такимъ же путемъ, какимъ

что если правительство находитъ, что гражданинъ долженъ быть сосланъ на 20 лѣтъ, или повѣшенъ за совершеніе дѣяній, вредныхъ для государственной безопасности, то передача дѣла въ судъ можетъ подорвать авторитетъ правительства и должна означать зависимость правительства отъ суда Далѣе, строго—логически проводя такую теорію, необходимо признать, что судъ не имѣетъ права оцѣнивать какое бы то ни было распоряженіе администраціи съ точки зрѣнія законности и обязанъ по жалобѣ администраціи подвергать гражданина наказанію за нарушеніе административныхъ распоряженій, явно незаконныхъ

*) Впрочемъ этого нельзя сказать о всѣхъ нѣмецкихъ ученыхъ писавшихъ объ административной юстиціи Напр Гнейстъ конструируетъ ее не какъ охрану субъективныхъ публичныхъ правъ, а какъ охрану (ex officio) объективнаго правопорядка. по теоріи Гнейста административная юстиція вовсе не есть видъ судебной дѣятельности.— Въ этомъ отношеніи у французскихъ ученыхъ мы находимъ гораздо болѣе правильную конструкцію, изъ которой къ сожалѣнію французская наука и законодательство не сдѣлали строго-логическихъ выводовъ. Напр. Laferrière (Traité de la juridiction administrative. II 450 и сл) смотритъ на административную юстицію какъ на охрану субъективныхъ публичныхъ правъ.

избираются присяжные засѣдатели 2) Для разсмотрѣнія административныхъ исковъ непригодны формы гражданскаго и уголовнаго процессовъ, т к. административное производство представляетъ характерныя особенности (болѣе активная роль суда въ разслѣдованіи обстоятельствъ дѣла, возможность обжалованія рѣшеній всякимъ заинтересованнымъ лицомъ, а не только участвующимъ въ дѣлѣ и т. д)

Оба аргумента несостоятельны Ни одинъ защитникъ принципа единства и исключительности судебной власти (принципа, по которому всѣ споры о правѣ должны вѣдаться однимъ судомъ, общимъ для всѣхъ лицъ и учрежденій) не требуетъ, чтобы составъ суда былъ организованъ одинаково для всѣхъ безъ исключенія дѣлъ, а также не требуетъ, чтобы процессуальныя формы и обряды были однѣ и тѣ же Достаточно въ этомъ отношеніи обратить вниманіе на различіе гражданскаго и уголовнаго процессовъ, различіе, которое даже приводитъ нѣкоторыхъ ученыхъ къ неправильному выводу о принципіальномъ несходствѣ обоихъ процессовъ. На самомъ дѣлѣ и уголовный, и гражданскій процессы имѣютъ въ основѣ одни и тѣ же принципы, представляя собою лишь виды одного и того же родоваго понятія процесса. Третьимъ видомъ и является административный процессъ. Особенности этого процесса въ связи съ нѣкоторыми (не существенными впрочемъ) организаціонными особенностями даютъ основаніе для созданія новаго отдѣленія въ судѣ (подобное тому, какъ нынѣ судъ состоитъ изъ гражданскихъ и уголовныхъ отдѣленій), но отнюдь не для организаціи самостоятельныхъ административныхъ судовъ.

Изъ того же принципа единства и исключительности судебной власти слѣдуетъ неправильность созданія особыхъ, не входящихъ въ общую систему, судовъ, задачей которыхъ является охрана конституціи и разрѣшеніе вопросовъ о согласіи обыкновенныхъ законовъ съ основными, конституціонными. Охрана законовъ есть дѣло суда, и, подобно тому, какъ судъ имѣетъ право оцѣнивать (какъ съ формальной, такъ и съ матеріальной стороны) административныя распоряженія и объявлять ихъ незаконными, онъ имѣетъ право оцѣнивать обыкновенные законы съ точки зрѣнія согласія ихъ съ конституціей. „Тамъ, гдѣ судамъ не предоставлено право провѣрять конституціонность законовъ, тамъ не существуетъ, что бы ни утверждали теоретики, никакихъ гаран-

тій въ томъ, что конституція, вопреки конституціонному праву, не будетъ измѣнена путемъ изданія обыкновеннаго закона" *).

Изъ принципа единства и исключительности судебной власти вытекаетъ признаніе ненормальности существованія особыхъ военныхъ судовъ, которымъ подсудны всѣ военно-служащіе за всѣ проступки. Аргументація защитниковъ существующаго еще въ большинствѣ государствъ порядка на столько легковѣсна, что не можетъ выдержать и самой снисходительной критики Въ самомъ дѣлѣ, развѣ возможно серьезно утверждать, что к а ж д о е, совершенное солдатомъ преступленіе, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и нарушеніе его спеціальныхъ обязанностей, причемъ именно это нарушеніе должно играть главную роль и опредѣлять подсудность дѣла? Развѣ можно въ наше время защищать необходимость образованія изъ военныхъ людей замкнутой, самодовлѣющей корпораціи, изъятой изъ контроля общегосударственной власти? Что же касается необходимости болѣе строгихъ наказаній для военныхъ, то если бы эта необходимость была доказана, общіе суды могли бы примѣнять такія наказанія Говорятъ еще о спеціальныхъ знаніяхъ (особенности военной службы), необходимыхъ для судей. Но съ такимъ же правомъ можно говорить о спеціальныхъ знаніяхъ, относящихся къ любому разряду явленій общественной жизни: разсуждая послѣдовательно, необходимо требовать цѣлой массы различныхъ судовъ

А между тѣмъ печальныя стороны существованія военныхъ судовъ у всѣхъ передъ глазами Такой порядокъ создаетъ самый опасный видъ государства въ государствѣ, способствуетъ полной безнаказанности военныхъ, т. к. военные „суды" отправляютъ „правосудіе" съ точки зрѣнія интересовъ своего сословія, а пресловутая „честь мундира" слошь и рядомъ оказывается выше жизни, здоровья, чести, имущества мирныхъ гражданъ. Безчисленными примѣрами, иллюстрирующими только что сказанное, переполнена практика всѣхъ государствъ, гдѣ только существуетъ анахронизмъ въ видѣ изъятія военныхъ изъ общей подсудности.

---

*) Е г и н е к ъ, l. c., 358.—Здѣсь не мѣсто доказывать преимущества американской системы „неподвижной" конституціи передъ англійской („гибкой" конституціи). Нельзя не замѣтить, что эта послѣдняя система не принесла никакого вреда въ Англіи вовсе не въ силу своихъ внутреннихъ достоинствъ, а исключительно въ силу своеобразныхъ особенностей англійской жизни. Перенесеніе этой системы въ другую страну могло бы имѣть самыя нежелательныя послѣдствія.

Возвращаясь къ теоріи Jousserandot, нельзя не признать, что она имѣетъ большую научную цѣнность*). Но при всей своей правильности она нуждается въ существенномъ дополненіи

Есть еще одинъ очень важный моментъ, который обусловливаетъ необходимость существованія судебной власти и проводитъ рѣзкую границу между дѣятельностью суда и администраціи. *Этотъ моментъ заключается въ распоряженіи принудительными функціями власти. Только судъ имѣетъ право распоряжаться этими функціями. Въ рукахъ суда сосредоточивается такимъ образомъ монополія силы, долженствующей служить праву* *[1]).

На первый взглядъ можетъ показаться, что выставляемая мною теорія не только противорѣчитъ фактамъ реальной жизни, но и обезоруживаетъ власть во многихъ не терпящихъ отлагательства случаяхъ, служитъ тормазомъ для полезной дѣятельности власти.

Такой упрекъ и былъ мнѣ сдѣланъ проф. П П. Пусторослевымъ На стр 11 своего труда „Отзывъ о сочиненіи І В Михайловскаго:—Къ вопросу объ упрощеніи суммарнаго уголовнаго процесса“ (1903) онъ говоритъ: „А между тѣмъ ни одно изъ культурныхъ государствъ не только не провозглашаетъ такого принципа, но и провозгласить не можетъ, такъ какъ иначе оно несомнѣнно и рѣзко нарушитъ интересы правового порядка и народнаго благосостоянія къ явной выгодѣ воровъ, разбойниковъ и возможныхъ преступниковъ Вѣдь, тогда полиція не имѣетъ права арестовать ни одного преступника безъ предварительнаго постановленія суда“. А на стр. 17 авторъ пишетъ. „Этотъ принципъ создаетъ въ пользу суда полную монополію распоряженія принудительными мѣрами въ борьбѣ противъ уголовныхъ правонарушеній и отнимаетъ у полиціи всякое право самостоятельно, безъ предварительнаго разрѣшенія со стороны суда, принимать

*) Между прочимъ изъ этой теоріи слѣдуетъ неправильность отнесенія къ вѣдѣнію суда т. наз безспорныхъ, охранительныхъ и т п дѣлъ Наша практика знаетъ производство въ судахъ массы дѣлъ, съ которыми въ сущности суду дѣлать нечего, наприм, направленіе въ судъ дѣлъ о преступленіяхъ, неизвѣстно кѣмъ (за необнаруженіемъ виновнаго) совершенныхъ „для прекращенія“. „Нѣтъ с п о р а, нѣтъ и с у д ь и“ (Г е р и н г ъ Цѣль въ правѣ 1881. стр. 288)

*) „Un acte de juridiction est l'acte par lequel les gouvernants constatent l'existence d'une situation juridique subjective, declarent vouloir qu'elle se realise et annoncent que, s'il y a lieu, la contrainte matérielle dont ils disposent sera employee pour en assurer par force, directement ou indirectement, la réalisation“ L Duguit L'état le droit objectif et la loi positive. 1901 I 416

какія бы то ни было мѣры къ предупрежденію грозящихъ уголовныхъ правонарушеній или къ пресѣченію происходящихъ или ловить и арестовывать преступниковъ".

Возраженія эти—плодъ недоразумѣнія Теорія судебной монополіи принужденія вовсе не значитъ, что если, напр., городовой видитъ разбойника, желающаго зарѣзать человѣка, то онъ долженъ сначала отправиться къ судьѣ и получить приказъ объ арестѣ. Само собою разумѣется, что полиція имѣетъ и должна имѣть право принимать и насильственныя мѣры для воспрепятствованія совершенія преступленій въ нетерпящихъ отлагательства случаяхъ.

Но, во-первыхъ, всѣ эти мѣры должны быть сведены къ минимуму, должны примѣняться лишь въ предѣлахъ крайней необходимости, должны быть обставлены цѣлымъ рядомъ гарантій*) а, во-вторыхъ, и это самое важное—всѣ эти мѣры должны подлежать судебному контролю. Такимъ образомъ окончательная санкція ихъ зависитъ отъ суда, какъ отъ единственнаго органа власти, уполномоченнаго распоряжаться принудительными средствами охраны правопорядка.

Классическимъ образцомъ того, какъ можно сочетать принципъ судебной монополіи принужденія съ широкими полномочіями полиціи служитъ Habeas Corpus Act въ связи съ дополняющими его правилами, по которымъ каждое должностное лицо отвѣтственно передъ судомъ за всякое нарушеніе права гражданина. „Если бы министръ внутреннихъ дѣлъ арестовалъ незаконно кого-нибудь, то административный характеръ ареста, политическія соображенія, положеніе министра не оправдали бы его передъ судомъ, такъ же, какъ и полицейскихъ, исполнявшихъ приказъ министра"*), помимо того, что незаконно арестованный былъ бы въ силу Habeas Corpus Act'а немедленно освобожденъ судомъ.

Жизнь знаетъ еще и другіе случаи, когда власть употребляетъ противъ гражданъ силу безъ всякаго участія суда, но эти случаи нисколько не подрываютъ правильности защищаемой мною теоріи судебной монополіи принужденія

---

*) См., наприм., R. Mohl. Die Polizei- Wissenschaft 1845, III. 26 и сл., а также статью Тарасова—„Полицейскій арестъ" въ VII томѣ Сборн. Госуд. Зн.

**) Дайси. I с, 212

1. Первая категорія этихъ случаевъ—это наложеніе въ административномъ порядкѣ на гражданина извѣстнаго рода взысканій за спеціальные проступки съ предоставленіемъ права неподчиниться постановленіямъ администраціи и требовать судебнаго разбирательства дѣла. Таковы, напримѣръ, у насъ штрафы, налагаемые администраціей за нѣкоторыя акцизныя и паспортныя правонарушенія, таковы стт. 454—458 германскаго устава угол. судопр., предоставляющія въ извѣстныхъ случаяхъ полиціи право постановлять опредѣленія о наложеніи на гражданъ легкихъ наказаній.

Не говоря уже о принципіальной неправильности этихъ порядковъ [x]), достаточно имѣть въ виду право гражданъ не подчиняться карательнымъ постановленіямъ администраціи и требовать судебнаго разбирательства, чтобы не считать указанныхъ случаевъ подрывающими правильность принципа судебной монополіи принужденія: предоставленіемъ гражданамъ этого права сама власть какъ нельзя лучше доказываетъ правильность названнаго принципа.

2. Вторая категорія—наложеніе на гражданъ наказаній администраціей безъ права требовать судебнаго разбирательства Таковы, напримѣръ, наши Временныя правила объ усиленной и чрезвычайной охранѣ. Опять-таки и здѣсь уже само названіе „Временныя“ показываетъ, что правительство хорошо сознаетъ несовмѣстимость такихъ правилъ съ нормальнымъ строемъ правовой жизни. И хотя въ настоящее время есть еще много практическихъ дѣятелей администраціи, вѣрящихъ въ спасительность административныхъ каръ, но въ наукѣ давно уже сдѣлалось аксіомой, что „все то, что причиняетъ гражданину страданіе физическое или моральное, всякое стѣсненіе или ограниченіе свободы, всѣ виды запрещенія жить въ данномъ мѣстѣ, повелѣніе не оставлять и не выѣзжать изъ города, деревни, или мѣстности, отдача подъ надзоръ полиціи, выговоръ, замѣчаніе или предупрежденіе—все это, будучи по-своему существу наказаніями, какія бы имена имъ не прикладывались, какія бы основанія подъ нихъ не подводили, кромѣ основаній уголовнаго права, можетъ

---

[x]) Объ этой неправильности см. мою работу „Къ вопросу объ упрощеніи суммарнаго угол. процесса“.

быть опредѣляемо только судомъ, однимъ судомъ и никѣмъ другимъ, какъ только судомъ *).

И дѣйствительно, только такой порядокъ обезпечиваетъ соблюденіе великаго принципа свободы и самоцѣльности личности, этой движущей силы исторіи, источника всей общественной жизни, цѣли, для которой существуетъ общественный организмъ. „Вся наша современная культура,—говоритъ Еллинекъ (l. c., 152). —основана между прочимъ на убѣжденіи, что власть государства имѣетъ границы, что мы не подчиненные безгранично всемогущей власти государственные рабы".

Такая обезпеченность личности возможна только при твердомъ законномъ порядкѣ, охраняемомъ судомъ. Справедливо говоритъ Геффдингъ, что одна только сила въ своемъ чистомъ видѣ представляетъ самую необезпеченную связь**). А вотъ замѣчательныя слова такого глубокаго мыслителя, какъ Б. Н. Чичеринъ: „Уваженіе къ закону, когда оно утверждается долгой практикой и входитъ въ нравы, составляетъ самую надежную опору государственнаго строя". „Нельзя съ достаточной силой выразить то высокое значеніе, которое имѣетъ для государственной жизни развитіе права и тѣ неисчислимыя выгоды, которыя оно приноситъ. Право служитъ первою и главною охраной человѣческой личности и всего того, что ей принадлежитъ. Ограждая человѣка отъ насилія, оно даетъ ему увѣренность въ прочности его бытія, обезпеченность будущаго и вмѣстѣ силы для дѣятельности. Съ другой стороны, внушая человѣку сознаніе своей силы, чувство права возвышаетъ нравственное его достоинство..." „Административной власти долженъ быть предоставленъ достаточный просторъ для охраненія общественнаго порядка и для исполненія тѣхъ мѣръ, которыя требуются совокупными интересами государства и общества, но когда въ своей дѣятельности она сталкивается съ правами гражданъ, она должна прибѣгать къ содѣйствію суда. И съ своей стороны граждане должны имѣть право

*) Проф. А. Кистяковскій „Нуждается ли общественная безопасность въ другихъ наказаніяхъ, кромѣ опредѣляемыхъ по суду?" Сбор Госуд Зн., IV, 155. Необходимо замѣтить, что въ вопросахъ подобнаго рода голосъ Кистяковскаго имѣетъ очень большое значеніе, т к. этотъ криминалистъ, по справедливому замѣчанію проф. Л. Бѣлогрицъ-Котляревскаго („Очеркъ научной дѣятельности А. Ѳ. Кистяковскаго. 1885)—не имѣетъ соперниковъ въ русской наукѣ по вопросамъ уголовной политики.

**) „Этика". 1898, стр. 333—Ср Еллинекъ. l. c, 120—124.

прибѣгать къ защитѣ суда въ случаѣ притѣсненій; иначе они отдаются въ жертву административному произволу"*)

Система административныхъ каръ можетъ существовать только на низшихъ ступеняхъ развитія государственной жизни, гдѣ личность оцѣнивается еще очень низко и гдѣ все приносится въ жертву ложно понятому принципу усиленія власти. Облеченіе администраціи правомъ наказывать гражданъ, т-е. передача ей самыхъ важныхъ судебныхъ функцій, равносильно признанію ненужности суда. А это признаніе самымъ роковымъ образомъ влечетъ за собой безграничный произволъ власти со всѣми печальными послѣдствіями такого произвола. всѣ общественныя отношенія дѣлаются шаткими, неопредѣленными, никто не можетъ быть увѣренъ въ завтрашнемъ днѣ, чувство законности утрачивается, развивается приниженность и рабскіе инстинкты, нравы дичаютъ, всѣ привыкаютъ жить только настоящимъ, не брезгая никакими средствами для доставленія себѣ расположенія сильныхъ, идеальные интересы, человѣческое достоинство превращаются въ пустые звуки и государство превращается въ то magnum latrocinium, о которомъ говоритъ бл. Августинъ, какъ о неизбѣжномъ послѣдствіи отсутствія суда.

Закончу разсмотрѣніе этого вопроса словами проф. Таганцева, —словами, имѣющими тѣмъ большее значеніе, что авторъ ихъ, какъ первоприсутствующій въ уголовномъ кассаціонномъ департаментѣ Сената, близко стоитъ къ практической жизни, знакомъ съ дѣломъ государственной политики на основаніи лучшихъ источниковъ. „Почему административный чиновникъ можетъ прозрѣть и увѣриться тамъ, гдѣ судья встрѣчаетъ только сомнѣнія и слабыя вѣроятности? Не угрожаетъ ли эта теорія административной непогрѣшимости замѣнить законъ простымъ усмотрѣніемъ? Мало того: эти мѣры нерѣдко представляются вредными и для общественнаго спокойствія. Онѣ озлобляютъ наказаннаго и изъ колеблющагося создаютъ непримиримаго крайняго, онѣ раздражаютъ семью и лицъ, близкихъ сосланному; онѣ, наконецъ переводятъ часто во враждебный правительству лагерь всѣхъ тѣхъ, кому дороги гражданская свобода и неприкосновенность; онѣ подрываютъ въ обществѣ уваженіе къ праву и закону" **).

---

*) „Курсъ государственной науки". III. 400—413.—Ср. Его же „Собственность и государство". II, 305—307.

**) „Русск. угол. право". 1902, стр. 834.

3. Наконецъ, третья категорія случаевъ употребленія принужденія безъ участія суда—это такіе моменты государственной жизни, когда на первый планъ выступаетъ сила, моменты въ высокой степени патологическіе и ненормальные.

Эти случаи уже никоимъ образомъ не могутъ служить доказательствомъ противъ принципа судебной монополіи принужденія, такъ какъ здѣсь можетъ итти рѣчь лишь о чисто фактическихъ отношеніяхъ, а не о правѣ. Всѣ усилія права должны быть направлены къ тому, чтобы предупредить возможность наступленія народныхъ волненій, мятежей, подобно тому, какъ всѣ усилія международнаго права клонятся къ тому, чтобы предотвратить войну, это величайшее изъ бѣдствій человѣчества. При этомъ нельзя не замѣтить, что одной изъ главнѣйшихъ причинъ указанныхъ взрывовъ является то отсутствіе нормальной правовой жизни, о которой я только что говорилъ, какъ о слѣдствіи административнаго произвола

Такимъ образомъ мы видимъ, что судъ не есть орудіе власти, а занимаетъ въ государственномъ организмѣ совершенно самостоятельное, особое положеніе. Судъ представляетъ собой специальный органъ власти, призванный быть охранителемъ права, хотя бы въ отдѣльномъ случаѣ это право входило въ коллизію съ интересами власти Судъ есть, по мѣткому выраженію Иеринга, „принципіальное самоограниченіе государственной власти*), но это самоограниченіе служитъ лишь къ укрѣпленію власти и къ возвышенію ея нравственнаго достоинства **).

Только при существованіи суда граждане могутъ съ полнымъ довѣріемъ и уваженіемъ относиться къ правительству, только при существованіи суда такое страшное оружіе, какъ наказаніе, не будетъ опаснымъ для свободы личности. Граждане знаютъ, что гдѣ только возникаетъ острый вопросъ о примѣненіи къ кому-либо насильственныхъ мѣръ, гдѣ возникаетъ споръ между гражданиномъ и государствомъ, споръ этотъ будетъ рѣшенъ безпристрастнымъ третьимъ, одинаково чуждымъ какъ стремленію подрывать основы исторически сложившейся формы общежитія, такъ и стремленію превращать гражданъ въ безпре-

---

) „Цѣль въ правѣ“, стр 284

*) Ср. Б. Н. Чичеринъ „Собственность и государство“ II, 306—307; „Энцикл. госуд. науки“ III, 143—144

кословныхъ исполнителей приказаній органовъ власти. Граждане знаютъ, что разъ дѣло попало въ судъ, никакія вліянія ни сверху, ни снизу, никакія соображенія общественной или государственной пользы не могутъ имѣть ни малѣйшаго значенія для рѣшенія дѣла въ ту или другую сторону. И если подсудимый будетъ признанъ виновнымъ и заслуживающимъ наказанія, то, во-первыхъ, единственными и исключительными факторами для судьи будутъ „законъ, совѣсть и факты", во вторыхъ, будутъ соблюдены всѣ гарантіи, обезпечивающія открытіе истины; въ третьихъ виновный будетъ наказанъ лишь послѣ того, какъ его вина будетъ установлена какъ очевидная для всѣхъ и каждаго, и притомъ наказанъ лишь на точномъ основаніи уголовнаго закона, существовавшаго до совершенія преступленія и, въ четвертыхъ, что вопросы о виновности и о примѣненіи наказанія будутъ разрѣшены съ должнымъ уваженіемъ къ личности подсудимаго и съ полнымъ сознаніемъ всей страшной отвѣтственности такого дѣла, какъ примѣненіе къ человѣку принужденія въ его самой рѣзкой формѣ.

Само собою разумѣется, что для того, чтобы судъ стоялъ на высотѣ своей столь отвѣтственной задачи, онъ долженъ быть надлежащимъ образомъ организованъ. Эта организація, основные принципы которой и будутъ разсмотрѣны во второй части настоящаго труда, должна обезпечить наличность у суда всѣхъ необходимыхъ качествъ: безпристрастія, независимости, авторитетности, знаній, опыта и нравственныхъ качествъ—*для того священнодѣйствія, которое называется отправленіемъ правосудія и къ которому нельзя приступать съ неумытыми руками.*

Но всего этого еще недостаточно. Недостаточно создать судъ независимый, вооруженный знаніями, опытомъ и нравственными качествами, поставленный въ наиболѣе удобныя условія для работы. Если бы ограничиться только тѣмъ, что можетъ дать одно судоустройство, организація, была бы сдѣлана лишь половина дѣла. При всей ея громадной важности одной организаціи недостаточно для того, чтобы судъ стоялъ на высотѣ своей, столь отвѣтственной задачи.

Представляется необходимымъ самую дѣятельность суда подчинить извѣстнымъ правиламъ, обставить рядомъ гарантій. Такими гарантіями и служатъ обряды и формы судопроизводства, эти

по мѣткому выраженію Ф. Эли, маяки судебныхъ дѣйствій*). Эти формы и обряды придаютъ судебному производству извѣстную тяжеловѣсность, неповоротливость, громоздкость, но вмѣстѣ съ тѣмъ только благодаря имъ судъ можетъ стоять внѣ всякихъ подозрѣній. *Въ сущности если лишить судебную дѣятельность формъ и обрядовъ, эта дѣятельность ничѣмъ не будетъ отличаться отъ дѣятельности органовъ администраціи и скоро проникнется тѣмъ же принципомъ цѣлесообразности, который такъ необходимъ администраціи, и такъ противорѣчитъ оправленію правосудія.*

Формы и обряды процесса не даны человѣчеству, какъ нѣчто готовое, а создаются и вырабатываются по мѣрѣ развитія культуры. Мы съ ужасомъ говоримъ теперь о пыткѣ, какъ о средствѣ получить сознаніе обвиняемаго, а между тѣмъ для современниковъ ничего не могло быть естественнѣе этого обряда судопроизводства. Если при такой замѣчательной постановкѣ уголовнаго процесса, которую мы видимъ въ Аѳинахъ **) рабъ могъ быть допрошенъ не иначе, какъ подъ пыткой, а въ дѣлахъ объ измѣнѣ пытка примѣнялась ко всѣмъ, безъ различія классовъ, если даже въ Англіи только въ концѣ XVIII ст. отмѣненъ такой чудовищный обрядъ судопроизводства, какъ такъ называемая la peine forte et dure ***) и въ той же Англіи лишь въ 1836 году отмѣненъ законъ, по которому обвиняемый въ фелоніи не имѣлъ права на формальную защиту †), то насъ не должно удивлять, что при системѣ тайнаго инквизиціоннаго процесса, при отсутствіи гарантій правъ личности, при превращеніи обвиняемаго въ объектъ изслѣдованія, пытка была самымъ обыкновеннымъ средствомъ открытія истины не только въ средніе вѣка, но и въ новое время. Такъ, напримѣръ, question preparatoire отмѣнена

*) Traité de l'instruction crimin. 1845. I, 6.

**) См. напр. Бекo. Организація уголовной юстиціи въ главнѣйш. ист. эпохи 1867. 1—40 I Wargha. Die Vertheidigung in Strafsachen. 1879. 16-32, F. Hélie l. c. I. 16—33

***) Stephen. A history of the criminal law of England I, 298, Loiseleur. Les crimes et les peines dans l'antiquité et dans les temps modernes. 1863 299.

†) Glasson. Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre etc 1883 VI. 778. Stephen A general view of the criminal law of England 1863 p 30.

во Франціи 14 августа 1780 года, а question préalable существовала до самой великой революціи *).

По мѣрѣ поступательнаго движенія культуры вырабатываются все болѣе и болѣе совершенные, справедливые и цѣлесообразные формы и обряды судопроизводства. Нельзя указать границъ этому движенію, а напротивъ, при сравненіи старыхъ грубыхъ формъ съ современными, при ознакомленіи съ новѣйшими научными работами хотя бы по вопросу о свидѣтельскихъ показаніяхъ **)—нельзя не выразить увѣренности въ томъ, что и здѣсь наука медленно, но неуклонно идетъ впередъ и будетъ открывать все болѣе справедливыя и совершенныя, все болѣе свободныя отъ субъективныхъ вліяній средства для достиженіа конечной цѣли уголовнаго процесса.

Ознакомившись съ тѣми гарантіями, которыя даютъ судоустройство и судопроизводство, мы понимаемъ, почему только судъ имѣетъ право распоряжаться принудительными функціями власти. Эти гарантіи дѣлаютъ судъ тѣмъ органомъ власти, проходя черезъ руки котораго наказаніе становится неопаснымъ для достиженія конечной цѣли культуры— всеобщаго братства, и не противорѣчитъ гуманнымъ идеаламъ. Судъ долженъ быть не только правымъ, но и милостивымъ, по прекрасному выраженію свѣтлой памяти создателя Судебныхъ Уставовъ 1864 года. Само собою разумѣется, что гуманность и мягкость вполнѣ совмѣстимы съ неуклоннымъ исполненіемъ судомъ своего долга, подчасъ очень тягостнаго. Когда этого требуютъ разумно понятые интересы репрессіи, судъ долженъ твердою рукою неумолимо карать, не смущаясь ни односторонними теоріями, ни сжимающими сердце перспективами человѣческихъ страданій. Въ такихъ случаяхъ судья долженъ помнить изреченіе стараго англійскаго судьи: pity is due to the criminal, but pity is also due to the country.

---

*) Tissot Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois des divers peuples du monde. 1888 II 725—726; Loiseleur r. l. c. 216; A Esmein Histoire de la procédure criminelle en France etc 1861 401. A. Du-Bois. Histoire du droit criminel en France etc 1874 II 290

**) См напр. работу прив.-доц. Штерна Zur Psychologie de Aussage, въ XXII томѣ Zeitschrift'a Листа и статью Листа въ № 1 Deutsche Iuristenzeitung за 1902 годъ. Этими работами начатъ цѣлый рядъ изслѣдованій по вопросу о свидѣтельскихъ показаніяхъ.

Здѣсь мы подходимъ къ чрезвычайно интересному вопросу о предѣлахъ полномочій суда при примѣненіи уголовныхъ законовъ.

Одинъ изъ колоссовъ человѣческой мысли—Гегель, выяснилъ ритмъ, по которому совершается поступательное движеніе исторіи культуры. Сначала дана первичная форма явленія, гдѣ въ потенціи заключается множество опредѣленій, но гдѣ все слито, хаотично (тезисъ). Изъ этой формы выдѣляются противоположности, каждая изъ нихъ развивается самостоятельно, повидимому отрицая право на существованіе за остальными (антитезисъ). Наконецъ, противоположности сольются въ высшемъ, гармоническомъ единствѣ, гдѣ каждая часть разовьетъ все свое содержаніе, каждая займетъ свойственное ей мѣсто и гдѣ все будетъ проникнуто одной руководящей идеей (синтезисъ).

Если съ этой точки зрѣнія мы будемъ разсматривать исторію развитія предѣловъ полномочій суда, то мы замѣтимъ слѣдующее.

Въ первое время судъ осуществлялся непосредственно самою верховною властью. Она сама творила право, сама примѣняла его, сплошь и рядомъ создавая законъ ad hoc, не стѣсняясь никакими правилами и руководствуясь лишь чувствомъ справедливости, какимъ оно являлось въ каждомъ данномъ случаѣ.

И когда судъ пересталъ осуществляться непосредственно самою верховною властью, перейдя въ руки спеціальныхъ ея органовъ, эти органы долгое время творили правосудіе такъ, какъ творила бы его сама верховная власть (напр. римскіе суды присяжныхъ).

Пока общественныя и государственныя отношенія были просты и несложны, такой порядокъ не могъ быть особенно опаснымъ для общежитія. Но съ осложненіемъ жизни и съ появленіемъ писаннаго права, столь необходимаго для культурнаго государства, стали все больше и больше проявляться опасныя стороны всемогущества суда. Напр., во Франціи стараго режима въ сущности не было уголовнаго права въ собственномъ смыслѣ: существовало только уголовное судопроизводство, т. е. рядъ правилъ, которыми руководствовался судъ при разборѣ дѣлъ. Преступленія и наказанія не были строго опредѣлены закономъ и поэтому судьи могли подвергать обвиняемаго наказанію за такое дѣяніе, которое не было предусмотрѣно закономъ, и подвергать такому наказанію, какое находили наиболѣе справедливымъ въ каждомъ данномъ случаѣ.

Само собою разумѣется, что когда наступило время обновленія всѣхъ общественныхъ формъ, когда выяснилась потребность прочныхъ гарантій свободы и правъ личности, подверглись коренному пересмотру полномочія суда. Была выработана теорія, самымъ строгимъ образомъ разграничивающая функціи законодателя и судьи. По этой теоріи судья есть лишь примѣнитель закона, не имѣющій права даже толковать его, т. к. „обманчивое непостоянство произвольныхъ толкованій“ есть явленіе весьма опасное для гражданской свободы.

Теорія эта помимо своего важнаго историческаго значенія имѣетъ большую цѣнность: она выяснила, что судъ есть органъ подзаконный, призванный къ тому, чтобы охранять и примѣнять существующій законъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ жизнь обнаружила односторонность этой теорія. Отправленіе правосудія есть живое дѣло, которое невозможно втиснуть въ узкія рамки. Законодатель даетъ лишь основу правовой жизни, указываетъ общій путь; онъ не можетъ предусмотрѣть все безконечное разнообразіе жизни. Судья и служитъ посредникомъ между абстрактнымъ предписаніемъ закона и жизнью, а судебная практика является восполненіемъ и дальнѣйшимъ развитіемъ закона *).

Вотъ почему теорія о судьѣ, какъ о механическомъ примѣнителѣ закона, была оставлена и замѣнена господствующей нынѣ теоріей. Эта послѣдняя теорія предоставляетъ суду значительныя полномочія въ дѣлѣ толкованія закона и опредѣленія размѣровъ наказанія. Но между прочимъ она требуетъ, чтобы судья при доказанности вины преступника неукоснительно примѣнилъ къ нему уголовный законъ Для смягченія особенно рѣзкихъ случаевъ несоотвѣтствія жизни съ закономъ единственнымъ коррективомъ можетъ быть обращеніе суда къ верховной власти съ ходатайствомъ о чрезвычайномъ пониженіи наказанія, или о помилованіи.

Можно ли этотъ порядокъ считать завершеніемъ исторіи полномочій уголовнаго суда? Послѣ періода, когда судъ обладалъ самыми неограниченными полномочіями во всѣхъ отношеніяхъ (тезисъ), послѣ періода, въ которомъ изъ первоначальнаго единства выдѣлились противоположности, были выяснены и развиты всѣ отдѣльные моменты судебной дѣятельно-

*) Подробнѣе объ этомъ—во второй части книги.

сти (антитезисъ), нельзя ли предположить наступленія третьяго періода, періода высшаго синтеза, въ которомъ полномочія суда будутъ гораздо болѣе широки, чѣмъ въ настоящее время, и гдѣ вмѣстѣ съ тѣмъ полномочія эти не будутъ опасны для гражданской свободы?

Казалось бы, что утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ подсказывается самъ собою какъ общимъ ходомъ исторіи, такъ и явленіями современной жизни.

Эта жизнь знаетъ случаи, когда совершается дѣяніе въ высшей степени вредное и опасное для общежитія, которое, однако, законодатель упустилъ внести въ уголовный кодексъ. Не долженъ ли судъ руководствуясь аналогіей, восполнить недостатокъ закона и подвергнуть обвиняемаю наказанію? Далѣе, бываютъ случаи, когда совершается преступленіе, за которое законодатель грозитъ незначительнымъ наказаніемъ, но обвиняемый представлетъ изъ себя такую глубоко—испорченную натуру, является такимъ опаснымъ субъектомъ, что возникаетъ вопросъ: не долженъ ли судъ, въ интересахъ борьбы съ преступностью, примѣнить къ обвиняемому болѣе строгое и обезпечительное для общества наказаніе, чѣмъ то, которое указано въ нарушенномъ законѣ?

Наконецъ, возможны случаи, когда обвиняемый съ формальной стороны оказывается несомнѣнно виновнымъ, но индивидуальныя особенности дѣла таковы, что примѣненіе наказанія, хотя бы и минимальнаго, будетъ совершенно ненужной и даже вредной жестокостью. Не долженъ ли въ такихъ случаяхъ судъ признать обвиняемаго виновнымъ, но отъ наказанія освободить?

Новыя теченія въ наукѣ на всѣ эти вопросы отвѣчаютъ утвердительно.

И въ особенности энергично требуетъ новаторы расширенія полномочій суда въ смыслѣ усиленія репрессіи. Для борьбы съ врагами общества, говорятъ они, необходимы болѣе цѣлесообразныя средства, чѣмъ тѣ, которыя до сихъ поръ употреблялись. Съ преступникомъ нечего церемониться, и, если того требуютъ интересы общественной охраны, государство не должно отступать передъ мнимыми правами преступника. Въ своей работѣ. „La sociologie et le droit pénal“ Дорадо требуетъ, чтобы судьѣ былъ предоставленъ безграничный просторъ, чтобы судья могъ „incriminer tous les faits, qui lui paraîtront incriminables et appliquer à leurs

auteurs les mesures protectrices et tutelaires, qu'ils jugera convenables" *).

Но и нѣкоторые единичные представители господствующаго направленія въ наукѣ высказываются за расширеніе полномочій суда и предоставленіе ему права наказывать обвиняемыхъ по аналогіи за дѣянія, уголовнымъ кодексомъ не предусмотрѣнныя

Ключъ къ разрѣшенію всѣхъ этихъ вопросовъ даютъ развитыя выше положенія 1) о наказаніи, какъ о а) крайнемъ и b) очень опасномъ средствѣ охраны с) правопорядка и 2) о принципѣ nullum crimen, nulla poena sine lege. Новаторы забываютъ, что логическимъ выводомъ изъ основныхъ принциповъ ихъ теоріи было бы совершенное упраздненіе уголовнаго кодекса, а слѣдовательно—и уголовнаго права (а если нѣтъ права—остается лишь одна голая сила и произволъ). Въ самомъ дѣлѣ, съ этой точки зрѣнія даже кодексъ, состоящій изъ однаго списка запрещенныхъ дѣяній съ предоставленіемъ суду права назначать за каждое любое наказаніе, представляется тормазомъ въ дѣлѣ охраны общества отъ опасныхъ людей. Совершенно достаточно постановить: каждый опасный и вредный для общежитія человѣкъ будетъ привлеченъ къ суду, составленному изъ надлежащихъ спеціалистовъ, подвергнутъ изученію съ антропологической, психологической, соціологической и др. точекъ зрѣнія, а затѣмъ—или ему будетъ назначено принудительное воспитаніе, или онъ подвергнется какой либо карательной мѣрѣ по усмотрѣнію суда, или же будетъ „обезвреженъ". Такой порядокъ какъ нельзя болѣе напоминаетъ напр. слѣдующую систему борьбы съ государственными преступленіями: гражданинъ можетъ быть арестованъ „въ порядкѣ охраны" по усмотрѣнію административной власти за дѣяніе, въ уголовномъ кодексѣ не значащееся, можетъ долгое время содержаться подъ стражей, „до выясненія обстоятельствъ, послужившихъ основаніемъ для ареста", не зная, въ чемъ именно онъ заподозрѣнъ, а затѣмъ по усмотрѣнію той же администраціи можетъ быть или заключенъ въ тюрьму на неопредѣленное время, или подвернутъ ссылкѣ. Грозныя и печальныя послѣдствія этой системы слишкомъ извѣстны, а вѣдь предлагаемая новаторами

*) Работа Дорадо мнѣ неизвѣстна; цитирую по книгѣ М. Чубинскаго „Очерки уголовной политики". 1905 стр. 13.

система борьбы съ преступностью, охраны общества, покоится въ сущности на тождественныхъ основаніяхъ.

Государство ничего не потеряетъ, если останется безнаказаннымъ одинъ случай совершенія вреднаго для общежитія дѣянія, не предусмотрѣннаго закономъ: законодатель имѣетъ всегда полную возможность немедленно внести это дѣяніе въ уголовный кодексъ. Точно также, если практика покажетъ, что назначенное въ уголовномъ законѣ наказаніе оказывается недостаточнымъ противовѣсомъ нелегальнымъ стремленіямъ, законодатель всегда имѣетъ возможность усилить этотъ противовѣсъ, увеличивъ соотвѣтственнымъ образомъ наказаніе. Но предоставленіе суду права измѣненія и исправленія закона самымъ рѣзкимъ образомъ противорѣчило бы роли суда въ государственной жизни Эта роль заключается вовсе не въ борьбѣ съ преступностью. Судъ призванъ быть рѣшителемъ спора между личностью и государствомъ на основаніи существующаго закона. Онъ долженъ рѣшить въ каждомъ данномъ случаѣ вопросъ: должно ли быть примѣнено къ обвиняемому указанное въ законѣ наказаніе, и если должно, то въ какой мѣрѣ. Здѣсь роль суда сводится вовсе не къ отягченію участи обвиняемаго сравнительно съ угрозой уголовнаго закона, а скорѣе наоборотъ.—Вотъ почему, расширеніе полномочій суда въ смыслѣ усиленія уголовной репрессіи является извращеніемъ идеи суда, какъ института, призваннаго играть главную роль въ системѣ гарантій, превращающихъ насиліе въ право, *призваннаго смягчать и парализовать темныя стороны наказанія.*

Иначе рѣшается вопросъ о предѣлахъ полномочій суда при облегченіи участи обвиняемаго.

Тутъ не нарушается принципъ личной свободы, не нарушается принципъ nullum crimen; такой порядокъ вполнѣ согласуется съ положеніемъ, что наказаніе есть крайнее и очень опасное средство охраны правопорядка. Поэтому тотъ синтезъ, о которомъ сказано выше, долженъ совершиться именно въ смыслѣ расширенія полномочій суда при смягченіи участи обвиняемаго.

Историческій путь въ этомъ направленіи таковъ. Сначала т. наз. относительно—опредѣленная санкція уголовнаго закона осуществляется въ весьма широкихъ границахъ. Затѣмъ вводится система, по которой отмѣняется спеціальный минимумъ и суду предоставляется право переходить къ общему законному минимуму.

Напр., въ Голландіи и Англіи за убійство судъ можетъ перейти отъ тягчайшаго наказанія до одного дня тюрьмы *).

Слѣдующая ступень есть условное осужденіе. Наконецъ, завершеніемъ пути является право суда совершенно освобождать признаннаго виновнымъ обвиняемаго отъ наказанія, и такимъ образомъ вовсе не отождествлять понятій „виновенъ“ и „заслуживаетъ наказанія“, а строго раздѣлять ихъ и каждый изъ соотвѣтствующихъ вопросовъ рѣшать самостоятельно **).

Но уже если институтъ условнаго осужденія имѣетъ многихъ убѣжденныхъ и очень сильныхъ противниковъ между криминалистами, то можно заранѣе сказать, что теорія, предоставляющая суду право освобождать отъ наказанія при наличности доказанной виновности, будетъ встрѣчена въ высшей степени недружелюбно.

И дѣйствительно, за эту теорію высказываются лишь единичные голоса. Она рѣзко порицается почти всѣми криминалистами. Говорятъ, что она находится въ противорѣчіи съ задачами суда — быть охранителемъ закона, что она снабжаетъ судъ законодательными прерогативами, что онъ узаконяетъ судебный произволъ, что такимъ образомъ угроза уголовнаго закона превращается въ пустой звукъ, если суду предоставить право помилованія.

А между тѣмъ очень многіе криминалисты, такъ рѣзко порицающіе эту теорію, вмѣстѣ съ тѣмъ высказываются за отмѣну спеціальнаго минимума и за институтъ условнаго осужденія. Мало того,—среди нихъ есть такіе, которые предоставляютъ суду присяжныхъ право самаго широкаго и безконтрольнаго оправданія. Между тѣмъ разсматриваемая теорія есть лишь логическое завершеніе того порядка идей, которое

*) Насколько цѣлесообразенъ такой порядокъ и насколько онъ согласенъ съ интересами общей превенціи—это другой вопросъ, на который едва ли можно отвѣтить утвердительно относительно всѣхъ преступленій

**) Во Франціи 12 мая 1885 сенаторы Мишо, Шельцеръ, Вераль, Мазо, Пако и Тонэнъ внесли проектъ закона о „судебномъ прощеніи“, по которому суду предоставляется право въ извѣстныхъ случаяхъ прощать подсудимому и освобождать его отъ дальнѣйшаго преслѣдованія. Этотъ проектъ перешелъ и въ проектъ новаго французскаго уголовнаго уложенія (§ 66), но при окончательномъ разсмотрѣніи не былъ принятъ. Въ Англіи The Summary jurisdiction Act 1879 Section 16 предоставляетъ право суду въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда по мнѣнію суда назначеніе наказанія является излишнимъ, освобождать обвиняемыхъ отъ преслѣдованія.

лежитъ въ основѣ условнаго осужденія, имѣетъ съ этимъ институтомъ одну и туже природу.

Ни законоохранительная функція суда, ни принципъ раздѣленія властей, ни принадлежащее верховой власти право помилованія, ни психологическій эффектъ санкціи уголовнаго закона нисколько не пострадаютъ, если уголовный законъ будетъ конструированъ, какъ норма, дающая право суду наложить на преступника наказаніе, если онъ будетъ признанъ не только виновнымъ, но и заслуживающимъ наказанія. Другими словами: уголовный законъ если лишь законное предположеніе наказуемости, которое съ одной стороны полагаетъ предѣлы судейской власти, а съ другой—даетъ суду право наложить на преступника наказаніе. Страшныя слова „судебный произволъ“ потеряютъ весь свой эффектъ, если мы будемъ имѣть въ виду ту неизмѣримо-большую разницу, которая существуетъ съ одной стороны—между осужденіемъ невиннаго, или признаніемъ виновнымъ за „преступленіе“, не существующее въ кодексѣ, или съ примѣненіемъ къ обвиняемому бо̀льшаго наказанія, чѣмъ указанное въ санкціи, и съ другой стороны,—съ освобожденіемъ виновнаго отъ наказанія. Въ послѣднемъ случаѣ это можетъ быть сдѣлано лишь по мотивамъ гуманности, вслѣдствіе убѣжденія суда какъ въ полной безвредности и неопасности преступника, такъ и въ излишней жестокости примѣненія къ нему хотя бы минимальнаго наказанія. Кромѣ того, такой актъ суда выливается въ форму мотивированнаго приговора, постановленнаго при соблюденіи всѣхъ процессуальныхъ гарантій и подлежащаго обжалованію.

И во всякомъ случаѣ этотъ порядокъ гораздо болѣе соотвѣтствуетъ достоинству суда, какъ органа государственной власти, чѣмъ случаи, бывающіе въ Англіи, когда судья за тяжкое преступленіе приговариваетъ къ нѣсколькимъ часамъ заключенія.

Не проще ли, не достойнѣе ли правосудія сказать подсудимому: „да, ты совершилъ это преступленіе, я признаю тебя виновнымъ, подобнаго рода поступки въ общемъ я порицаю; но въ виду такихъ-то соображеній я нахожу, что ты долженъ быть освобожденъ отъ наказанія“. Формулированный такимъ образомъ приговоръ гораздо болѣе способенъ поддержать авторитетъ закона, чѣмъ продѣлываніе комедіи съ назначеніемъ микроскопическаго наказанія.

Съ другой стороны такой приговоръ неизмѣримо выше во всѣхъ отношеніяхъ, чѣмъ оправдательный приговоръ, который въ сущности скрываетъ въ себѣ или помилованіе, или отмѣну существующаго закона.

Но само собою разумѣется, съ вопросомъ о расширеніи полномочій суда самымъ тѣснымъ образомъ связаны вопросы о надлежащей организаціи суда, о личности судьи, гарантіяхъ правосудія, условіяхъ мѣста и времени, о довѣріи населенія къ суду. Напримѣръ, для народа, вь плоть и кровь котораго не вошло еще уваженіе къ закону, для котораго чувство законности еще не сдѣлалось „седьмымъ чувствомъ", который во всемъ привыкъ руководиться усмотрѣніемъ, едва ли цѣлесообразно слишкомъ расширять предѣлы судейскихъ полномочій *).

Нельзя не замѣтить, кстати, что судья-чиновникъ, порвавшій съ наукой всякую связь, совершенно не пригоденъ для той почетной роли, которую желаютъ поручить ему новѣйшія теченія въ наукѣ.

IV. Но достаточно ли всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами гарантій?

Для того, чтобы правильно рѣшить этотъ вопросъ, представимъ себѣ, что въ странѣ существуетъ прекрасно организованная власть, прекрасный уголовный кодексъ, прекрасные суды и прекрасные чисто процессуальные законы, представимъ себѣ, что при наличности всѣхъ этихъ данныхъ обвиняемый будетъ осужденъ и заключенъ на нѣсколько лѣтъ въ тюрьму. Если эта тюрьма будетъ напоминать Дантовъ адъ, если она будетъ мѣстомъ мученій, болѣзней, истязаній, школой порока и преступленій, если преступникъ, выйдя изъ нея, сдѣлается тяжкимъ бременемъ для общества, навсегда потерявъ здоровье, человѣческое достоинство,

*) При такомъ положеніи дѣла некультурная масса легко можетъ проникнуться мыслью, напримѣръ о дозволенности преступленій, совершаемыхъ въ первый разъ, о полной возможности избѣжать наказанія и т. п. Такимъ образомъ можетъ быть въ значительной степени парализовано стремленіе уголовнаго законодателя создать у с и л е н н у ю охрану правовыхъ интересовъ. Во всякомъ случаѣ, если введеніе условнаго осужденія еще не вездѣ представляется своевременнымъ, то тѣмъ болѣе осторожности и обдуманности необходимо проявить законодателю при разрѣшеніи вопроса: предоставить, или нѣтъ суду право освобождать отъ наказанія признанныхъ виновными подсудимыхъ? Здѣсь еще разъ умѣстно повторить, что изъ существованія идеала еще не слѣдуетъ, что идеалъ этотъ можетъ быть н е м е д л е н н о проведенъ въ жизнь.

или превратившись въ закоренѣлаго злодѣя,—всѣ благодѣтельные эффекты, разсмотрѣнныхъ нами трехъ родовъ гарантій будутъ парализованы. Очевидно, эти гарантіи нуждаются въ весьма существенномъ дополненіи.

И такъ какъ въ настоящее время центральное мѣсто въ карательной системѣ занимаетъ лишеніе свободы въ видѣ заключенія, такъ какъ, очевидно, этому роду наказанія предстоитъ еще большое будущее, то разумная организація отбытія тюремнаго заключенія является дѣломъ первостепенной важности. Эта организація должна сдѣлать то, чтобы наказаніе потеряло всѣ свои грубыя и оскорбительныя для человѣческаго достоинства черты, чтобы оно способствовало соціальному исправленію наказаннаго, чтобы оно воочію доказало бы и наказанному и обществу могущество, справедливость и гуманность правопорядка.

И здѣсь, какъ и во всѣхъ предыдущихъ случаяхъ, на помощь человѣчеству приходитъ наука.

Одинъ изъ отдѣловъ науки уголовнаго права, отдѣлъ, который въ виду богатства содержанія, важности и жизненности разсматриваемыхъ вопросовъ, въ виду обширности уже накопившейся литературы имѣетъ тенденцію выдѣлиться въ самостоятельную область знанія—тюрьмовѣдѣніе,—беретъ на себя трудную и благородную задачу быть руководителемъ законодателя въ дѣлѣ созданія послѣдняго ряда гарантій, обезпечивающихъ служеніе наказанія высшимъ культурнымъ идеаламъ.

Эта наука требуетъ между прочимъ, чтобы изъ тюремнаго режима было изгнано все, что причиняетъ человѣку невызываемыя крайнею необходимостью страданія. Конечно, тюрьма не есть и не должна быть благотворительнымъ учрежденіемъ, она не должна казаться привлекательной для преступника, репрессивный моментъ долженъ играть во всемъ тюремномъ режимѣ главную роль, но этотъ моментъ не долженъ вырождаться въ издѣвательство надъ личностью. Проф. I. Wargha прекрасно замѣчаетъ, что и въ осужденномъ преступникѣ надо уважать самоцѣльную личность и ея человѣческое достоинство и соотвѣтственно съ этимъ обращаться съ отбывающимъ наказаніе *).

*) Die Abschaffung der Strafknechtschaft. II, 494 и сл.—Тардъ (Les transformations du droit 1893. 14—23) указываетъ, что въ первобытныя времена существовали два рѣзко отличающіеся другъ отъ друга типа наказанія: 1) кровавая месть противъ членовъ чужой общины, месть безпощадная, безъ всякаго проявленія понятія о

Только тогда можетъ быть достигнута одна изъ труднѣйшихъ, но за то и благороднѣйшихъ задачъ тюрьмы: сдѣлать, чтобы человѣкъ вышелъ изъ тюрьмы лучшимъ, чѣмъ онъ вошелъ туда.

А для того, чтобы тюрьма могла стать на надлежащую высоту, чтобы въ тюремной дѣятельности не было вредныхъ уклоненій ни въ сторону *ложно понятой* гуманности, ни въ сторону излишней строгости, необходимо (помимо общихъ реформъ) созданіе хорошаго персонала служащихъ тюремному дѣлу отъ низшихъ до высшихъ. И если Кроне *) предъявляетъ къ тюремнымъ дѣятелямъ быть можетъ слишкомъ высокія требованія, то не надо забывать, что теоретически эти требованія безусловно правильны и что только путемъ повышенія уровня научной подготовки и нравственныхъ качествъ тюремныхъ дѣятелей можно надѣяться пре-

---

виновности, имѣющая цѣлью истребленіе врага, и 2) искупленіе (а въ случаѣ невозможности—изгнаніе)—относительно членовъ своей общины; тутъ уже является моральное понятіе о виновности, понятіе, основанное на симпатіи, основномъ элементѣ общества Источникомъ уголовнаго права и явилась эта вторая форма, которая съ теченіемъ времени комбинировалась съ первой Куишеръ въ своей работѣ Untersuchungen uber das primitive Strafrecht (въ Zeitschrift fur vergleich Rechtwissensch 1904 Band 17) доказываетъ, что изгнаніе изъ общины Friedlosigkeit, вовсе не влечетъ за собою обязанности для членовъ совершать надъ изгнаннымъ какія бы то ни было насильственныя дѣйствія онъ лишь отлучался, изгонялся (активный моментъ) и община затѣмъ вовсе о немъ не заботилась (пассивный моментъ) —Все это можетъ быть весьма назидательнымъ для построенія теоріи наказанія, т. к показываетъ что и въ самомъ эмбріонѣ наказанія не господствуютъ чисто животныя побужденія мести, а заключаются моменты высшаго порядка. Много интересныхъ фактовъ сообщаетъ S. Steinmetz въ своей книгѣ „Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe"

Девизомъ тюрьмовѣдѣнія должно быть. in severitate humanitas. Теорія Бара (Handbuch. 1882 311—361) не можетъ быть принята дѣйствительно наказаніе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и порицаніе извѣстныхъ дѣяній, но кромѣ порицанія въ наказаніи есть еще плюсъ и этотъ-то плюсъ есть сущность наказанія Эта сущность заключается въ причиненіи преступнику извѣстнаго страданія, въ лишеніи его извѣстныхъ благъ. Такимъ образомъ, основнымъ моментомъ наказанія, моментомъ, разсчитаннымъ на общую превенцію, является репрессивный моментъ, severitas Но одна severitas въ ея чистомъ видѣ легко можетъ выродиться въ жестокость, въ звѣрство. Тутъ является на сцену другой моментъ—humanitas. Онъ служитъ дополненіемъ, коррективомъ.

*) Zweifellosse Moralitat, sittlicher Ernst, gesunde Religiositat, klares Denken, mutige Entshlossenheit, eine der Stellung entsprechende gute allgemeine bezw. technische Bildung und vollste Hingebung an den Beruf. K. Krohne, Lehrbuch der Gefangnisskunde. 1889. 519. Безусловно правъ авторъ, говоря (стр 518), что die besten Systeme, die vollkommensten Reglements werden wenig ausrichten bei einem mittelmassigen Beamtenpersonal и что въ тюремномъ дѣлѣ аѳоризмъ „люди, а не правила" имѣетъ совершенно особенное значеніе.

вратить прежнихъ „тюремщиковъ“ въ культурныхъ работниковъ высшаго порядка.

Важность тюрьмовѣдѣнія въ общей системѣ академическаго изученія права не возбуждаетъ теперь никакого сомнѣнія. Отдѣльные курсы тюрьмовѣдѣнія читались въ нѣкоторыхъ германскихъ университетахъ и у насъ въ петербургскомъ (Фойницкій), московскомъ (Пусторослевъ), одесскомъ (Піонтковскій) и томскомъ (пишущій эти строки) университетахъ. На петербургскомъ международномъ пенитенціарномъ конгрессѣ послѣ докладовъ Фойницкаго, Ломброзо, Ягемана и Жоли было признано необходимымъ учрежденіе въ университетахъ самостоятельной каѳедры тюрьмовѣдѣнія.

Изъ всего разсмотрѣнія системы гарантій мы можемъ заключить, что судъ занимаетъ центральное мѣсто въ этой системѣ. Поэтому Глазера*) нельзя упрекнуть въ преувеличеніи, когда онъ говоритъ, что отъ соотвѣтствія уголовнаго процесса своей цѣли общественное благо зависитъ, быть можетъ, болѣе, чѣмъ отъ чего-либо другого.

Судъ есть: 1) охранитель правопорядка, этой основы всей государственной жизни; 2) защитникъ правъ личности,—этой движущей силы исторіи культуры **), 3) органъ власти, монополизирующій въ своихъ рукахъ распоряженіе принудительными функціями и тѣмъ самымъ не только обезвреживающій эти опасныя функціи, но и дѣлающій изъ нихъ средство для достиженія высшихъ культурныхъ идеаловъ; наконецъ, 4) судъ есть органъ не только примѣняющій право, но и въ извѣстной степени творящій его, участвующій въ процессѣ историческаго развитія права, какъ одна изъ важнѣйшихъ творческихъ силъ.

Все это дѣлаетъ понятнымъ первостепенную важность роли суда въ государственной жизни.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію принциповъ, которые должны лечь въ основу организаціи суда.

---

*) Handbuch des Strafprozesses. 1883. I, 43.

**) Здѣсь нельзя не отмѣтить еще разъ важности т. наз. „неподвижной“ конституціи въ связи съ правомъ суда провѣрять обыкновенные законы съ точки зрѣнія непротиворѣчія ихъ основнымъ, конституціоннымъ. Судъ такимъ образомъ становится хранителемъ конституціи, защитникомъ правъ личности даже противъ законодательной власти, если бы она увлеклась временными теченіями, противными духу конституціи.

Часть II.

Часть II.

ГЛАВА I.

Послѣ всего сказаннаго въ первой части намъ теперь понятна важность вопроса объ организаціи судебной власти. И здѣсь, какъ и вездѣ въ государственной жизни, организація имѣетъ первостепенное значеніе. Ничего не можетъ быть опаснѣе забвенія этой истины. Страшно подумать, сколько зла принесла человѣчеству теорія: „были бы люди хороши, тогда и всякое учрежденіе будетъ хорошо". Непризнаніе цѣнности организаціи самой по себѣ приводитъ къ взгляду на государство, какъ на вотчину, управляемую чисто патріархально, причемъ съ одной стороны стоитъ власть, ничѣмъ не стѣсняемая, ничѣмъ не связанная, а съ другой—подданные, опекаемые этой властью, не имѣющіе никакихъ правъ и представляющіе собою только объектъ управленія. Слишкомъ это старая истина, что хорошія учрежденія воспитываютъ людей и что развитіе нравственныхъ чувствъ возможно только на твердой почвѣ права, гарантирующаго каждому сферу свободной дѣятельности и неприкосновенность его личности. Жизнь изобилуетъ примѣрами благотворнаго эффекта правовыхъ гарантій, организаціи: при самыхъ дурныхъ условіяхъ эти гарантіи всегда служили сдержками для произвола. И если изъ двухъ золъ выбирать меньшее, то слѣдуетъ признать, что для государста лучше имѣть плохіе уголовно—матеріальные и чисто—процессуальные законы при хорошей организаціи судовъ, чѣмъ наоборотъ *).

*) Безусловно правъ Garraud (Précis d. dr. crim. 1895, 423), говоря: En matière criminelle les lois organiques ont peut—être plus d'importance que les lois pénales: car si on a vu des peuples avec un bon système d'organisation judiciaire et de procedure corriger les inconvenients d'un système defectueux d'incrimination et de la penalité, le phénoméne inverse ne s'est jamais rencontré —Ср. Ortolan. Elements de dr. pen. 1886. II, 389—381; F. Hélie. Traité I, 4.

Только надлежащая организація можетъ служить гарантіей, что судъ не превратится въ орудіе власти, а будетъ дѣйствительно безпристрастнымъ третьимъ, рѣшающимъ споръ между личностью и государствомъ; что судъ съ другой стороны не будетъ орудіемъ въ рукахъ партій, не будетъ послушнымъ органомъ общественнаго мнѣнія. Только надлежащая организація можетъ создать тотъ судъ, о которомъ говоритъ Биндингъ, какъ объ учрежденіи, производящемъ успокаивающее и вмѣстѣ съ тѣмъ импонирующее впечатлѣніе, стоящемъ выше всякихъ партій, выше всѣхъ страстей и правителей, и управляемыхъ*), судъ, о которомъ говоритъ русская народная пословица: „судья праведный—ограда каменна".

Только надлежащая организація, наконецъ, можетъ снабдить судъ всѣми средствами для успѣшнаго разрѣшенія его великой, сложной и столь отвѣтственной задачи и поставить въ условія, наиболѣе благопріятныя для плодотворной работы.

Характерныя особенности судебной власти, рѣзкое отличіе функцій ея отъ функцій остальныхъ властей и послужили причиной того, на первый взглядъ страннаго, явленія, что вопросы объ организаціи судовъ, о службѣ судебной разсматриваются особой наукой, и въ то время, какъ вопросы о всѣхъ должностныхъ лицахъ государства, какъ бы высоко они ни стояли, совершенно свободно входятъ въ содержаніе науки государственнаго права, вопросы о судьяхъ выдѣляются въ самостоятельную дисциплину.

Какіе принципы должны лечь въ основу организаціи судебной власти?

Судъ государственный есть видовое понятіе. Родовое понятіе есть понятіе посредничества, суда вообще. Если спорящія стороны обращаются для разрѣшенія своего спора къ посреднику и если при этомъ самый предметъ спора представляетъ для сторонъ значительный интересъ, то, очевидно, онѣ обратятся къ такому, который обладаетъ въ ихъ глазахъ наибольшимъ авторитетомъ, знаніями, опытностью, нравственными качествами и безпристрастіемъ. Только такому посреднику стороны

*) Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts. 1876, 77.

могутъ совершенно спокойно поручить разрѣшеніе своего спора и затѣмъ подчиниться его рѣшенію.

Итакъ качества, которыми долженъ обладать всякій судъ: безпристрастіе, авторитетность, знанія, и опытъ. Отсутствіе какого нибудь изъ этихъ качествъ роковымъ образомъ отражается на самомъ понятіи суда. Напр., если бы мы стояли передъ судьей, обладающимъ самыми глубокими знаніями, опытностью и авторитетностью, но въ безусловномъ безпристрастіи котораго мы бы сомнѣвались, мы бы находили положеніе ненормальнымъ. Точно такое же чувство мы бы испытали, если бы передъ нами былъ судья абсолютно безпристрастный, съ безукоризненными нравственными качествами, но совершенно неопытный и не имѣющій надлежащихъ знаній.

Всѣ эти признаки необходимо дополнить принципомъ государственности суда и такимъ образомъ мы получимъ видовое понятіе государственнаго суда. Судъ есть органъ государственной власти. Поэтому его дѣятельность должна опредѣляться общегосударственными задачами и никоимъ образомъ не можетъ быть направлена на борьбу съ государствомъ, на противодѣйствіе его культурной миссіи.

Но здѣсь необходима весьма серіозная оговорка. *Руководящей идеей судебной дѣятельности должна быть не общегосударственная политика, а единственно и исключительно правомѣрность.* Прекрасно замѣчаетъ по этому поводу проф. Фойницкій: „Имѣя, однако, высокое политическое значеніе, уголовный процессъ не долженъ превращаться въ политическое орудіе. Правосудіе—высшая и даже единственная политика всякаго суда, уголовнаго въ особенности *). Проф. П. Пусторослевъ **)—говоритъ, что основнымъ и руководящимъ принципомъ уголовно-судебнаго права является „поддержаніе и возможно большее увеличеніе всесторонняго народнаго благосостоянія, матеріальнаго и духовнаго".

Ничего не можетъ быть неправильнѣе и опаснѣе теоріи г. Пусторослева. Выставляемый имъ принципъ есть принципъ общегосударственной политики. Имъ должна руководиться администра-

---

*) Курсъ угол судопроизвод. 1902, I, 11

**) Указ. выше рецензія на мою работу, стр. 7; ср. Его же Подсудность арестантовъ и арестантовъ за уголовн. правонарушенія, учиненныя за время пребыванія въ заключеніи 1889 Стр. 87 и сл

ція, но не судъ. Если бы связать судъ этимъ принципомъ, произошло бы полное извращеніе роли суда; онъ сдѣлался бы орудіемъ власти. Въ каждомъ данномъ случаѣ судъ слѣдовалъ бы не твердымъ указаніямъ закона, а указаніямъ власти, такъ или иначе понимающей, что содѣйствуетъ, или нѣтъ „поддержанію и возможно большему увеличенію всесторонняго народнаго благосостоянія". Открывается такимъ образомъ самый широкій просторъ для произвола.

Между тѣмъ при нормальномъ порядкѣ, т. е когда руководящимъ принципомъ суда будетъ охрана правопорядка, правомѣрность, легко могутъ встрѣтиться случаи, когда спокойная, консервативная дѣятельность суда окажется тормазомъ слишкомъ кипучей, энергичной работѣ правительственной власти. И когда власть, ссылаясь на общегосударственную политику, будетъ дѣлать суду упреки въ противодѣйствіи этой политикѣ, судъ отвѣтитъ: „я охраняю существующій законъ; отмѣните его и дайте мнѣ новый, я его точно также буду охранять". Но такой отвѣтъ судъ можетъ дать именно потому, что руководящимъ принципомъ его дѣятельности не является „поддержаніе и возможно большее увеличеніе и т. д.".

Конечно имѣя въ виду, что твердый законный порядокъ есть величайшее благо для государства, можно говорить, что судъ содѣйствуетъ „поддержанію и возможно большему увеличенію и т. д.", но тогда подъ этотъ принципъ можно подвести въ концѣ концовъ всякую вообще дѣятельность и сказать, напр., что руководящимъ принципомъ дѣятельности профессора является не свобода науки, а „поддержаніе и т. д.". И законодательство, и управленіе, и судъ ведутъ къ одной и той же конечной цѣли, но совершенно различными путями. *Только при раздѣльности и самостоятельности этихъ трехъ великихъ областей государственной жизни можетъ идти рѣчь о твердыхъ гарантіяхъ правъ личности и о господствѣ права, а не произвола.*

Изъ принципа государственности суда слѣдуетъ: 1) Судъ долженъ обладать всею полнотою власти, необходимой для поддержанія своего авторитета, необходимой для того, чтобы его рѣшенія не были бы чисто академическими положеніями, чтобы заставить всѣхъ и каждаго подчиняться его велѣніямъ.

Проф. Фойницкій полагаетъ, что этотъ признакъ есть существенный признакъ суда вообще, какъ родового понятія. „Отъ по-

средника требуется могущество и безпристратіе", говоритъ онъ *).

Съ этимъ нельзя согласится. Признакъ могущества, власти, вовсе не присущъ родовому понятію посредничества. Онъ является необходимымъ слѣдствіемъ принципа государственности суда. Сюда какъ нельзя лучше примѣнимы слова Игеринга: Das Schwert ohne die Wage ist die nackte Gevalt, die Wage ohne das Schwert die Ohnmacht des Rechts **).

2) Судъ долженъ быть организованъ такъ, чтобы соотвѣтствовать своему назначенію, какъ о р г а н а в л а с т и Онъ долженъ быть п о д з а к о н н ы м ъ, посему верховная власть должна имѣть возможность наблюдать, чтобы дѣятельность суда не выходила изъ предоставленныхъ ему границъ, не клонилась бы къ разрушенію государства, къ отмѣнѣ изданныхъ верховною властью законовъ. Отсюда необходимость постановленій о судебной службѣ, о надзорѣ за судами, объ отвѣтственности судей, объ объединеніи всей судебной дѣятельности и т. п.

3) Судъ долженъ быть организованъ такъ, чтобы дѣятельность его была обставлена всѣми необходимыми условіями для успѣшной и плодотворной работы.

Самымъ важнымъ изъ этихъ условій является устраненіе судей отъ всякой н е—с у д е й с к о й работы. Единственной работой судей должно быть разрѣшеніе п о с т а в л е н н ы х ъ с т о р о н а м и вопросовъ на основаніи данныхъ, представленныхъ и разработанныхъ сторонами же. Отсюда необходимость надлежащей организаціи обвиненія и защиты***), необходимость хорошей и отвѣтственной к а н ц е л я р і и†) для всѣхъ подготовительныхъ и ис-

*) l. c., 112.

**) Der Kampf ums Recht. 1896, I.

***) Надлежащая организація свободной и независимой, стоящей на высотѣ своей задачи адвокатуры, съ корпоративнымъ, автономнымъ устройствомъ важна въ троякомъ отношеніи: 1) она въ высшей степени облегчаетъ работу суда, создаетъ одно изъ главнѣйшихъ условій для плодотворности этой работы, 2) она служитъ могучимъ средствомъ контроля надъ дѣятельностью суда и 3) она обезпечиваетъ населенію юридическую помощь.

†) Не имѣя возможности разсматривать въ настоящей книгѣ въ высшей степени важный вопросъ о судебныхъ канцеляріяхъ, ограничусь слѣдующими замѣчаніями. Для того, чтобы канцелярія суда соотвѣтствовала бы своему важному назначенію, для того, чтобы ея безъ опасенія можно было бы ввѣрить не только чисто механическую работу, но и работу высшаго порядка, т. е. всю работу, предшествующую и послѣдующую за судебными засѣданіями, а слѣдовательно значительную часть такой, которая, напр., у насъ исполнятся (по крайней мѣрѣ юридически) судьями, необходимо а) сдѣлать

полнительныхъ работъ, связанныхъ съ чисто—судейской дѣятельностью, необходимость обезпеченія наиболѣе зрѣлаго, внимательнаго и основательнаго разсмотрѣнія каждаго дѣла, устраненія всякихъ препятствій, вредно отражающихся на судебной дѣятельности (обремененность работой, неблагопріятныя внѣшнія условія въ видѣ неудобныхъ помѣщеній, отсутствія исполнительныхъ органовъ и т. п *).

Проф. Фойницкій **) изъ принципа государственности суда выводитъ слѣдующія требованія: 1) независимости суда отъ представителей частныхъ интересовъ, 2) гласности судебнаго производства и 3) обязанности суда стремиться къ достиженію матеріальной, безусловной истины.

Съ этимъ согласиться нельзя и вотъ почему.

Ad 1) Конечно, судъ долженъ быть независимъ отъ представителей частныхъ интересовъ. Но, какъ прекрасно доказалъ и самъ г. Фойницкій, судъ долженъ быть независимъ не только отъ представителей частныхъ интересовъ, но и отъ правительства,—иначе онъ не можетъ быть безпристрастнымъ третьимъ, рѣшителемъ спора между личностью и государствомъ. Кромѣ того, независимость суда отъ сторонъ есть необходимый признакъ всякаго суда вообще, какъ родового понятія, и не составляетъ слѣдствія государственности суда.

Ad 2) Что касается гласности (публичности) производства, то она едва ли можетъ быть выведена изъ принципа государ-

---

службу въ судебныхъ канцеляріяхъ болѣе привлекательной (увеличеніе содержанія, періодическія прибавки, ежегодныя вакаціи, нѣкоторыя служебныя преимущества и т. п.), b) предъявить болѣе строгія требованія (образовательный цензъ, нравственныя качества) къ кандидатамъ на канцелярскія должности и c) организовать дѣйствительный надзоръ за дѣятельностью канцелярій. Что же касается высшихъ чиновъ канцеляріи, которымъ должны быть поручены многія отвѣтственныя и важныя функціи, то безусловно необходимо, чтобы эти чины вербовались бы изъ того же единственнаго для всѣхъ судебныхъ должностей кадра, изъ котораго вербуются и судьи, а именно изъ „кандидатовъ на судебныя должности", т. е. изъ лицъ, получившихъ солидное высшее научное образованіе.

*) Ср дѣльныя замѣчанія о важности внѣшнихъ условій у Брайса „Американская республика". 1890 III, 300—301 —Только человѣкъ, непосредственно знакомый съ дѣломъ, можетъ ясно видѣть, сколько вреда правосудію приноситъ система ложно понятой бережливости, благодаря которой, напр, у насъ такъ часто можно видѣть поистинѣ жалкія помѣщенія для судебныхъ мѣстъ, обстановку, способную только дискредитировать судъ въ глазахъ народа, дѣлающую пребываніе въ ней тягостнымъ для судей и ихъ убогихъ канцелярій.

**) l. c, 7.

ственности суда. Это одна изъ основныхъ, чисто-процессуальныхъ гарантій современаго уголовнаго процесса, одно изъ лучшихъ пріобрѣтеній исторіи культуры, но принципъ государственности суда нисколько не пострадаетъ отъ упраздненія этой гарантіи. Мы даже нерѣдко наблюдаемъ печальные примѣры, когда во имя государственности суда власть систематически нарушаетъ указанную процессуальную гарантію, стремясь превратить судъ въ свое орудіе. Въ такихъ случаяхъ забываютъ, что задачей суда вовсе не является поддержаніе престижа власти во что бы то ни стало, а единственно и исключительно охрана существующаго закона и основанныхъ на немъ правъ личности, хотя бы такая охрана въ единичныхъ случаяхъ и противорѣчила бы направленію общегосударственной политики и дискредитировала бы отдѣльныхъ представителей власти.

Нельзя въ заключеніе не замѣтить, что если изъ принципа государственности суда выводить гласность производства, то является рѣшительно непонятнымъ, почему изъ этого же принципа не вытекаетъ и другая основная чисто-процессуальная гарантія—непосредственность?

3) Что касается стремленія къ безусловной, матеріальной истинѣ, какъ руководящемъ принципѣ дѣятельности суда, то во-первыхъ, принципъ этотъ возбуждаетъ слишкомъ серьезныя сомнѣнія, а во вторыхъ,—также не можетъ быть выведенъ изъ принципа государственности суда

Открытіе безусловной, матеріальной истины не можетъ быть руководящимъ принципомъ судебной дѣятельности потому, что логическое проведеніе этого принципа неизбѣжно заставило бы опять вернуться къ инквизиціонному процессу въ его чистомъ видѣ со всѣми его столь извѣстными печальными послѣдствіями для гражданской свободы.

Горькій опытъ человѣчества съ очевидностью показалъ, что судья только тогда можетъ отнестись къ дѣлу совершенно безпристрастно, когда ему принадлежитъ часто-судейская роль, т. е. оцѣнка данныхъ, представленныхъ и разработанныхъ сторонами, и произнесеніе на основаніи этихъ данныхъ рѣшенія по существу предложеннаго ему обвинителемъ вопроса. Если же судья самъ будетъ ставить себѣ подлежащіе его рѣшенію вопросы и самъ будетъ собирать данныя для ихъ рѣшенія, то психо-

логически-неизбѣжно онъ внесетъ въ дѣло элементъ субъективизма и о безпристрастіи не можетъ быть и рѣчи. Справедливо говоритъ проф. Палаузовъ: „Очевидно, что вмѣшиваясь постоянно въ дѣло, онъ (судья) не можетъ удержаться на нейтральной почвѣ; онъ долженъ, чтобы его дѣятельность была плодотворной, составить себѣ какой нибудь планъ, поставить себѣ цѣль, къ которой стремится; а разъ сдѣлавши это, онъ становится не судьей, а стороною въ дѣлѣ, и именно обвинителемъ“ *).

Вотъ почему т. наз. обвинительный принципъ—(судья приступаетъ къ дѣлу только вслѣдствіе ясно и точно формулированнаго требованія обвинителя, занимаетъ въ процессѣ роль безпристрастнаго третьяго и рѣшаетъ дѣло исключительно на основаніи представленныхъ сторонами данныхъ) - является лучшей и важнѣйшей процессуальной гарантіей. Вотъ почему „черезъ всю дальнѣйшую исторію процесса проходитъ тенденція рѣзче и опредѣленнѣе провести демаркаціонную линію между стороной и судьей Современная теорія и законодательства стремятся освободить судъ отъ всякаго активнаго участія въ дѣлѣ, предоставляя его сторонамъ“ **).

Всѣ доводы защитниковъ слѣдственнаго процесса***)—падаютъ передъ неоцѣненнымъ преимуществомъ обвинительнаго процесса—гарантіей безпристрастія судьи въ связи съ признаніемъ за обвиняемымъ правъ самостоятельной стороны въ процессѣ, а не безправнаго объекта изслѣдованія.

Практическій смыслъ англичанъ создалъ процессуальнные порядки, наиболѣе приближающіеся къ чистому обвинительному процессу. По общему правилу англійскій судья даже не допрашиваетъ свидѣтелей: допросъ свидѣтелей, какъ разработка доказательствъ, лежитъ на обязанности сторонъ †). И если мы срав-

*) Къ вопросу о формѣ участія народнаго элемента въ уголовной юстиціи 1876, 41.

**) Палаузовъ l c., 161.

***) Классической работой въ этомъ отношеніи остается до сихъ поръ хорошая книга Ortloff'a. Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsatzen und Hauptformen. 1858.

†) Достойно вниманія, что у римлянъ, которымъ наука права обязана такъ много, уголовный процессъ имѣлъ строго-обвинительный типъ (въ цвѣтущій періодъ государственной жизни), причемъ многіе институты римскаго процесса представляли бы значительный шагъ впередъ сравнительно съ современными. Судья въ римскомъ процессѣ оперируетъ только съ представленными сторонами доказательствами; онъ не имѣетъ права, предлагать вопросы это дѣло сторонъ (Mommsen. Romisches Strafrecht. 1899,

нимъ впечатлѣніе, производимое англійскимъ судьей, предсѣдательствующимъ на судѣ присяжныхъ, и французскимъ президентомъ ассизнаго суда все время лично ведущимъ судебное слѣдствіе и принимающимъ самое дѣятельное участіе въ разработкѣ доказательствъ, то мы поймемъ, почему англичане питаютъ такое довѣріе къ безпристрастію своихъ судей, почему, по выраженію Стивена, тѣ разъясненія, которыя даетъ судья присяжнымъ (charge), пользуются величайшимъ авторитетомъ и звучатъ какъ голосъ самого правосудія *).

Иногда возражаютъ, что судья, какъ органъ государственной власти, долженъ оказывать содѣйствіе этой власти въ такомъ важномъ дѣлѣ, какъ борьба съ преступностью, и поэтому долженъ брать на себя въ видѣ исключенія и обвинительныя функціи, если онѣ представлены слабо въ очевидный ущербъ правосудію.

На это необходимо замѣтить, что задачей суда является вовсе не борьба съ преступностью и не поддержаніе интересовъ власти. Единственной задачей суда (уголовнаго) должно быть признано разрѣшеніе спора между государствомъ, предъявляющимъ обвиненіе и доказывающимъ существованіе въ каждомъ данномъ случаѣ своего карательнаго права, и личностью.

„Оказаніе содѣйствія“ власти со стороны судьи можетъ заключаться единственно лишь въ строгомъ и добросовѣстномъ исполненіи своего судейскаго долга, въ произнесеніи послѣ тщательнаго изученія представленныхъ сторонами доказательствъ безпристрастнаго рѣшенія на основаніи существующихъ законовъ. Для обнаруженія преступленій, для преслѣдованія и изобличенія преступниковъ имѣются другіе органы власти, на обязанности которыхъ и лежитъ собрать всѣ необходимыя данныя и представить суду. И если эти органы плохо дѣлаютъ свое дѣло, то вся отвѣтственность должна падать на нихъ, а не на судъ. Судья превратился бы въ органъ администраціи, если бы проникся ея принципомъ „оказанія содѣйствія всестороннему куль-

---

422).—Ср. A. Zumpt. Der Criminalprocess der Romischen Republik. 1871 332 и сл. 346 G Geib. Geschichte des romischen Criminalprocesses. 1845. 97–114, 252–265. Wargha. Die Vertheidigung in Strafsachen. 1879, 48.

*) „To hear in their happiest moments the summing–up of such judges . was like listening not only.... to law living and armed, but to the voice of justice itself“. Stephen A history of the criminal law of England. I, 456.

турному благосостоянію народа" и сталъ бы конкурировать съ обвинителемъ въ раскрытіи преступленій. Видоизмѣняя слова, сказанныя Н. В Муравьевымъ по поводу опасности подчиненія прокурорскаго надзора администраціи *), можно сказать, что въ тотъ день, когда судьи принуждены были бы „оказывать содѣйствіе" власти въ преслѣдованіи преступниковъ, собирая ex officio доказательства виновности и привлекая къ отвѣтственности по собственной иниціативѣ, однимъ административнымъ органомъ было бы больше, но судъ, какъ охранитель законности, какъ защитникъ правъ всѣхъ и каждаго, какъ главный устой правопорядка, пересталъ бы существовать.

Обвинительный принципъ вовсе не тождественъ съ пассивнымъ отношеніемъ государства къ преступленію, вовсе не тождественъ съ предоставленіемъ на усмотрѣніе потерпѣвшаго возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Такое смѣшеніе понятій, еще и до сихъ поръ иногда проявляемое въ литературѣ, было въ свое время устранено Планкомъ, сдѣлавшимъ превосходныя возраженія противъ слѣдственнаго принципа **). Организація спеціальной полиціи, организація института государственныхъ обвинителей, цѣлесообразная постановка всего дѣла возбужденія уголовнаго преслѣдованія и собиранія доказательствъ виновности,— вотъ единственно допустимые способы проявленія со стороны государства своего активнаго отношенія къ борьбѣ съ преступностью. Привлекать же къ этой борьбѣ и судъ, обязывать его брать на себя обвинительныя функціи, это значитъ ради мимолетныхъ и притомъ крайне проблематичныхъ выгодъ вводить ядъ въ организмъ суда, заражать этотъ организмъ совершенно чуждымъ ему началомъ.

И если мы вспомнимъ о всей опасности принудительныхъ функцій власти, о всей опасности такого крайняго средства охраны правопорядка, какъ наказаніе, то мы поймемъ, что поддержаніе во всей его чистотѣ обвинительнаго принципа есть священная обязанность законодателя, понимающаго всю неизмѣримую важность существованія дѣйствительно безпристрастнаго суда: только такой судъ своими рѣшеніями можетъ оказывать

*) Прокурорскій надзоръ въ его устройствѣ и дѣятельности, 476.

**) Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens etc. 1857.

воспитательное вліяніе на населеніе, можетъ превратить самое рѣзкое проявленіе насилія—наказаніе—въ факторъ культуры.

Вотъ почему нельзя принять мнѣнія Фойницкаго, раздѣляемаго очень многими процессуалистами *), объ обязанности суда стремиться къ обнаруженію безусловной, матеріальной истины, нельзя также признать, что эта обязанность вытекаетъ изъ принципа государственности суда. Самъ г. Фойницкій **) совершенно правильно говоритъ о состязательномъ процессѣ: „Суду отводится строго опредѣленная задача рѣшенія уголовнаго иска, предъявленнаго обвинителемъ, дѣйствующимъ какъ самостоятельная въ процессѣ сторона и составляющимъ для него необходимое предположеніе. Подсудимый, переставъ быть лишь предметомъ изслѣдованія, равнымъ образомъ становится стороною въ дѣлѣ.. Судебная дѣятельность, освобожденная отъ чуждыхъ ей обязанностей сторонъ, сводится къ естественнсй для нея функціи оцѣнки предъявленныхъ ими требованій на основаніи собраннаго доказательственнаго матеріала. Участіе сторонъ въ производствѣ содѣйствуетъ полнѣйшему разъясненію дѣла и даетъ суду готовый, всесторонне разработанный матеріалъ для постановленія рѣшенія“. Итѣмъ не менѣе по слѣдующей же страницѣ г. Фойницкій утверждаетъ, что судъ, стремясь къ обнаруженію матеріальной истины, можетъ и даже обязанъ употребить всѣ находящіяся въ распоряженіи его средства для полнаго разъясненія дѣла; что судъ „по своей иниціативѣ можетъ (а слѣдовательно и долженъ?) вызвать нужныхъ свидѣтелей и вытребовать иныя доказательства.“ Такимъ образомъ совершенно подрывается принципъ состязательности: выходитъ, что судебная дѣятельность вовсе не освобождена отъ „чуждыхъ ей обязанностей сторонъ“.

---

*) Zachariae. Handbuch des deutschen Strafprocesses 1861 I, 39, Ullmann. Lehrbuch des osterreichischen Strafprocessrechts. 1882, 58, Kries. Lehrbuch des deutsch. Strafprozessrechts 1892, 263–4, Bennecke und Beling Lehrbuch des deutsch Reichs-Strafpozessrechts. 1900. 248; Rosenfeld Der Reichs–Strafprozess 1901, 84, Тальбергъ. Русск уголовн судопр. 1889 I, 6, Случевскій. Учебн. русск. уголовн. процесса. 1895, 46—7, 48, Духовской. Русск уг. проц 1902, 153.

**) Курсъ, I, 67.

Въ сущности принципы дѣятельности суда и уголовнаго, и гражданскаго (и административнаго) одни и тѣже. Большую ошибку дѣлаютъ тѣ ученые, которые въ уголовномъ процессѣ находятъ коренныя, принципіальныя различія сравнительно съ гражданскимъ. На самомъ дѣлѣ уголовный процессъ есть лишь видовое понятіе и различіе его напр. отъ гражданскаго никоимъ образомъ не можетъ быть названо принципіальнымъ. Всякій судъ есть безпристрастный третій, рѣшающій споръ между сторонами на основанія представленныхъ ими данныхъ. Изъ того, что въ уголовномъ процессѣ стороною является государство, что предметомъ уголовнаго иска является осуществленіе въ конкретномъ случаѣ такого страшнаго права, какъ право наказанія, можетъ слѣдовать лишь необходимость особенно тщательныхъ гарантій, обезпечивающихъ безпристрастіе суда, обезпечивающихъ обвиняемому положеніе равноправной стороны.

За послѣднее время въ германской наукѣ выдвигается ученіе, по которому сущность и гражданскаго, и уголовнаго процесса одна и та-же, а именно: юридическое отношеніе между сторонами и судомъ*). Ученіе это нельзя не привѣтствовать, какъ значительный шагъ впередъ на пути къ принципіальному объединенію всѣхъ видовыхъ понятій процесса, къ признанію, что хотя, напр. гражданскій и уголовный процессы имѣютъ свои характерныя особенности, но эти особенности отнюдь не даютъ основанія къ принципіальному противоположенію обоихъ процессовъ. Иногда возражаютъ, чти такъ долго господствовавшій инквизиціонный процессъ никакимъ образомъ не можетъ быть принципіально объединенъ съ гражданскимъ процессомъ и что поэтому защищаемая мною теорія не считается съ историческими фактами. На это необходимо отвѣтить, что инквизиціонный процессъ представляетъ собою явленіе ненормальное и что важнѣйшей задачей науки является установленіе тѣхъ идеаловъ, къ которымъ должно стремиться законодательство. *Сущность явленія познается не на низшихъ, а на высшихъ ступеняхъ его развитія,* и изъ того, напр., что исторія знаетъ длинные періоды существованія рабства, вовсе не вытекаетъ неправильность теоріи о свободѣ и самоцѣльности личности. Точно также изученіе исторіи уголовнаго процесса и его сущности приводитъ къ убѣжденію, что не смотря на очень

*) Ср. напр Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht 1898 5.

длинный періодъ, въ который изъ первоначальнаго единства процесса (тезисъ) развились противоположности и каждая изъ этихъ противоположностей обособилась такъ, что казалось бы соглашеніе ихъ было невозможно (антитезисъ), наступитъ время высшаго синтеза*), въ которомъ принципіально единый процессъ будетъ дѣлиться на отдѣльные виды: уголовный, гражданскій и административный. Всѣ эти виды будутъ проникнуты одною руководящею идеей, будутъ проявленіемъ единой сущности—судебной дѣятельности, которая не смотря на характерныя особенности каждаго изъ названныхъ процессовъ, всегда остается одною и той же: безпристрастнымъ, властнымъ и авторитетнымъ рѣшеніемъ спора о правѣ на основаніи существующихъ законовъ.

Въ области гражданскаго процесса государство давно уже стало на правильный путь. Что же касается уголовнаго и въ особенности административнаго процессовъ, то здѣсь дѣло въ высшей степени затемняется тѣмъ, что стороною является само государство. Но, еще разъ повторю, изъ того, что противъ личности здѣсь выступаетъ по выраженію Глазера die machtvollste Collectivperson**), вовсе не слѣдуетъ необходимости навязать суду несвойственныя ему функціи, или превратить судъ въ орудіе власти, а наоборотъ, слѣдуетъ необходимость созданія усиленныхъ гарантій безпристрастія и надлежащихъ знаній на сторонѣ суда, чтобы всѣ граждане были бы убѣждены, что государство не является само судьей въ своемъ собственномъ дѣлѣ, чтобы судъ былъ бы дѣйствительно безпристрастнымъ третьимъ***), одинаково далекимъ какъ отъ стремленія подрывать основы государства и существующій правопорядокъ, такъ и отъ стремленія во что бы ни стало „поддерживать престижъ власти“.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что задачей всякаго, а значитъ и уголовнаго суда должно быть не стремленіе къ открытію безусловной, матеріальной истины, а стремленіе къ истинѣ юридической. Судъ обязанъ оцѣнить представленныя сторона-

*) Нельзя согласиться съ А Менгеромъ (l c. 197), который синтезъ этотъ видитъ въ томъ, что—„Alle drei Prozessarten verschmelzen in ein einziges Verfahren, das sich durchgreifend als eine Untersuchung von Amts wegen darstellt“.

**) Handbuch des Strafprozesses 1882. I, 15.

***) Самъ Ортлофъ (l. c, 110) находитъ, что роль судьи во всей ея чистотѣ заключается въ томъ, чтобы быть безпристрастнымъ третьимъ.

ми данныя и на основаніи ихъ дать отвѣтъ на поставленный ему вопросъ*). Прекрасно говоритъ Ф. Эли о цѣли и принципѣ уголовнаго процесса: „ce but est la complète manifestation de la vérité juridique; ce principe est la protection efficace de tous les droits, de tous les intérêts, des intérêts de la société et des intérêts de l'accusé, à l'aide des formes dont elle s'entoure et des garanties qu'elle présente“ **).

И если скажутъ, что благодаря такому воззрѣнію можетъ случиться, что преступникъ избѣгнетъ наказанія, я отвѣчу прекраснымъ юридическимъ афоризмомъ: лучше десять виновныхъ оправдать, чѣмъ одного невиннаго осудить. Совершенства въ человѣческихъ учрежденіяхъ быть не можетъ и, конечно, защищаемая мною теорія при проведеніи ея въ жизнь можетъ иногда приводить къ нежелательнымъ результатамъ. Но во всякомъ случаѣ недостатки ея блѣднѣютъ передъ тѣми бѣдствіями, къ которымъ неизбѣжно приведетъ теорія, подъ видомъ общественнаго блага вносящая въ чистую и великую идею суда начало, принципіально несовмѣстимое съ этой идеей.

Ничего не можетъ быть похвальнѣе стремленія бороться съ преступностью. Если она усиливается не смотря на всѣ предупредительныя мѣры, заботьтесь объ увеличеніи штата опытныхъ, дѣльныхъ, преданныхъ дѣлу полицейскихъ, увеличьте число государственныхъ обвинителей, постарайтесь обезпечить немедленное раскрытіе каждаго преступленія и преданіе суду каждаго преступника, *но не вмѣшивайте судъ въ эту страстную, напряженную борьбу. Онъ долженъ остаться безстрастнымъ, спокойнымъ, разумнымъ и могущественнымъ контролеромъ этой борьбы,—умѣряющимъ ея крайности, не позволяющимъ ей выйти изъ законныхъ границъ и представляющимъ гражданину надежное ручательство, что онъ не будетъ принесенъ въ жертву принципу: „пусть лучше погибнетъ одинъ человѣкъ, чѣмъ все общество“, ручательство, что передъ его субъективнымъ правомъ должно съ уваженіемъ остановиться все государство.*

Единственнымъ исключеніемъ изъ защищаемаго мною принципа юридической истины, какъ цѣли, къ которой стремится

*) „Das Ziel alles Verfahrens vor Gericht: Uebereinstimmung des Urtheils mit dem wahren Inhalt des Bestrittenen Rechtsverhaltnisses“. Planck, l c 151.

**) Traité de l'instr crim. 1845 I, 10.

уголовный процессъ, исключеніемъ въ сторону безусловной, матеріальной истины, является право и обязанность суда не придавать никакого значенія сознанію подсудимаго, если это сознаніе возбуждаетъ въ судьѣ сомнѣніе. Въ гражданскомъ процессѣ признаніе отвѣтчикомъ иска влечетъ за собою обязанность суда удовлетворить искъ *); но такое признаніе само по себѣ не можетъ имѣть никакого значенія въ уголовномъ процессѣ именно потому, что въ немъ вопросъ ставится о примѣненіи къ гражданину такого крайняго, рѣзкаго и опаснаго средства охраны правопорядка, какъ наказаніе.

Итакъ, резюмируя все сказанное, мы приходимъ къ слѣдующему выводу. Государственный судъ долженъ быть организованъ такимъ образомъ, чтобы соотвѣтствовать своей великой, трудной и отвѣтственной роли—быть высшимъ органомъ правды, охранителемъ права, безпристрастнымъ рѣшителемъ спора даже между самимъ государствомъ и гражданиномъ. Для этого судъ долженъ обладать всею полнотою безпристрастія, авторитетности, знаній, опыта, нравственныхъ качествъ, власти, поставленъ въ условія наиболѣе благопріятныя для дѣятельности и, наконецъ, находиться подъ контролемъ верховной власти, какъ подзаконный ея органъ.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію тѣхъ средствъ, при помощи которыхъ государство можетъ создать судъ, обладающій всѣми указанными качествами.

*) Быть можетъ и тутъ слѣдовало бы ввести при нѣкоторыхъ условіяхъ тѣ или иные коррективы.

ГЛАВА II.

Судъ олицетворяется въ судьяхъ. Поэтому основнымъ, центральнымъ вопросомъ теоріи уголовнаго судоустройства является вопросъ объ уголовномъ судьѣ. Надо стремиться къ тому, чтобы при помощи имѣющихся въ распоряженіи людей средствъ поставить средняго человѣка въ такія условія, которыя давали бы ему возможность наиболѣе приблизиться къ идеалу судьи. И если вообще всѣ государственныя учрежденія расчитаны на средняго человѣка, то въ особенности въ дѣлѣ созданія гарантій такой отвѣтственной функціи, какъ отправленіе правосудія, нельзя ожидать, что найдется много духовно сильныхъ людей, которые будутъ такъ воодушевлены своей священной миссіей, что совершенно отрѣшатся отъ всѣхъ человѣческихъ слабостей.

Эти человѣческія слабости нигдѣ не могутъ принести больше вреда людямъ, чѣмъ при отправленіи правосудія. Въ самомъ дѣлѣ: среди кипучей борьбы интересовъ и страстей, среди лихорадочной дѣятельности современной общественной жизни, совершенно неизбѣжны частыя столкновенія, ошибки и даже злоупотребленія. Для проявленія звѣря въ человѣкѣ современная жизнь съ ея борьбой за существованіе создаетъ весьма благопріятныя условія. *Вотъ почему является тѣмъ болѣе необходимымъ поставить служителей правосудія въ такія условія, чтобы этотъ водоворотъ страстей какъ можно меньше захватывалъ ихъ и чтобы судъ былъ тѣмъ мѣстомъ, гдѣ вся эта борьба находила бы себѣ спокойную и справедливую оцѣнку,* гдѣ бы всякая ошибка, всякое увлеченіе, а тѣмъ болѣе всякое злоупотребленіе, нарушающія чьи либо права, были бы разумно и авторитетно исправлены. Конечно, печально, если полицейскій чиновникъ, увлекаемый рвеніемъ борьбы съ преступленіемъ, незаконно арестуетъ

гражданина. Но съ этимъ еще можно помириться. Если всѣ и каждый твердо увѣрены, что черезъ нѣсколько часовъ вопросъ о законности ареста разрѣшится безпристрастнымъ и авторитетнымъ судьей, который притомъ не останется равнодушнымъ зрителемъ возможныхъ злоупотребленій, такіе аресты не могутъ вредно отражаться на нормальномъ теченіи правовой жизни. И въ особенности важно для этой жизни, чтобы каждый разъ, какъ только возникаетъ вопросъ о примѣненіи къ гражданину принудительныхъ мѣръ, въ чемъ бы то ни было стѣсняющихъ его свободу и права,—вопросъ этотъ окончательно разрѣшался бы судомъ.

Что же произойдетъ, когда и служители правосудія ничѣмъ не будутъ отличаться отъ всѣхъ остальныхъ дѣятелей государственной жизни? Когда вмѣсто спокойнаго, безпристрастнаго и авторитетнаго рѣшенія такихъ животрепещущихъ вопросовъ, какъ вопросы о примѣненіи принудительной функціи власти, гражданинъ будетъ видѣть въ судѣ шатанія, колебанія, тенденціозность, страстность, неуваженіе къ правамъ личности, ошибки, торопливость и т. п.? Очевидно, что никакихъ другихъ результатовъ изъ такого положенія вещей не можетъ получиться, кромѣ разложенія правовой жизни и полнаго недовѣрія къ правительству. А когда вслѣдствіе обострившейся борьбы, суды окончательно превратятся въ орудія власти и всякое различіе между судьей и чиновникомъ изчезнетъ,—начнется постоянное колебаніе между анархіей и деспотизмомъ, которое въ концѣ концовъ можетъ привести къ болѣзненнымъ взрывамъ со всѣми ужасами этихъ взрывовъ.

Итакъ, если вообще необходимо поставить всѣхъ должностныхъ лицъ въ благопріятныя условія, для того, чтобы имѣть хорошихъ работниковъ, то къ судьямъ это относится въ наиболѣе высокой степени *). Поставьте средняго человѣка въ такія

*) Lorsqu'on considére ce qu'est l'oeuvre de la justice, quelles éminents et rares qualités elle suppose chez ceux qui en ont la charge, on se prend à douter qu'il puisse se rencontrer une créature humaine assez parfaite pour en accepter le fardeau. En effet, dire droit à son semblable, déméler la verité entre deux affirmations contraires, dépuiller l'un pour donner à l'autre, disposer de la liberté, de la vie, de l'honneur, c'est la une tache au—dessus de notre faiblesse, et cependant comme elle est une necessité sociale, elle a toujours été remplie· elle est l'une des obligations primordiales comme l'une des plus hautes prérogatives des gouvernements.... Tous recherchent attentivement pour ces difficiles fonctions les

условія, при которыхъ онъ былъ бы совершенно увѣренъ, что если въ приговорѣ онъ добросовѣстно выразитъ свое мнѣніе, то какъ бы къ этому приговору не относилась государственная власть и общество, онъ ни передъ кѣмъ, кромѣ своей совѣсти, отвѣчать не будетъ,—и вы уже почти разрѣшили вопросъ о судьяхъ.

Изучая всю совокупность признаковъ понятія судьи, находимъ, что эти признаки дѣлятся на двѣ группы, взаимно другъ друга обусловливающія: внѣшніе и внутренніе признаки.

Прежде всего возникаетъ вопросъ: какими способами обезпечивается основной признакъ въ понятіи судьи,—безпристрастіе?

Очевидно, что безпристрастнымъ третьимъ при разрѣшеніи спора между двумя сторонами можетъ быть только тотъ, кто совершенно не зависитъ отъ этихъ сторонъ въ какомъ бы то ни было отношеніи. Точно также и судья государственный долженъ быть прежде всего не зависимъ, какъ отъ частныхъ лицъ, такъ и отъ правительства [1]).

Но если независимость отъ частныхъ лицъ никогда не возбуждала сомнѣнія, то независимость отъ правительства до сихъ поръ

---

citoyens les plus intègres, les plus eclairés, les plus respectés . Le problème à resoudre consiste donc à trouver le système qui placera l'administration de la justice dans la main des plus capables, des plus honnêtes. j'ajoute des plus independants. I. Favre. De la reforme judiciaire. 1877, 16.

[1]) L. Duguit L'etat, le droit objectif et la loi positive. 1901 I, 419 — Совершенно правъ Токвиль, говоря „первое условіе справедливаго суда есть полная независимость судьи“ („Старый порядокъ и революція“ Перев. подъ ред проф П Виноградова, 1896, стр. 59) и эта независимость судьи обезпечивается несмѣняемостью судьи и отсутствіемъ возможности стремиться къ повышенію (ib., 134). „Административная дѣятельность не только регулируется опредѣленными общими правилами, но и по каждому частному вопросу администраціи могутъ быть дѣлаемы непосредственныя указанія что и какъ сдѣлать (Коркуновъ „Русское государственное право“. II, 208) „Первое и необходимое свойство судьи есть безпристрастіе, а оно возможно только при полной независимости какъ отъ тяжущихся лицъ, такъ и отъ власти, охраняющей общественный порядокъ и преслѣдующей его нарушенія. Судья подчиняется единственно безличному закону и самъ является первымъ его хранителемъ; но такъ какъ приложеніе закона къ данному случаю всегда носитъ индивидуальный характеръ, то приговоръ долженъ быть дѣломъ личнаго внутренняго убѣжденія. Никакая власть не имѣетъ права предписать приговоръ подобно тому, какъ предписываются дѣйствія низшимъ административнымъ органамъ“ (Б Н. Чичеринъ. „Курсъ государственной науки“. I, 320—321)

еще въ громадномъ большинствѣ государствъ является недосягаемымъ идеаломъ. А между тѣмъ это требованіе съ логической необходимостью вытекаетъ изъ самаго понятія суда. Одно изъ двухъ: или судья долженъ быть независимъ отъ правительства, или онъ превращается въ его орудіе, а слѣдовательно перестаетъ быть судьей — tertium non datur.

„Учрежденіе судейской должности является принципіальнымъ самоограниченіемъ государственной власти.... Какъ бы она ни съуживала или ни расширяла при этомъ границы судейскихъ полномочій, въ предѣлахъ этихъ границъ она признаетъ самостоятельность судьи; нарушеніемъ этихъ границъ государственная власть становится въ очевидное противорѣчіе съ самою собою, налагаетъ на свой образъ дѣйствій ничѣмъ не скрашиваемое клеймо насилія надъ правомъ, грубаго нарушенія его, —государственная власть, посягающая на установленной ею самою правовой порядокъ, сама произноситъ надъ собою приговоръ“ *). Эти слова сказаны ученымъ, котораго никоимъ образомъ нельзя заподозрить ни въ отсутствіи трезвости взглядовъ, ни въ забвеніи фактовъ реальной жизни, ни въ пристрастіи къ идеалистическимъ построеніямъ.

Давно уже наука права выяснила, что государственная власть не безгранична, что право связываетъ власть точно также, какъ и подданныхъ, что личность имѣетъ права независимо отъ государства, что государство есть союзъ свободныхъ людей, что основой власти является признаніе ея подвластными и что самоограниченіе власти служитъ только къ укрѣпленію ея, т. к. препятствуетъ вырожденію ея въ столь ненавистный людямъ произволъ. Уже этихъ теоретическихъ соображеній совершенно достаточно для того, чтобы независимость судьи отъ правительства, т. е. независимость органа власти отъ самой власти не только не показалась логическомъ противорѣчіемъ, но получила бы твердое теоретическое обоснованіе.

Наука государственнаго права различаетъ непосредственные и посредственные государственные органы**). Непосредственные органы являются непосредственно обязанными исключи-

*) Иеринъ. Цѣль въ правѣ Изданіе Н. В. Муравьева. 1881. 284—5.

**) Еллинекъ, l. c 361—375. Ср Jellinek System der subjectiven offentlichen Rechte. 1892, 212.

тельно только по отношенію къ самому государству, и никому другому. Существо этихъ органовъ юридически выражается въ томъ, что они никогда не могутъ быть подчинены власти другого органа того же союза и что въ отношеніи содержанія своихъ функцій они поставлены совершенно самостоятельно. Непосредственные органы могутъ быть первичными и вторичными, но дѣленіе это имѣетъ чисто формальный характеръ, т. к. вторичный непосредственный органъ является совершенно независимымъ отъ первичнаго. Напр., въ Сѣв. Ам. Соед Штатахъ народъ выбираетъ президента, который такимъ образомъ является вторичнымъ непосредственнымъ органомъ. И тѣмъ не менѣе народъ не можетъ дать президенту никакихъ порученій, президентъ не имѣетъ надъ собою никакого начальника, никого, кому бы онъ былъ обязанъ повиноваться

Посредственные органы всегда прямо или косвенно подчинены какому-нибудь непосредственному органу и отвѣтственны передъ нимъ; ихъ дѣятельность имѣетъ производный характеръ: они—лица, которыми непосредственный органъ пользуется для осуществленія своихъ функцій, отправляемыхъ имъ въ интересахъ государства.

Фактъ назначенія одного органа другимъ самъ по себѣ еще не дѣлаетъ назначенный органъ посредственнымъ. Напр. президентъ С. А. Соед Шт. назначаетъ федеральныхъ судей, но не имѣетъ надъ нами никакой дисциплинарной власти и судьи совершенно независимы отъ него, являясь вторичными непосредственными органами государства.

Изъ предыдущаго очевидно, что судьи какъ избранные народомъ, такъ и назначенные правительствомъ, суть непосредственные государственные органы*), т. е. являются обязанными только по отношенію къ государству,

*) O Gierke („Das deutsche Genossenschaftsrecht“ 1868 I 829) правильно замѣчаетъ: „Die Gerichte aber mogen sie ernannt oder gewahlt sein, sind zu dem wesentlichen Theil ihrer Thatigkeit, der Rechtsprechung, ebenfals nicht durch den speciellen Auftrag eines andern Staatsorgans, sondern unmittelbar durch den Rechtsorganismus des Staats berufen. Jn ihnen handelt daher, soweit sie Recht sprechen, der Staat selbst, nicht ein anderes Staatsorgan. Dies ist freilich noch nicht voll anerkannt, aber die Forderung ihrer Unabhangigkeit Unabsetzbarkeit und Unverantwortlichkeit im Verfassungstaat und die Einfuhrung von Geschwornengerichten beruht darauf“.

не подчинены власти какого-нибудь другого органа и совершенно самостоятельны по отношенію къ содержанію своихъ функцій.

Относительно монархій изложенная теорія нѣсколько видоизмѣняется, но отъ этого видоизмѣненія нисколько не теряется самый характеръ дѣятельности судьи и его независимое положеніе; здѣсь только своеобразно комбинируются свойства посредственнаго и непосредственнаго вторичнаго органа. Въ самомъ дѣлѣ: судья отправляетъ правосудіе именемъ монарха и такимъ образомъ его воля есть непосредственно воля монарха. „Her majesty", говоритъ Блэкстонъ, „in the eye of the law, is always present in all her courts, though she cannot personally distribute justice. Her judges are the mirror by which the queen's image is reflected. It is the regal office, and not the royal person, that is always present in the court" *).

Но хотя судья является представителемъ монарха, послѣдній не можетъ давать ему приказаній, относящихся къ отправленію его судебныхъ функцій **), не можетъ приказать ему рѣшить дѣло въ опредѣленномъ смыслѣ ***). И это вытекаетъ изъ самаго существа судейской функціи: приложеніе закона къ данному случаю всегда имѣетъ индивидуальный характеръ, поэтому рѣшеніе судьи должно быть дѣломъ его личнаго убѣжденія†). Глубоко правъ Jules Favre, говоря, что надо поставить судей въ такое положеніе, чтобы формула, употребляемая въ началѣ приговоровъ: „au nom du roi" или „au nom du peuple" не была бы ложью и обманомъ, чтобы судьи на самомъ дѣлѣ были бы представителями въ первомъ случаѣ монарха, а во второмъ—народа †*).

---

*) Blackstone's commentaries systematically abridged and adapted to the existing state of the law and constitution with great additions by S. Warren. 1855. 242)

**) Еллинекъ, 387. Авторъ правильно замѣчаетъ (стр 452—3)· „судья можетъ быть разсматриваемъ въ сферѣ его служебной дѣятельности, только какъ представитель монарха, а не какъ лицо, дѣйствующее по его порученію".

***) Полная противоположность замѣчается по отношенію ко всѣмъ остальнымъ должностнымъ лицамъ И въ то время, какъ монархъ не можетъ приказать самому низшему судьѣ, разсматривающему наиболѣе мелкое дѣло, рѣшить это дѣло въ точно опредѣленномъ смыслѣ, министру юстиціи, какъ посредственному органу, можетъ быть предписана строго—опредѣленная дѣятельность по отношенію къ каждому его служебному шагу.

†) Чичеринъ, I, 320.

†*) l. c., 28.

И эта идея независимости судей отъ власти красною нитью проходитъ черезъ всю исторію культуры, начиная отъ той клятвы, которую давали судьи въ древнемъ Египтѣ –не повиноваться незаконнымъ приказамъ царя*), до извѣстнпго отвѣта французскихъ судей королю: „Государь, судъ постановляетъ приговоры, но не оказываетъ услугъ“, до гордой фразы, зарегистрованной недавно: „англійскаго судью не просятъ ни о чемъ“ (Ж.-М Ю. 1896. X, 168)

Итакъ мы пришли къ выводу, что хотя судья есть органъ власти, но онъ долженъ быть совершенно независимъ отъ этой власти для того, чтобы быть дѣйствительно безпристрастнымъ третьимъ въ спорѣ между нею и гражданиномъ, чтобы не превратиться въ простое орудіе этой власти.

Какимъ способами должна быть обезпечена независимость судей?

Первый и важнѣйшей гарантіей является несмѣняемость судей.

Несмѣняемость конструируется теріей какъ право судей**).

Несмѣняемость есть право судьи 1) оставаться на должности и получать соединенное съ нею содержаніе независимо отъ желанія власти, которой принадлежитъ назначеніе судей и 2) быть уволеннымъ не иначе какъ по суду (уголовному).

Кромѣ этихъ двухъ основныхъ моментовъ въ понятіе несмѣняемости судьи входитъ недопустимость перемѣщенія его изъ мѣста служенія вопреки его желанію. Иногда такое перемѣщеніе можетъ быть равносильно увольненію отъ должности Наконецъ, чтобы окончательно укрѣпить принципъ несмѣняемости, необходимо отнять у правительства возможность уволить судью посредствомъ оставленія его за штатомъ по случаю упраздненія должности. Конечно, нельзя лишить верховную власть права упразднить излишнюю должность, но оставленный за штатомъ судья долженъ продолжать получать свое содержаніе.

---

*) I. Thonissen Etudes sur l'organisation judiciaire etc. de l'ancienne Egypte (Revue historique de droit franc. et etranger 1868, XIV, 22); Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens 1869. I, 104—5,

**) G Pirard Inamovibilité de la magistrature et nécessité de la maintenir 1879; Desjardin. Etudes sur l'inamovibilité de la magistrature. 1880, Pfeiffer. Die Selbstandigkeit und Unabhangigkeit des Richteramtes. 1865.

Только тогда, когда все это будетъ гарантировано ясными и точными опредѣленіями закона, когда кромѣ того въ законѣ будутъ установлены другія гарантіи независимости, о которыхъ рѣчь идетъ ниже, несмѣняемость не останется пустымъ звукомъ и великій принципъ независимости судьи не будетъ принесенъ въ жертву произволу.

Совершенно правильно Фойницкій называетъ несмѣняемость основнымъ правомъ и говоритъ, что всѣ прочія права служатъ лишь къ огражденію ея (l. c., 242). Принципъ несмѣняемости судей вошелъ въ органическіе законы Англіи, Франціи, Германіи, Америки, а также Швеціи (1809 г.), Нидерландовъ (1815) Баваріи (1818), Виртемберга (1819), Бразиліи (1824), Италіи и Португаліи (1826), Бельгіи (1831), Испаніи (1845 и 1876), Пруссіи (1850), Австріи (1867), Россіи (1864), Турціи (1874) *) и сдѣлался по словамъ Фойницкаго и Тальберга міровымъ институтомъ.

Въ наукѣ принципъ несмѣняемости судей общепризнанъ. Противъ несмѣняемости высказался въ свое время Бентамъ **), но обставилъ предлагаемую имъ смѣняемость такими гарантіями (необходимо предварительно, чтобы установилось прочное общественное мнѣніе о негодности судьи, основанное на провѣренныхъ публично фактахъ, необходимо, чтобы отставленный судья продолжалъ получить содержаніе и чтобы онъ не лишенъ былъ права опять получить судейскую должность), что его смѣняемость даетъ судьѣ больше гарантій, чѣмъ „несмѣняемость“, провозглашенная нѣкоторыми законодательствами.

Противъ несмѣняемости высказался также проф. Jousserandot ***) но такое воззрѣніе его вытекаетъ изъ выставленнаго имъ требованія избранія судей на самые короткіе сроки (въ теченіе коихъ они остаются несмѣняемыми). При этомъ Jousserandot очень энергично подчеркиваетъ, что судья долженъ быть абсолютно независимъ“ отъ правительства (159 et passim); для судей кассаціоннаго суда онъ требуетъ пожизненности назначенія и несмѣняемости (157).

Въ несмѣняемости судей не слѣдуетъ видѣть какого—то преобладанія суда надъ правительствомъ; это лишь послѣдствіе об-

*) Фойницкій, 244; Тальбергъ l c. I, 149.
**) О судоустройствѣ 1860, 68—75.
***) l. c. 79 - 89.

щаго правила, что государство управляется на точномъ основаніи законовъ *): необходимо въ виду индивидуальнаго характера толкованія и примѣненія законовъ обезпечить служителямъ правосудія возможность примѣнять законъ, руководствуясь исключительно своею совѣстью и знаніями, а не указаніями свыше. Вотъ почему безусловно правъ Чичеринъ, говоря, что несмѣняемость судей—это столпъ, на которомъ держится все зданіе судебныхъ установленій и что нѣтъ такого политическаго соображенія, которое заставляло бы отступать отъ этого начала **).

И это тѣмъ болѣе справедливо, что принципъ несмѣняемости судей имѣетъ чисто техническое значеніе, онъ не имѣетъ никакого отношенія къ формѣ правленія государства: несмѣняемость судей одинакова необходима и въ абсолютной монархіи, и конституціонной, и въ республикѣ, т. к. безъ нея нельзя говорить о судѣ въ настоящемъ значеніи этого слова. Этотъ принципъ несовмѣстимъ лишь съ деспотической формой правленія.

Конечно, въ отдѣльныхъ случаяхъ несмѣняемость можетъ привести къ тому, что судейское кресло будетъ занимать человѣкъ, недостойный своего великаго званія. Но вредъ отъ этого неизмѣримо меньше того зла, которое водворилось бы во всемъ ходѣ правосудія, когда судьи сдѣлались бы смѣняемыми, т. е. зависимыми и заискивающими, а слѣдовательно не авторитетными и способными къ лицепріятію ***).

---

*) Малышевъ. Курсъ гражд. судопр. 1876, 103.

**) III, 409. „Признаніе смѣняемости судей есть постановленіе административнаго произвола на мѣсто закона. Такое начало подрываетъ всякое довѣріе къ суду; оно унижаетъ судей и въ глазахъ всего общества. Поэтому оно безусловно не можетъ быть одобрено", (Собств. и госуд. II, 306). „Нерѣдко высказывается мнѣніе, что начало несмѣняемости несовмѣстимо съ неограниченностью воли монарха, который всегда имѣетъ право смѣщать всякое подчиненное лицо Такое мнѣніе основано на смѣшеніи понятій. Верховная власть проявляется въ общихъ государственныхъ мѣрахъ, которыя вполнѣ зависятъ отъ воли монарха, а не въ частныхъ рѣшеніяхъ, въ которыя монархъ никогда не вмѣшивается; несмѣняемость же судей устанавливается именно въ виду этихъ послѣднихъ. Начало несмѣняемости противорѣчитъ не самодержавію монарха, а самодержавію министра юстиціи, ибо только по докладу министра монархъ смѣщаетъ судью. Устраненіемъ этой гарантіи судьи всецѣло отдаются въ руки министра и независимость судьи перестаетъ существовать. Если въ учрежденіи независимаго суда можно видѣть ограниченіе власти, то это такое, которое не касается ея существа и нравственно ее возвышаетъ. III, 143—144.

***) Проф. Даневскій. По поводу предстоящей реформы нашего судоустройства. 1896, 65.

„Судъ зависимый есть безсмыслица, contradictio in adjecto, или же чудовищная аномалія. Зависимый судъ не есть судъ", энергично восклицаетъ Аксаковъ *) И дѣйствительно, если вдуматься въ огромную важность суда для всей государственной жизни, то нельзя съ достаточной энергіей подчеркнутъ необходимость для каждаго законодателя, правильно понимающаго свою культурную миссію, создать такой судъ, который пользовался бы абсолютнымъ довѣріемъ населенія. А для этого необходимо уничтожить все, что могло бы дать хоть малѣйшій поводъ заподозрить судей въ пристрастіи и въ односторонней приверженности интересамъ власть имущихъ Поговорка о необходимости для жены цезаря быть внѣ всякихъ подозрѣній какъ нельзя болѣе примѣнима къ суду. Совершенно правильно говоритъ Henrion de Pansey: „car celui qui dispose des juges est facilement soupçonné de disposer des jugements" **).

За послѣднее время начинаютъ раздаваться голоса, требующіе бо́льшихъ гарантій противъ злоупотребленій при увольненіи отъ должности всѣхъ вообще чиновниковъ. Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ (напр. Пруссія) установлены уже такія гарантіи. Въ этихъ требованіяхъ есть большая часть истины. Но если извѣстныя гарантіи независимости нужны для чиновника ***), если и для чиновника надо создать такое положеніе, чтобы онъ не могъ быть выброшенъ на улицу по капризу своего начальника, то для судьи, функціи котораго столь отличны отъ функцій чиновника †), для судьи, не могущаго имѣть надъ собою никакого начальника, созданіе самыхъ прочныхъ гарантій независимости является дѣломъ первой необходимости †*).

---

*) Цитирую по Тальбергу, l. c. I, 152.

**) De l'autorité judiciaire. p. 529.

***) „Существованіе безконтрольной власти начальства надъ подчиненными прежде всего противорѣчитъ тому основному началу, что подчиненный исполняетъ лишь законныя распоряженія начальника. Для этого подчиненному необходимо пользоваться нѣкоторою самостоятельностью, чего, конечно, не можетъ быть, если начальникъ можетъ во всякое время уволить подчиненнаго безъ объясненія причинъ. Затѣмъ, такая необезпеченность положенія служащихъ не можетъ не отозваться на самомъ качествѣ служебнаго персонала". Н. Коркуновъ. Рус. госуд. право 1901. I, 389.

†) Справедливо замѣчаетъ Фойницкій (l. c., 131). „всего прискорбнѣе. если коронные судьи поглощаются понятіемъ чиновничества".

†*) Die gewohnliche Dienstverhaltniss der Justizbeamten wird aber in ergreifenden Weise modificiert, wenn dem Beamten ein Richteramt ubertragen wird. Fur

Иногда можно слышать, что понятіе независимости судьи нисколько не пострадаетъ, если судья превратится въ чиновника, т е. будетъ подчиненъ начальнику, который можетъ уволить его въ случаѣ нарушенія своихъ обязанностей. Вѣдь, говорятъ, этотъ начальникъ, не имѣетъ права приказать судьѣ рѣшить дѣло въ опредѣленномъ смыслѣ, не имѣетъ права оказывать давленіе на совѣсть судьи; значитъ, независимость судьи въ дѣлѣ постановленія рѣшеній остается въ полной силѣ, а вѣдь это только и требуется,—и тогда зачѣмъ выдѣлять судей въ какую-то особо привилегированную касту: вѣдь въ сущности они—такія же должностныя лица, какъ и всѣ остальные чиновники.

Ничего не можетъ быть неправильнѣе такихъ разсужденій. Принципіальное выдѣленіе судей изъ общей массы должностныхъ лицъ вызывается глубочайшими основаніями, коренящимися какъ въ природѣ самой судебной власти, такъ и въ природѣ судейскихъ функцій Исторія показываетъ намъ, что въ древнія времена судейскія функціи носили священный, сакральный характеръ и служители правосудія сплошь и рядомъ были вмѣстѣ съ тѣмъ и служителями Божества. Въ этомъ совпаденіи нельзя не видѣть здороваго зерна истины Судья долженъ служить только одному праву, быть его первымъ и самымъ надежнымъ охранителемъ и истолкователемъ *). Естественно, что

---

diesen Fall treten besondere Vorschriften in Kraft, um die Unabhangigkeit der Richter zu verstarken und zu sichern" Laband Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. III, zweite Abth. 143

*) Um dieser Gefahr zu begegnen hat die Rechtsvernunft der modernen Volker das Richteramt mit den bekannten Sicherungen seiner Unabhangigkeit gegen die politische Gewalt umgeben. Die starkste Sicherheit wird doch in dem starken und selbstbewussten Unabhangigskeitswillen des Richterstandes liegen. Je mehr im Richterstande das Bewusstsein der Grosse und Verantwortlichkeicht seiner hohen Aufgabe dem Recht allein zu dienen, nicht der Macht, einer Aufgabe, die schon von einem alten romischen Juristen als eine priesterliche bezeichnet wird, lebendig ist, desto mehr wird auch der Einzelne vor Anwandlungen der Nachgibigkeit gegen Zumuthungen, die von aussen an ihn herantreten, geschutzt, desto weniger wird uberhaupt die Gewalt den Mut haben solche Zumutungen zu stellen. In ruhigen Zeiten und im gewohnlichem Lauf der Dinge wird davon in einem Staat mit gesichertem Rechtsgange nicht allzuviel zu spuren sein In Zeiten der Erregung und innerer Unruhe wird der Druck wachsen, dann gilt es stark sein in den stolzen Bewusstsein, dass der Richter zum Schutzer des Rechts und der Freiheit bestellt ist gegen Willkur und Gewalt auch gegen die Willkur der an sich rechtmassigen Gewalt Er verteidigt im Recht zugleich ihren eigentlichen Willen und die Grundlage ihres eigenen Bestandes gegen zeitweilige Abirungen· Justitia fundamentum regnorum". Fr. Paulsen Die Deutschen Universitaten etc. 1902. 513—514.

„онъ подчиняется единственно безличному закону," (Чичеринъ, I, 320), а не какому бы то ни было начальнику. Для того, чтобы достоинымъ образомъ исполнить свои обязанности, *судья долженъ быть поставленъ въ такое положеніе, которое обезпечивало ему полное спокойствіе духа, столь необходимое для основательнаго, зрѣлаго и совершенно безпристрастнаго рѣшенія предлагаемыхъ ему животрепещущихъ вопросовъ, столь необходимое для того, чтобы жизненный водоворотъ не увлекъ его.* Почему монархъ является стоящимъ внѣ всякихъ партій, выше всѣхъ страстей, является олицетвореніемъ справедливости, хранителемъ мира и источникомъ правосудія? Да потому, что онъ поставленъ въ такое положеніе, что всѣ страсти и партіи абсолютно безсильны по отношенію къ нему и онъ во всѣхъ своихъ дѣйствіяхъ имѣетъ полную возможность руководиться единственно и исключительно своею совѣстью А т. к судья есть представитель монарха, то и надо поставить его въ такія условія, чтобы въ сферѣ своихъ обязанностей онъ имѣлъ полную возможность руководствоваться единственно и исключительно закономъ и своею совѣстью, чтобы всякія постороннія вліянія были бы абсолютно безсильны и чтобы никто не имѣлъ бы права требовать у него отчета въ его дѣйствіяхъ.

Если подчинить судью власти какого-нибудь начальника, т. е. если превратить судью въ чиновника, то гдѣ гарантіи, что этотъ начальникъ не будетъ давать судьѣ „руководящихъ указаній", не потребуетъ у судьи отчета по поводу неисполненія имъ того или иного изъ этихъ указаній, наконецъ, не скажетъ судьѣ: „да, пока ты сидишь въ судебномъ засѣданіи, ты независимъ, но какъ только ты сошелъ съ судейскаго кресла, я съ тобою могу сдѣлать все, что захочу". Къ этому необходимо прибавить массу непріятностей, неизбѣжно вытекающихъ изъ подчиненнаго положенія „судьи", непріятностей столь естественныхъ если вспомнить, какъ мало бываетъ людей, способныхъ не опьяняться властью и не давать ее почувствовать подчиненнымъ, непріятностей, могущихъ положительно отравить жизнь чуткому и впечатлительному человѣку и лишающихъ его столь необходимаго судьѣ спокойствія духа. Наконецъ, подчиненное положеніе судьи совершенно роняетъ его авторитетъ въ глазахъ населенія. А между тѣмъ представляется дѣломъ первой важности такъ поставить судъ въ глазахъ народа, чтобы

онъ обладалъ наибольшимъ авторитетомъ и какъ можно меньше напоминалъ бы даже по внѣшности административныя „присутственныя мѣста“: внутренне различное должно вылиться въ различныя формы.

Итакъ, *судья и чиновникъ—понятія различныя по существу* *), *судья не можетъ имѣть надъ собою никакого начальника, и всѣ внѣшнія формы, принятыя въ области администраціи и какимъ бы то ни было образомъ напоминающія о подчиненіи, субординаціи совершенно не примѣнимы по отношенію къ судьямъ.*

Логическимъ слѣдствіемъ изъ сказаннаго является необходимость, чтобы судьи назначались на свои должности только верховною властью, но не министромъ юстиціи. Только назначенный непосредственно монархомъ судья можетъ обладать и въ глазахъ населенія, и въ глазахъ остальныхъ должностныхъ лицъ достаточнымъ авторитетомъ; только такое назначеніе согласуется съ теоріей, по которымъ судья представляетъ собою монарха и его именемъ творитъ правосудіе; только тогда судья можетъ быть независимъ отъ министра юстиціи, т. е. отъ представителя администраціи и главы прокуратуры; наконецъ, только тогда можно говорить о несмѣняемости и обставить ее болѣе солидными гарантіями.

Здѣсь мы приходимъ къ важному вопросу о порядкѣ назначенія судей.

---

*) Enfin, on entend plus particulièrement par magistrats ceux qui rendent les jugements c'est-á-dire les juges .; dans cette dernière acception .. le mot magistrat designe les personnes investies de la plus haute fonction sociale et qui sont ou, du moins qui devraient être à l'abri de la mobilité des institutions politiques Jl y a un trait caracteristique par où le magistrat se distingue du fonctionnaire· c'est qu'il ne vient pas du pouvoir, comme celui-ci et de ses besoins changeants mais des institutions perpétuelles et indépendants qui le pays possède“. E. Garsonnet Traité theorique et pratique de procédure. 1898 I. 181—182 Относительно принципа несмѣняемости Garssonnet правильно замѣчаетъ, что „tous les gouvernements qui portent atteinte à ce principe encourent, quelle que soit leur origine, le reproche de vouloir asservir la justice“ „L'inamovibilité des magistrats repose en effet, sur des motifs de l'ordre le plus respectable et le plus élevé:.. c'est pour qu'il trouve dans son indépendance le courage de résister aux sollicitations et aux menaces, d'où qu'elles puissent venir, de frapper tous les coupables si haut qu'ils soient placés et de n'écouter jamais d'autre voix que celle de sa consience. (207).

Какъ извѣстно, существуютъ два противоположные порядка: по назначенію отъ правительства и по выбору.

Казалось бы, что изъ принципа независимости судей отъ правительства необходимо вытекаетъ требованіе, чтобы суды выбирались народомъ: только тогда они могутъ быть абсолютно независимы отъ правительства. Кромѣ того въ пользу избранія говоритъ еще и другой, не менѣе серьезный аргументъ: свободно избранный самимъ населеніемъ судья естественно будетъ пользоваться у этого населенія наибольшимъ авторитетомъ и довѣріемъ

Оба эти аргумента при ближайшемъ разсмотрѣніи ихъ теряютъ значительную часть своей убѣдительности Вполнѣ возможно создать для назначеннаго правительствомъ судьи такія солидныя гарантіи, при которыхъ не можетъ быть и рѣчи о зависимости судьи отъ назначившей его власти. Въ высокой степени характерна слѣдующая фраза, сказанная недавно ирландскимъ судьею Моррисомъ въ отвѣтъ на обвиненіе его въ угодничествѣ передъ министерствомъ: „правительство можетъ скорѣе сдвинуть базальтовые утесы Дороги Гигантовъ (The Giants Causeway), чѣмъ меня съ моего судейскаго кресла“ *).

А между тѣмъ Америка сдѣлала еще больше для обезпеченія независимости судей. Дж. Брайсъ **) указывая на то, что федеральные судьи назначаются президентомъ, утверждаются сенатомъ и могутъ быть смѣнены лишь по суду, говоритъ, что такимъ образомъ эти судьи болѣе обезпечены въ своей несмѣняемости, чѣмъ англійскіе, т. к. эти послѣдніе могутъ быть уволены короной по предложенію обѣихъ палатъ парламента ***).

Другой весьма авторитетный ученый говоритъ о различіи между положеніемъ англійскихъ и американскихъ судей: англійскіе

*) „Судебное Обозрѣніе“. 1903, № 8 стр. 169. Письмо изъ Англіи С Рапопорта.

**) Американская республика. Перев. В. Невѣдомскаго 1889 I, 256; Ср. Tocqueville De la démocratie en Amérique 1835; I, 138—160

***) Не могу отказать себѣ въ удовольствіи привести слѣд. слова Брайса, относящіяся къ судьямъ (300): „чтобы исполнять такія важныя обязанности, судья долженъ быть также неизмѣняемъ, какъ неизмѣняема конституція Онъ долженъ выражаться въ томъ же духѣ и въ томъ же тонѣ, въ какихъ выражается народъ въ свои лучшіе моменты. Онъ долженъ не поддаваться временнымъ требованіямъ, долженъ не поддаваться имъ тѣмъ упорнѣе, чѣмъ настойчивѣе онѣ высказываются. Укрывшись за своими неприступными твердынями, онъ долженъ отражать и открытыя нападенія власти, и вліянія народныхъ страстей, еще болѣе опасныя, потому что они дѣйствуютъ незамѣтнымъ образомъ“.

судьи независимы, но парламентъ имѣетъ право измѣнить функціи судебной власти, между тѣмъ какъ американскіе федеральные судьи равноправны съ президентомъ и конгрессомъ, и только революціоннымъ путемъ президентъ или конгрессъ могутъ отнять у нихъ какое-нибудь право *).

Что касается второго аргумента, то разсматриваемый отвлеченно, онъ гораздо сильнѣе перваго. Дѣйствительно, какому судьѣ я буду довѣрять больше: тому ли, кого я самъ выбралъ, или тому, кто навязанъ мнѣ со стороны? Очевидно — первому Но сила этого аргумента ослабляется, 1) если вспомнить о томъ, часто значительномъ, меньшинствѣ, которое вотировало противъ избраннаго судьи, и которое тѣмъ не менѣе обязано подчиняться его рѣшеніямъ и 2) если имѣть въ виду полную возможность, какъ показалъ опытъ, пріобрѣтенія коронными судьями величайшаго довѣрія, уваженія и авторитета среди гражданъ. Примѣромъ можетъ служить Англія.

А если принять во вниманіе отрицательныя стороны выборной системы вообще, а по отношенію къ судьямъ въ особенности, то окажется, что недостатки выборной системы перевѣшиваютъ ея достоинства И если избранные партіей судьи будутъ независимы отъ правительства, то зато они будутъ зависимы отъ партій, а это еще хуже

Совершенно правильно говоритъ Чичеринъ: **) „Для мелкихъ мѣстныхъ дѣлъ, особенно тамъ, гдѣ не развились еще политическія партіи и гдѣ способность обезпечивается нѣкоторымъ образовательнымъ и имущественнымъ цензомъ, эта система можетъ быть совершенно умѣстна. Наши мировые судьи заслужили признательность русскаго общества. Но съ развитіемъ политической жизни выборы неизбѣжно становятся орудіями партій, а это всего менѣе допустимо относительно судебной власти“.

Къ этому необходимо прибавить, что для занятія судейскаго кресла безусловно необходима самая основательная теоретическая и практическая подготовка. Очевидно, что далеко не въ

*) Дайси. Основы государ. права Англіи. Пер. подъ редакц. проф. П. Виноградова 1891; 118, 120.

**) l. c. I, 327

каждой мѣстности можетъ быть достаточное количество такихъ кандидатовъ. Кромѣ того судить о спеціальной подготовкѣ, да еще о такой сложной, какъ судейская, общество не можетъ. Голосъ его очень цѣненъ, когда рѣчь идетъ о нравственныхъ качествахъ (и, пожалуй, общемъ духовномъ уровнѣ) кандидата, но для оцѣнки спеціальной подготовки нужны соотвѣтствующіе спеціалисты. Вотъ почему за рѣдкими исключеніями положительное право всѣхъ культурныхъ государствъ держится системы правительственнаго назначенія судей, а въ тѣхъ странахъ, гдѣ существуетъ система выборовъ (гл. обр. Америка и Швейцарія), противъ нея раздаются очень серьезные упреки. Напримѣръ американскій профессоръ Th. Walker рѣшительно высказывается противъ нея, *) Брайсъ**), сравнивая федеральныхъ судей съ судьями отдѣльныхъ штатовъ и находя громадную разницу не въ пользу послѣднихъ, прямо обвиняетъ въ этомъ выборную систему и отмѣчаетъ стремленіе американцевъ къ ея упраздненію.

Что касается Швейцаріи, то весьма авторитетный швейцарскій ученый Ruttiman самымъ неодобрительнымъ образомъ отзывается о системѣ выборовъ судей ***).

Противъ системы назначенія возражаютъ, что такимъ образомъ правительство получаетъ возможность окончательно подавить гражданскую свободу. Не говоря уже о томъ, что это возраженіе видитъ въ правительствѣ какого-то врага, отъ котораго постоянно надо быть на-сторожѣ, нельзя не замѣтить, что при надлежащихъ гарантіяхъ независимости о судьяхъ, какъ орудіяхъ власти, не можетъ быть и рѣчи. А для устраненія недостатковъ вліянія канцелярій, протекцій и т. п. вполнѣ возможно установить коррективы. Эти коррективы заключаются въ томъ, что министръ представляетъ монарху нѣсколькихъ кандидатовъ, причемъ въ числѣ ихъ находятся кандидаты, избранные судебной коллегіей при участіи органовъ мѣстнаго самоуправленія †). Возможны и еще болѣе сложныя комбинаціи.

---

*) Introduction to American law, lecture VIII

**) l. c. III 300. 306

***) Das Nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz. I; 374. Такія же мнѣнія высказываютъ и посторонніе наблюдатели. Напр G. Picot La réforme judiciaire en France. 1881. 188—206.

†) Въ Бельгіи существуютъ оба способа, причемъ, если выборъ судебной коллегіи и выборъ мѣстнаго органа общественнаго самоуправленія совпадаетъ, король не имѣетъ

Такъ, Jules Favre *) предлагаетъ, чтобы на открывшуюся вакансію представлялись три кандидата, избранные обширнымъ собраніемъ состоящимъ изъ 1) членовъ того судебнаго мѣста, гдѣ открылась вакансія, 2) совѣта адвокатовъ при томъ же судѣ, 3) стряпчихъ (avoués), 4) нотаріусовъ и 5) делегатовъ отъ мѣстныхъ органовъ самоуправленія. Для замѣщенія вакансіи члена кассаціоннаго суда онъ предлагаетъ составить избирательное собраніе слѣд образомъ: 1) Члены кассаціоннаго суда, 2) депутаты отъ каждаго апелляціоннаго суда, 3) профессоры юридическаго факультета, 4) адвокаты при кассаціонномъ судѣ, 5) девять сенаторовъ и девять депутатовъ палаты общинъ.

Несомнѣнно, что такой порядокъ (при непремѣнномъ условіи, что имена кандидатовъ будутъ опубликованы заблаговременно) представляетъ значительныя гарантіи основательности выборовъ и можетъ быть рекомендованъ наукой. Избранные такими коммиссіями кандидаты (при условіи, конечно, обладанія ими надлежащей подготовки) могли бы быть предлагаемы верховной власти на утвержденіе. Такой порядокъ несравненно лучше, чѣмъ система избранія общимъ собраніемъ суда, въ которой нѣкоторые видятъ достаточную гарантію пригодности избраннаго и возстаютъ противъ права министра не соглашаться съ выборомъ суда. Система избранія только судомъ имѣетъ значительные недостатки, свойственные небольшой, замкнутой коллегіи. Эта коллегія естественно будетъ стремиться избирать людей, ей угодныхъ, людей постаравшихся заслужить расположеніе большинства членовъ; никакимъ свѣжимъ, независимымъ людямъ нельзя будетъ войти въ коллегію. Конечно, для борьбы съ такомъ зломъ является безусловно необходимымъ предоставленіе министру юстиціи права представляетъ и своего кандидата. Совершенно неправиленъ порядокъ представленія кандидатовъ, существующій нынѣ во Франціи: это дѣло находится исключительно въ рукахъ предсѣдателей судебныхъ мѣстъ и прокуроровъ, которые и представляютъ министру намѣченныхъ ими кандидатовъ **).

права не утверждать кандидата. См. Flourens. Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique. 1875.

*) l. c., 78 – 79.

**) Garconnet l. c. I, 190.

Такимъ образомъ изученіе существующихъ порядковъ назначенія судей въ связи изложенными теоретическими соображеніями приводитъ къ слѣдующимъ результатамъ. Необходимо комбинировать обѣ противоположныя системы, т. е. систему избранія и систему назначенія отъ правительства. Судьи должны быть назначаемы верховной властью безсрочно, но судебныя коллегіи, корпораціи лицъ, имѣющихъ близкое отношеніе къ суду и органы мѣстнаго самоуправленія должны имѣть право представлять верховной власти кандидатовъ (конечно обладающихъ необходимымъ научнымъ цензомъ), причемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ (напр. единогласный выборъ) такія представленія могли бы имѣть обязывающій характеръ.

Слѣдующимъ важнымъ результатомъ изъ защищаемаго мною понятія судьи является недопустимость по отношенію къ судьямъ никакихъ наградъ, орденовъ, чиновъ и повышеній по службѣ: все это—неизбѣжные *)—принадлежности чиновничества. Но такъ какъ опытъ показываетъ, что награды (хотя бы даже въ видѣ внѣшнихъ „знаковъ отличія“) имѣютъ для очень многихъ людей большую притягательную силу, то уже помимо необходимости особенно подчеркнуть внѣшнимъ образомъ коренное различіе между судьей и чиновникомъ, изъятіе судей изъ круга лицъ, могущихъ получать награды, послужитъ лишь къ укрѣпленію ихъ независимости. Правительство не будетъ имѣть возможности вліять на судей этимъ путемъ, и кромѣ того устранится одинъ изъ поводовъ къ образованію среди судей начальниковъ въ видѣ предсѣдателей судебныхъ мѣстъ, т. к. представленія о наградахъ неизбѣжно должны исходить отъ нихъ (еще хуже, если это дѣлается черезъ прокуратуру).

Гораздо важнѣе уничтожить для судей всякую возможность стремиться къ повышеніямъ. Если полученіе какого-нибудь ордена или чина для многихъ не представляетъ ничего привлекательнаго, если найдутся и принципіальные противники такого рода наградъ, то едва ли можно расчитывать, что перспектива повышенія и связаннаго съ нимъ матеріальнаго улучшенія жизни не окажетъ

*) Впрочемъ, относительно чиновъ и орденовъ нельзя не выразить большаго сомнѣнія въ цѣлесообразности этихъ отживающихъ свой вѣкъ учрежденій даже для чиновниковъ.

своего дѣйствія на подавляющее большинство судей и не превратитъ ихъ въ чиновниковъ, изо всѣхъ силъ стремящихся сдѣлать карьеру. А о томъ, какое богатое поле представляетъ это для вліяній на судей со стороны правительства, нечего и говорить. Примѣръ Франціи, гдѣ судьи получаютъ незначительное содержаніе, зависимы отъ судебной администраціи и охвачены стремленіемъ къ повышеніямъ, благодаря множеству ступеней служебной лѣстницы, можетъ служить достаточнымъ предостереженіемъ. Жалобы на неудовлетворительное состояніе правосудія во Франціи вслѣдствіе такой организаціи, слышатся постоянно и при томъ отъ людей совершенно безпристрастныхъ и компетентныхъ, какъ напр., Odillon Barrot *) G. Picot **). J. Favre ***), Bérenger †) Jousserandot †*), Franqu'eville †**), F. Ginest †***) и др.

Карьеризмъ и добросовѣстное исполненіе судейскихъ обязанностей—понятія несовмѣстимыя, и человѣкъ, достигшій столь почетнаго и высокаго положенія, какъ судейское кресло, долженъ знать, что теперь впереди у него не осталось ничего, и что единственной наградой его дѣятельности можетъ быть чувство глубокаго удовлетворенія отъ честно исполняемаго долга сознаніе приносимой пользы святому дѣлу правосудія наконецъ и одобреніе разумнаго общественнаго мнѣнія

Судейская служба требуетъ большой сосредоточенности въ работѣ, большихъ знаній и большого опыта какъ чисто служебнаго, такъ и общежитейскаго. Отправленіе правосудія это самое консервативное дѣло изъ всѣхъ видовъ государственной работы. Ничего не можетъ быть вреднѣе постояннаго шатанія практики, постоянной перемѣны взглядовъ суда на то или иное правовое явленіе. А это неизбѣжно случится при частой перемѣнѣ судей: надѣяться на образованіе прочныхъ судебныхъ традицій, на устойчивость практики при постоянно смѣняющихся судьяхъ—дѣло очень рискованное. Не надо также забывать, что чѣмъ дольше остается судья на своемъ креслѣ, тѣмъ большій запасъ опыта и знаній онъ пріобрѣтаетъ. Кто близко наблюдалъ прак-

*) De l'organisation judiciaire en France, 8—15.
**) La reforme judiciaire en France, 320 et pass.
***) De la réforme judiciaire, passim.
†) Organisation judiciaire, 53.
†*) Du pouvoir judiciaire, 91—104.
†**) l. c. I, 15,
†***) Jury criminel etc., 126

тику, тому хорошо извѣстно, что даже посредственный судья, на первыхъ порахъ совершающій массу ошибокъ, теряющійся въ сложныхъ обстоятельствахъ дѣла, не могущій въ разнорѣчивыхъ показаніяхъ свидѣтелей отличить правды отъ лжи,—съ теченіемъ времени пріобрѣтаетъ навыкъ, легко разбирается въ дѣлахъ, которыя прежде казались ему верхомъ трудности, съ ужасомъ вспоминаетъ о совершонныхъ раньше ошибкахъ, а громадная масса продефилировавшихъ передъ его столомъ свидѣтелей, допрошенная при безконечно разнообразныхъ комбинаціяхъ жизненныхъ случаевъ, до такой степени изощряетъ его чутье, даетъ такую массу психологическихъ наблюденій, что въ большинствѣ случаевъ онъ свободно опредѣляетъ степень достовѣрности свидѣтельскихъ показаній *).

Такимъ образомъ мы видимъ, что и помимо необходимости гарантировать судьямъ бо́льшую степень независимости, помимо необходимости устранить столь вредный для судьи карьеризмъ, отсутствіе всякихъ перспективъ на повышеніе благотворно отзовется на самомъ характерѣ исполненія судьей его обязанностей. Но тутъ мы подходимъ къ тѣсно связанному съ предыдущимъ вопросу. Для того, чтобы человѣкъ могъ быть вполнѣ удовлетворенъ своимъ положеніемъ и не старался измѣнить его, необходимо, чтобы оно давало бы не только одно моральное удовлетвореніе. Очевидно, что какъ бы человѣкъ ни любилъ дѣло, онъ не можетъ не стараться измѣнить свое положеніе, если это дѣло не обезпечиваетъ его надлежащимъ образомъ въ матеріальномъ отношеніи.

Къ этимъ соображеніямъ необходимо прибавить еще другія, болѣе важныя. Нельзя говорить о независимости судьи, если онъ получаетъ ничтожное содержаніе, не дающее ему возможности жить к у л ь т у р н о. Нельзя говорить о достаточномъ авторитетѣ судьи, когда вокругъ него существуетъ масса государственныхъ должностей, требующихъ несравненно меньшихъ знаній, несравненно менѣе высокихъ нравственныхъ качествъ, несравненно менѣе отвѣтственныхъ, представители которыхъ получаютъ однако несравненно большее содержаніе. При этомъ нельзя не принимать во вниманіе несовершенствъ человѣческой природы и несовершенствъ существующаго общественнаго строя,

*) Все только что сказанное является сильнымъ аргументомъ противъ системы назначенія судей (или выбора ихъ) на сроки, и въ особенности на короткіе сроки.

гдѣ такую важную роль играетъ степень матеріальнаго обезпеченія. „Но поставьте только судью въ состояніе бѣдности... Съ какимъ презрѣніемъ отнесется объ немъ тогда богачъ, который въ это время, отправляясь въ судъ, обрызжетъ его съ ногъ до головы грязью копытъ своихъ рысаковъ; какъ холодно поклонится ему въ это время бѣднякъ, пробирающійся тоже въ судъ... Уже одно это несовершенство человѣческой природы и общественнаго нашего строя, во имя самого правосудія требуетъ, чтобы судья въ матеріальномъ отношеніи былъ поставленъ наивозможно независимѣе, наивозможно выше толпы. дабы онъ сохранилъ среди нея мѣсто почетное“ *). Наконецъ необходимо имѣть въ виду, что *ровность характера и полное спокойствіе духа, столь необходимыя судьѣ, возможны только тогда, когда онъ матеріально обезпеченъ. Чтобы житейскія дрязги и мелочи, опошляющія жизнь и такъ портящія характеръ даже людей интеллигентныхъ, не оказали своего губительнаго вліянія на судью, чтобы безпрестанныя заботы о сведеніи концовъ съ концами, постоянный страхъ дефицита, постоянное гнетущее чувство приниженности не развили въ немъ чрезмѣрной нервности, раздражительности, необходимо поставить судью въ надлежащую матеріальную обстановку.* И это тѣмъ болѣе необходимо, что иначе онъ неизбѣжно будетъ относиться не съ должнымъ вниманіемъ и интересомъ къ своему дѣлу. Когда человѣкъ всецѣло поглощенъ заботами о сведеніи концовъ съ концами, когда онъ знаетъ, что малѣйшій непредвидѣнный случай самымъ печальнымъ образомъ отразится на его бюджетѣ, когда онъ занятъ различными комбинаціями относительно пополненія этого бюджета, нельзя требовать отъ него такой силы духа, чтобы все это не отразилось на отношеніи его къ дѣлу и притомъ не отразилось весьма нежелательнымъ образомъ. Бо̀льшая или меньшая степень нежелательности указанныхъ послѣдствій находится въ связи съ индивидуальными особенностямъ даннаго судьи и со степенью его необезпеченности, но практика знаетъ нерѣдкіе случаи, когда семейный судья, обремененный заботами о сведеніи концовъ съ концами, совершенно утрачивалъ способность къ спокойному, ровному отношенію къ тяжущимся, утрачивалъ способность внимательно и сосредоточенно разсматривать дѣла. Мнѣ лично пришлось выслу-

*) М. А Филиппов Судебная реформа въ Россіи. 1871. I, 306.

шать въ Парижѣ горькую исповѣдь однаго судьи, въ яркихъ краскахъ иллюстрирующую весь ужасъ нищенскаго существованія и весь вредъ его для дѣла правосудія, а за пятнадцати—лѣтнюю судебную практику въ разныхъ мѣстностяхъ Россіи у меня собрана масса примѣровъ, доказывающихъ, что у насъ сплошь и рядомъ дѣло обстоитъ еще хуже.

Давно уже въ наукѣ сдѣлалось азбучной истиной положеніе, что дешевый судъ—синонимъ плохаго суда, и К. Малышевъ совершенно правъ, говоря, что „этотъ матеріальный пунктъ, составляетъ именно матеріальную основу, на которой вообще говоря только и можетъ быть возведено прочное зданіе правосудія“ *).

Итакъ, судья долженъ получать вполнѣ хорошее содержаніе, которое давало бы ему возможность не только существовать безбѣдно, но и жить съ комфортомъ, быть совершенно спокойнымъ относительно участи семьи на случай смерти и своей участи на случай болѣзни и выхода въ отставку **).

Многіе требуютъ періодическихъ прибавокъ къ содержанію по мѣрѣ увеличенія времени службы. Нельзя не признать цѣлесообразности этого требованія. Періодическія прибавки служатъ могучимъ средствомъ заинтересовать судью въ сохраненіи своей должности, служатъ прекрасной компенсаціей отсутствія повышеній по службѣ, наконецъ соотвѣтствуютъ жизненнымъ условіямъ. Опытъ показываетъ, что съ годами расходы у семейнаго человѣка увеличиваются и прежняго содержанія, которое съ избыткомъ покрывало его нужды, становится недостаточно для того, чтобы, напр., дать надлежащее воспитаніе дѣтямъ.

Въ заключеніе разсмотрѣнія этихъ матеріальныхъ условій необходимо упомянуть о пенсіяхъ судей. Судейская работа, требующая такого напряженія силъ, такой траты нервовъ, сравнительно скоро оказываетъ разрушительный эффектъ на организмъ человѣка и поэтому (въ особенности если принять во вниманіе общія условія современной жизни) установленіе длинныхъ сроковъ для

---

*) l c., 101—102.—„Достаточное содержаніе судьи.. оказывается требованіемъ первостепенной важности для прочнаго строя юстиціи; нигдѣ бережливость въ государственной экономіи не можетъ считаться менѣе умѣстной, какъ имѣнно здѣсь“. Іеринъ. „Цѣль въ правѣ“ 295.

**) Не надо забывать, что установленіе хорошаго содержанія даетъ возможность привлечь на судейскія мѣста лучшія юридическія силы страны.

выслуги пенсіи представляется крайне нежелательнымъ *). Само собою разумѣется, что размѣръ пенсіи долженъ соотвѣтствовать размѣру содержанія· заставить стараго человѣка, привыкшаго къ комфортабельной жизни, сразу сократиться и подвергаться лишеніямъ, это значитъ совершить по отношенію къ нему величайшую несправедливость, недостойную государства.

Въ тѣсной связи съ разсмотрѣннымъ матеріальнымъ вопросомъ находится вопросъ о внѣшнемъ служебномъ положеніи судей. Это положеніе должно соотвѣтствовать внутренней важности судейскихъ функцій и значенію судебной власти.

Очевидно, что чѣмъ выше и почетнѣе поставленъ судья въ ряду всѣхъ остальныхъ должностныхъ лицъ, тѣмъ независимѣе онъ будетъ, тѣмъ большимъ авторитетомъ онъ будетъ пользоваться какъ среди народа, такъ и среди всѣхъ соприкасающихся съ нимъ по службѣ чиновниковъ, наконецъ, тѣмъ меньше онъ будетъ ощущать желанія искать перемѣны своего положенія. Въ государствахъ, гдѣ еще сохранились чины, должность судьи необходимо поставить въ очень высокомъ классѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ производство въ чины къ судьямъ примѣняться не должно.

Но разсмотрѣнныхъ гарантій судейской независимости и авторитетности еще недостаточно. Нельзя забывать, что служба судьи ставитъ его въ такое положеніе по отношенію къ населенію, въ какомъ не можетъ оказаться ни одно должностное лицо. Ни одно должностное лицо не можетъ окончательно и властно разрѣшать такихъ животрепещущихъ, столь возбуждающихъ страсти вопросовъ, какъ вопросы о примѣненіи наказанія къ гражданину, какъ вопросы объ имуществѣ, свободѣ, чести, здоровьи и даже жизни гражданина. Вполнѣ естественно, что рѣдкій исходъ процесса можетъ совершенно удовлетворить обѣ стороны. Всегда одна изъ нихъ будетъ недовольна рѣшеніемъ, причемъ степень этого недовольства будетъ прямо пропорціональна субъективной важности интересовъ недовольнаго и степени возбудимости его темперамента. Прибавимъ къ этому массу поводовъ для возбужденія недовольства въ прикосновенныхъ къ дѣламъ лицамъ

*) Существующей напр въ Россіи срокъ—35 л. является чудовищно длиннымъ, въ особенности если сравнить его съ англійскимъ 15-лѣтнимъ срокомъ.

(напр. оштрафованіе или приводъ свидѣтелей, экспертовъ), и мы поймемъ, что рѣдкій судья можетъ похвалиться, что не имѣетъ среди населенія враговъ. А такъ какъ вслѣдствіе недостатковъ человѣческой природы эти враги могутъ проявлять свою вражду въ весьма некультурныхъ формахъ и такъ какъ такое проявленіе можетъ вредно отозваться на престижѣ суда, то является необходимость оградить судей отъ проявленія мести недовольныхъ ими лицъ. Усиленная уголовная отвѣтственность за оскорбленіе судьи по поводу исполненія имъ своихъ обязанностей (и въ особенности во время засѣданія) является такимъ образомъ и цѣлесообразной, и справедливой. Вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо предоставить суду право немедленно примѣнять репрессивныя мѣры по отношенію къ лицамъ, оказывающимъ явное неуваженіе къ суду во время засѣданій или производящихъ безпорядки: важно немедленное парализованіе въ глазахъ публики вреднаго эффекта подобныхъ явленій; одно объявленіе, что виновный будетъ привлеченъ къ отвѣтственности и современемъ быть можетъ подвергнется какому-то неопредѣленному наказанію, легко можетъ оставить впечатлѣніе безсилія суда. Наконецъ необходимо гарантировать судью отъ предъявленія къ нему неосновательныхъ исковъ объ убыткахъ со стороны недовольныхъ его дѣйствіями лицъ. Изъ того, что судья сдѣлалъ ошибку въ примѣненіи закона, отнюдь не слѣдуетъ, что онъ обязанъ возмѣстить убытки заинтересованной сторонѣ. Иначе всякое отмѣненное высшей инстанціей рѣшеніе давало бы основаніе предъявить къ судьѣ искъ объ убыткахъ.

Только въ случаѣ явно недобросовѣстныхъ или грубо небрежныхъ дѣйствій судьи можетъ возникать право для заинтересованной стороны требовать возмѣщенія убытковъ. Вотъ почему порядокъ предъявленія исковъ къ судьямъ долженъ быть обставленъ солидными гарантіями. Обыкновенно сначала претензія частнаго лица разсматривается высоко—поставленнымъ судебнымъ мѣстомъ, которое разрѣшаетъ предъявить искъ, или устраняетъ ходатайство. Въ первомъ случаѣ дѣло разсматривается общимъ порядкомъ, причемъ самый фактъ разрѣшенія предъявленія иска не можетъ оказать никакого вліянія на исходъ дѣла.

Еще два слова о нѣкоторыхъ внѣшнихъ условіяхъ судейской службы. Первымъ и очень важнымъ изъ этихъ условій является необходимость предоставленія судьѣ ежегодно пользоваться про-

должительнымъ отдыхомъ отъ занятій (вакаціонное время). *Судейская работа требуетъ постояннаго вниманія, самаго тщательнаго изученія всѣхъ индивидуальностей каждаго дѣла, свѣжести мысли и силъ.* А какъ притупляется вниманіе, какъ ослабляется мысль при долговременной судейской работѣ, какъ вредно отражается это на качествѣ работы, а съ другой стороны, какъ возстановляются силы и какую свѣжесть, обновленіе и энергію къ работѣ чувствуетъ человѣкъ послѣ напр., двухмѣсячнаго отдыха—знаетъ каждый практикъ. Необходимость вакацій является такимъ образомъ внѣ всякаго сомнѣнія; онѣ должны быть установлены въ интересахъ народа.

Одною изъ важныхъ мелочей является вопросъ о форменной одеждѣ судей. Справедливо замѣчаетъ Брайсъ *), что внѣшность суда имѣетъ не маловажное значеніе, такъ какъ она вліяетъ на населеніе и даже на самого судью. Вотъ почему помѣщеніе суда, обстановка, внѣшніе атрибуты власти и т. п. должны соотвѣтствовать величію идеи суда, а не умалять ее въ глазахъ населенія. Затрата государствомъ денегъ на этотъ предметъ съ избыткомъ окупится благотворнымъ вліяніемъ результатовъ этой затраты. Костюмъ судей во время засѣданій долженъ наглядно показывать всѣмъ и даже самому судьѣ, что въ это время судья пересталъ быть частнымъ человѣкомъ, а занятъ тѣмъ священнодѣйствіемъ, которое называется отправленіемъ правосудія. А такъ какъ судья не есть чиновникъ, то оффиціальный костюмъ его не долженъ быть похожимъ на обычные чиновничьи мундиры Лучше всего соотвѣтствуютъ своему назначенію судейскія мантіи, употребляемыя почти во всѣхъ западно-европейскихъ государствахъ. И уже во всякомъ случаѣ представляется грубою ошибкой устанавливать для судей форменную одежду, которую они могли бы носить и внѣ засѣданій: этимъ совершенно ясно подчеркивается стремленіе превратить служителей правосудія въ чиновниковъ.

Изложеніе внѣшнихъ условій судейской службы было бы неполнымъ, если бы я не остановился на чрезвычайно важномъ условіи несовмѣстимости этой службы съ дру-

*) Брайсъ. l. c., III, 300—301.

гими родами службы государственной и съ нѣкоторыми занятіями. Это условіе вызывается необходимостью укрѣпить независимость судьи, его авторитетъ и улучшить качество его работы *)

Очевидно, что независимость судьи будетъ сильно страдать, если одновременно онъ будетъ подчиненъ по другой службѣ начальнику, какъ и всякій чиновникъ; очевидно, что будучи принужденъ посвящать много времени на исполненіе обязанностей по другой службѣ, онъ не можетъ сохранить всю свѣжесть силъ для основательнаго разсмотрѣнія судебныхъ дѣлъ; очевидно, наконецъ, что авторитетъ судьи можетъ свестись къ нулю, если напр. въ лицѣ судьи одновременно будетъ и административный чиновникъ съ полицейскими функціями, принужденный постоянно сталкиваться съ населеніемъ, или если судья одновременно будетъ заниматься винной торговлей.

Что касается несовмѣстимости судейской и административной службы, то эта несовмѣстимость вытекаетъ изъ самой природы вещей, изъ существа судебной власти. „Какъ различны эти двѣ власти, доказываетъ уже то обыкновенное явленіе, что отличные государственные люди или правительственные чиновники рѣдко бываютъ хорошими судьями и наоборотъ, лучшіе судьи рѣдко бываютъ въ тоже время хорошими чиновниками **). И это совершенно понятно: характеры дѣятельности судьи и чиновника столь различны, что требуютъ и различныхъ пріемовъ въ работѣ, различнаго склада ума, различныхъ способностей и склонностей. „Судья дѣйствуетъ по закону, администраторъ по усмотрѣнію; судья, какъ безпристрастный третій, долженъ быть независимъ отъ всякихъ постороннихъ вліяній и отъ общественныхъ отношеній; администраторъ погруженъ именно въ эти отношенія и является зависимымъ колесомъ простирающейся на все государство бюрократической машины. Какъ скоро эти двѣ власти соединяются, такъ или администраторъ становится судьею, и

*) Тройкія основанія начала несовмѣстимости видитъ и проф Фойницкій (I с., I, 253 и слѣд.), но приводимыя имъ основанія въ сущности сводятся къ двумъ: огражденію независимости и улучшенію качества работы. Въ самомъ дѣлѣ первое приводимое имъ основаніе· желаніе обезпечить надлежащее отправленіе каждой должности а второе—необходимость, чтобы судья положилъ на свое дѣло всю энергію, всѣ свои силы, не отвлекаясь посторонними занятіями,—сливаются въ одно.

**) Блюнчли. Общее государственное право 1865, стр 389

тогда воцаряется судебный произволъ, или же судья вмѣшивается въ администрацію, и тогда послѣдняя получаетъ несвойственный ей судебный характеръ" *).

Хуже всего, если соединеніе судьи и администратора является въ такомъ видѣ, что администраторъ облеченъ исполнительною и распорядительною властью по отношенію къ населенію и одновременно судейскими функціями въ широкихъ размѣрахъ. Тогда открывается обширное поле для проявленія ничѣмъ не сдерживаемаго произвола со всѣми печальными послѣдствіями для правопорядка и для воспитанія чувства законности въ населеніи **).

Но есть одна должность, противъ соединенія съ которой судейской должности нельзя выставить принципіальныхъ возраженій, а именно—должность профессора юридическихъ наукъ. Профессоръ, подобно судьѣ – не чиновникъ ***), и кромѣ того самое глубокое научное знаніе права можетъ принести только пользу судьѣ Наконецъ, опытъ показалъ, что многіе выдающіеся ученые юристы занимали съ честью судейскія должности.

---

*) Чичеринъ I, 323—Ср Миллъ Система логики II, 497—498, Иерингъ. Цѣль въ правѣ, 282.—„Уже эта внутренняя разнородность судебной и административной функціи приводитъ къ необходимости ихъ внѣшняго обособленія Для надлежащаго выполненія такихъ разнородныхъ функцій потребны слишкомъ различныя качества, чтобы можно было съ удобствомъ соединить эти функціи въ рукахъ однихъ и тѣхъ же учрежденій. Отправленіе правосудія требуетъ безпристрастія, обдуманности, спокойствія; административная дѣятельность—энергіи, быстроты, подвижности. Для судьи особенно важно знаніе законодательства, для администратора—техническихъ правилъ достиженія данной цѣли. Въ судьяхъ выше всего цѣнится способность не поддаваться увлеченіямъ, не отступать отъ проведенія общихъ началъ права подъ давленіемъ условій практическаго удобства. въ администраторѣ важнѣе всего именно отзывчивость къ измѣнчивымъ запросамъ практической жизни". Н. Коркуновъ. Русск. госуд. право. II, 207.

**) По поводу отправленія англійскими мировыми судьями (т. е. богатыми, высокообразованными, совершенно независимыми мѣстными землевладѣльцами) нѣкоторыхъ административныхъ функцій слѣдуетъ замѣтить, что вредныя стороны такого совмѣщенія въ значительной степени парализуются помимо указанныхъ качествъ этихъ судей и историческихъ особенностей Англіи—чисто судебнымъ характеромъ дѣятельности англійской администраціи, отличительными чертами англійскаго населенія съ его столь высоко развитымъ чувствомъ законности, широкою гласностью въ связи съ политической свободой, надежнымъ контролемъ суда и общественнаго мнѣнія. Наконецъ, нельзя забывать, что послѣднія законодательныя реформы значительно ограничиваютъ сферу административной дѣятельности мировыхъ судей. Ср. М. Вотье. Мѣстное управленіе Англіи. 1896, въ особен. стр 35—83.

***) Превращеніе профессоровъ въ чиновниковъ и подчиненіе университетовъ бюрократическому надзору—грозные симптомы, свидѣтельствующіе о близкой смерти науки въ странѣ.

Все это аргументы въ высшей степени сильные и убѣдительные. Но если мы вспомнимъ, какую массу труда требуетъ добросовѣстное исполненіе обязанностей профессора (такъ же какъ и судьи), сколько свѣжести духовныхъ силъ необходимо хотя бы для творческой работы въ наукѣ, для плодотворнаго чтенія лекціи, сколько свободнаго времени нужно профессору для того, чтобы слѣдить за текущей литературой, то мы поймемъ, что соединеніе обязанностей профессора и судьи неминуемо вредно отзовется на какой-нибудь изъ этихъ обязанностей. Другое дѣло приватъ—доцентура Здѣсь нѣтъ всей полноты сложныхъ обязанностей профессора; приватъ-доцентъ свободенъ въ выборѣ курса и опредѣленіи его размѣровъ и, конечно, посвященіе досуга отъ судейской работы научнымъ трудамъ можетъ вліять лишь благотворно и на эти труды, внося въ нихъ жизненную струю, и на судебную практику, внося въ нее свѣтъ науки. Что же касается ссылки на примѣры соединенія должностей судьи и профессора, то они потеряютъ свою убѣдительность, если имѣть въ виду, какъ ужасно разрушаетъ силы человѣка такое соединеніе при одинаково добросовѣстномъ отношеніи къ обѣимъ должностямъ. Кромѣ того нельзя не замѣтить, что многіе профессоры при отсутстіи совмѣщенія могли бы сдѣлать гораздо больше для науки: извѣстно не мало примѣровъ, какъ вредно отражается совмѣщеніе на научной работѣ даже выдающихся людей.

Судейская должность не можетъ быть совмѣстима не только со службой по какому-нибудь другому вѣдомству, но и съ другими родами судебной дѣятельности, напр. секретаря, прокурора. Судья только тогда можетъ плодотворно работать, когда онъ занятъ исключительно чисто-судейской работой, т. е. разрѣшеніемъ судебнаго спора, изученіемъ представленныхъ сторонами доказательствъ. На этомъ основаніи слѣдуетъ рѣшительно отвергнуть существующее въ нѣкоторыхъ законодательствахъ соединеніе обязанностей судьи и судебнаго слѣдователя. Говорить, что слѣдователь есть тотъ же судья, можно только по недоразумѣнію: вѣдь судебный слѣдователь самъ собираетъ доказательства, а это представляетъ на столько рѣзкое отличіе отъ чисто—судейской функціи, требуетъ столь различныхъ пріемовъ работы, что представляется самое серіозное основаніе опасаться, что эти пріемы судья перенесетъ и въ разбирательство дѣлъ по существу, т. е. превратится въ судью-инквизитора, а

слѣдовательно потеряетъ безпристрастіе. Нельзя съ достаточной энергіей подчеркнуть необходимость для законодателя стараться поддерживать безусловную чистоту судейскихъ функцій. Соображенія экономіи не могутъ играть здѣсь никакой роли, т. к. расходы на правильную постановку такого дѣла, какъ правосудіе, всегда и вездѣ вознаграждаются сторицей. Глубоко правъ проф. Тальбергъ, говоря: „предъ задачей правосудія—доставить всякому защиту его правъ, должны преклониться, отступить на второй планъ всѣ иныя преходящія цѣли государства“ *).

Наконецъ, что касается частныхъ занятій, то далеко не каждое можетъ быть совмѣстимо съ должностью судьи. И если ничего нельзя имѣть противъ занятій литературой, противъ активнаго участія судьи въ научныхъ, художественныхъ, музыкальныхъ обществахъ, то далеко нельзя того же сказать о занятіяхъ, напр., торговлей, промышленностью, объ участіи судьи въ обществахъ съ узко-національстическими и шовинистическими задачами, обществахъ, преслѣдующихъ т. наз. „истинно патріотическія“ цѣли. Активное участіе въ проявленіяхъ духовной жизни страны свидѣтельствуетъ лишь о полнотѣ духовной жизни самого судьи (т. е. о явленіи въ высшей степени желательномъ) и не можетъ вовлечь его въ рискованныя операціи, сопряженныя съ соблазномъ стремленія къ наживѣ, не можетъ навлечь на него подозрѣнія въ пристрастіи, въ тенденціозности, не можетъ поставить его въ зависимость отъ представителей тѣхъ или другихъ экономическихъ интересовъ.

Всѣ изложенныя до сихъ поръ условія судейской службы лучше всего представлены въ Англіи, этой классической странѣ государственныхъ учрежденій, у которой Европѣ, а въ особенности Россіи, еще долго нужно будетъ очень многому учиться, въ странѣ, учрежденія которой, по справедливому замѣчанію Спасовича **)—„подобно всѣмъ великимъ созданіямъ человѣческаго творчества съ одной стороны весьма національны, съ другой—способны къ безконечному, космополитическому распространенію“.

*) Русск угол. судопр, I, 11.

**) Предисловіе къ переводу „Уголовнаго права Англіи“ Стивена, стр VI.

Замѣчу кстати, что часто употребляемый adage о невозможности перенесенія учрежденій одной страны въ другую, заключаетъ въ себѣ слишкомъ очевидное преувеличеніе и много недоразумѣній. Нѣтъ ничего болѣе противорѣчащаго духовной природѣ человѣка и общества, понятію объ идеалахъ, какъ о руководящей силѣ общественной жизни, наконецъ, и историческому опыту всѣхъ народовъ, какъ утвержденіе, что напр. государственныя учрежденія Англіи пригодны только для Англіи. „Развитіе каждаго народа, которое сперва исключительно опредѣляется природою и обстоятельствами этого народа, постепенно подчиняется вліянію другихъ народовъ земли и дѣйствующихъ на нихъ обстоятельствъ которое усиливается по мѣрѣ успѣховъ цивилизаціи *), а „съ измѣненіемъ общественныхъ идеаловъ можетъ измѣниться и самая форма общественнаго развитія **)".

Нигдѣ, за исключеніемъ развѣ судей высшаго федеральнаго суда Америки, судьи не пользуются такимъ авторитетомъ и уваженіемъ, какъ въ Англіи, и вмѣстѣ съ тѣмъ нигдѣ гражданинъ такъ не увѣренъ въ неприкосновенности своихъ правъ и прочности правопорядка, какъ въ Англіи ***).

---

*) Миллъ. Система логики. 1878. II, 468. Ср. Дрэперъ. Исторія умств. развитія Европы. 1895. I, 13.

**) Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права. 1894, стр. 209. Ср. убѣдительное и блестящее доказательство этой мысли у Иеринга Духъ римскаго права" 1875 I 4 и слѣд, а также у Чичерина. Собственность и государство. II 341—344. „И если исторически развившіяся учрежденія, игравшія первенствующую роль въ исторіи народа, имѣютъ право на глубокое уваженіе, если существованіе ихъ для народа составляетъ драгоцѣнный кладъ, отъ котораго онъ не можетъ отказаться, не отрекаясь отъ части самого себя, то изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, что эти учрежденія не могутъ видоизмѣняться и приспособляться къ новымъ жизненнымъ потребностямъ... Руководить обществомъ можетъ только правительство, которое умѣетъ примѣняться къ измѣняющимся условіямъ жизни" (стр. 343)

***) Лучшимъ источникомъ свѣдѣній о судебныхъ порядкахъ Англіи служитъ капитальный трудъ Franqueville: Le système judiciaire de la Grande Bretagne. 1893 (два тома). Авторъ—образованный юристъ и государственный дѣятель Франціи—написалъ цѣлый рядъ цѣнныхъ работъ о государственныхъ учрежденіяхъ Англіи и около тридцати лѣтъ изучалъ разрабатываемые имъ въ названной книгѣ вопросы, причемъ всѣ свѣдѣнія собиралъ на мѣстѣ, посредствомъ личнаго изученія англійскихъ судовъ, проводя время въ засѣданіяхъ, въ разговорахъ съ судьями, адвокатами, присутствуя при подготовительныхъ дѣйствіяхъ судебной полиціи и т. д. Въ результатѣ получился огромный матеріалъ, образцово разработанный, и едва ли можно найти другую книгу, гдѣ англійская судебная жизнь была бы изображена лучше Свѣдѣнія, заключающіяся въ книгѣ Франкевилля, вполнѣ согласуются съ данными объ англійскихъ судебныхъ порядкахъ, сообщенными другими учеными. Ср. напр. Stephen. A history of the criminal law

Полнѣе всего принципъ независимости судей выраженъ въ Англіи въ отношеніи т. наз. вестминстерскихъ судей. Это—члены высшаго суда Англіи *), раздѣляющагося на нѣсколько отдѣленій и соединяющаго въ своихъ рукахъ всю полноту юстиціи (уголовной, гражданской и административной); члены одного изъ этихъ отдѣленій (т. наз. отдѣленіе королевской скамьи, отдѣленіе съ самой обширной компетенціей) разъѣзжаютъ по всей Англіи для предсѣдательствованія на судахъ присяжныхъ. Вестминстерскіе судьи назначаются короной и могутъ быть уволены ею не иначе, какъ по представленію обѣихъ палатъ парламента **), т. е. законодательнымъ актомъ. Содержаніе ихъ—до 50 тысячъ рублей въ годъ (кромѣ особыхъ денегъ на разъѣзды) выплачивается изъ т. н. консолидированнаго фонда, т. е, значитъ, онъ не составляетъ предмета ежегоднаго обсужденія парламента въ видѣ опредѣленной статьи бюджета. По истеченіи 15 лѣтъ судья имѣетъ право выйти въ отставку съ пенсіей въ 76 тысячъ франковъ въ годъ. Они не могутъ получать отъ правительства никакихъ наградъ (и, конечно, повышеній) и занимаютъ очень высокое положеніе въ общей іерархіи должностныхъ лицъ. Для характеристики этого положенія приведу случай изъ практики. Въ Англіи шерифъ (первое лицо графства, положеніе до нѣкоторой степени аналогичное съ нашимъ губернаторомъ) обязанъ принять членовъ высшаго суда, когда они пріѣзжаютъ на сессіи для предсѣдательствованія на судѣ присяжныхъ, и обязанъ присутствовать на ассизахъ. Шерифъ въ Винчестерѣ—Генри Тичборнъ 6 декабря 1892 г. былъ наказанъ штрафомъ почти въ 6000 рублей за то, что не получивъ разрѣ-

---

of England 1883 I; Его же A general view of the criminel law of England. 1863: Auckbourn Jurisdiction and practice of the supreme court of judicature. 1874; Foss The judges of Endland vol I—VIII; Mittermaier. Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren etc 1851, V. Smith. Du tribunal de police en Angleterre. 1863, Prins Etude comparative sur la procedure penale à Londres et en Belgique 1879; Guérin Etude sur la procedure criminelle en Angleterre et en Ecosse. 1890; Р. Гейнце Очеркъ англійскаго судоустройства въ связи съ судомъ присяжныхъ 1866, Glasson Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre etc vol I - VI.

*) Организація этого суда дала основаніе Г. Мэну („Древній законъ и обычай". 1884 стр. 144) сказать, что судебная система Англіи „представляетъ собою наиболѣе централизованную во всемъ мірѣ систему судебной администраціи". Ср. W. Wilson. L'état etc Traduction de J. Wilhelm. 1902. II, 92—95.

**) Ср. Blackstone's commentaries etc., 240.

шенія и не приславъ объясненія, не исполнилъ этой обязанности, т. е. не встрѣтилъ судей и не присутствовалъ на ассизахъ*).

Работа судей заключается въ ежедневномъ (кромѣ воскресеній) присутствованіи въ засѣданіяхъ отъ $10^1/_2$ до 4-хъ часовъ, причемъ за вычетомъ вакаціоннаго времени на каждаго судью въ годъ приходится около 200 засѣданій. Судьи не имѣютъ никакого отношенія къ подготовительной и исполнительной работѣ, а заняты исключительно чисто—судейской работой, т. к. для всякихъ другихъ работъ и для объясненій съ просителями существуетъ прекрасно организованная канцелярія, главныя должности которой занимаютъ образованные, опытные, прекрасно оплачиваемые (до 15 тысячъ рублей въ годъ) и высоко стоящіе въ служебной іерархіи юристы.

Для, того, чтобы понять всю огромную власть судей, достаточно обратить вниманіе на своеобразный англійскій институтъ contempt of court. Не только каждый, кто позволитъ себѣ произвести безпорядокъ въ засѣданіи, или не подчинится распоряженію суда во время засѣданія, но вообще каждый, кто напечатаетъ, или публично скажетъ что бы то ни было, показывающее по мнѣнію суда неуваженіе къ нему, наконецъ, каждый, кто не исполнитъ обращеннаго къ нему требованія суда, можетъ быть немедленно заключенъ въ тюрьму на неопредѣленное время (исторія знаетъ примѣры, когда это время опредѣлялось десятками лѣтъ, и только недавно въ парламентъ былъ внесенъ проектъ, ограничивающій срокъ заключенія нѣсколькими мѣсяцами); характерно, что король не имѣетъ права помилованія въ этихъ случаяхъ.

Всякое посягательно на личность судьи карается необычайно строго уголовнымъ закономъ. Такъ напр., убійство судьи считается государственнымъ преступленіемъ и наказывается смертью **).

Все это создаетъ для англійскихъ судей необычайно авторитетное и независимое положеніе, причемъ одновременно всѣми изслѣдователями Англіи засвидѣтельствовано глубокое уваженіе

---

*) М. Вотье. l. c. 38

**) Stephen. A digest of the criminal law. 1894 Article 60· Every one commits high treason who slays the chancellor, or the treasurer, or the king's justices of the one bench or the other, justices in eyre or justice of assize and all other justices assigned to hear and determine being in their places doing their offices. Ср. Article 61.

населенія къ судьямъ. Для иллюстраціи независимости англійскихъ судей приведу одинъ примѣръ. Лѣтъ 7—8 тому назадъ по поводу одного громкаго дѣла о выдачѣ преступника возникъ вопросъ, не обратится ли правительство (вслѣдствіе дипломатическаго воздѣйствія) къ полицейскому судьѣ въ Bow—Street съ просьбой поскорѣе назначитъ дѣло къ слушанію. „Англійскаго судью не просятъ ни о чемъ"—былъ отвѣтъ человѣка, хорошо знакомаго съ англійскими порядками*). А для иллюстраціи того, насколько прочно и высоко стоитъ въ Англіи великій принципъ равенства всѣхъ передъ судомъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ, на сколько высоко и авторитетно стоитъ судъ, достаточно однаго факта: наслѣдникъ престола (принцъ Уэльскій) является въ качествѣ свидѣтеля въ засѣданіе полицейскаго судьи, т. е. судьи, далеко не пользующагося такою властью и престижемъ, какъ вестминстерскіе судьи**). Для полноты картины слѣдуетъ имѣть въ виду, что всякое должностное лицо, какъ бы высоко оно ни стояло, отвѣчаетъ за незаконныя дѣйствія свои (не говоря уже объ общихъ преступленіяхъ) передъ обыкновенными судами. „У насъ, говоритъ Дайси, всякій чело-

*) Жур Мин. Юст. 1896. X. 168.

**) Впрочемъ, положеніе англійскаго полицейскаго судьи лучше положенія напр. предсѣдателя французскаго кассаціоннаго суда. Этотъ послѣдній получаетъ 28500 франковъ содержанія, между тѣмъ какъ лондонскіе полицейскіе судьи получаютъ по 15 тысячъ рублей (а главный секретарь полицейскаго судьи, назначаемый министромъ изъ опытныхъ юристовъ, получаетъ 6500 рублей). По поводу производства англійскими полицейскими судьями предварительныхъ слѣдствій, т. е. по поводу кажущагося совмѣщенія обязанностей судьи и слѣдователя необходимо замѣтить, что англійское предварительное слѣдствіе кромѣ названія почти не имѣетъ ничего общаго съ континентальнымъ. Въ Англіи судья не принимаетъ никакого участія въ собираніи доказательствъ. Его задача заключается въ томъ, чтобы въ открытомъ судебномъ засѣданіи въ общемъ состязательномъ порядкѣ провѣрить собранныя уже доказательства противъ обвиняемаго и рѣшить вопросъ о дальнѣйшемъ направленіи дѣла. Если въ инкриминируемыхъ фактахъ нѣтъ состава преступленія, то судья прекращаетъ дѣло и объявляетъ обвиняемаго отъ суда свободнымъ; точно также поступаетъ судья, если обвинитель не представитъ достаточныхъ доказательствъ для того, чтобы считать виновность обвиняемаго вѣроятной. Если дѣяніе составляетъ одинъ изъ подсудныхъ полицейскому судьѣ проступковъ, судья самъ постановляетъ приговоръ по существу; и, наконецъ, если представлены достаточныя доказательства по обвиненію въ преступленіи, подсудномъ ассизному суду, судья передаетъ дѣло по подсудности. Такимъ образомъ англійскій судья, производящій предварительное слѣдствіе, ни на волосъ не выступаетъ изъ чисто-судейской роли безпристрастнаго рѣшителя спора между двумя сторонами и и представляетъ во всѣхъ отношеніяхъ полную противоположность напр. нашему судебному слѣдователю.

вѣкъ, каково бы ни было его званіе или положеніе, подчиняется обыкновеннымъ законамъ и подлежитъ юрисдикціи обыкновенныхъ судовъ. Въ Англіи идея равенства передъ закономъ или всеобщее подчиненіе всѣхъ классовъ одному закону, примѣняемому обыкновенными судами, проводится до послѣднихъ предѣловъ. У насъ всякое должностное лицо, начиная отъ перваго министра и кончая послѣднимъ констэблемъ или сборщикомъ податей, подлежитъ такой же отвѣтственности за поступокъ, не оправдываемый закономъ. Въ судебныхъ отчетахъ есть масса дѣлъ о чиновникахъ, которые привлекались къ суду и подвергались къ качествѣ должностныхъ лицъ наказаніямъ или уплатѣ издержекъ за поступки, совершенные при исполненіи служебныхъ обязаностей, но превышающіе ихъ законную власть" *). Поэтому, если бы министръ внутреннихъ дѣлъ арестовалъ незаконно кого-нибудь, то административный характеръ ареста, политическія соображенія, положеніе министра, не оправдали бы его передъ судомъ, также какъ и полицейскихъ, исполнявшихъ приказъ министра **).

*) l. c, 145
**) ibid., 212

ГЛАВА III.

Перейдемъ теперь къ вопросу о надзорѣ за дѣятельностью судей.

Изъ принципа государственности суда слѣдуетъ, какъ мы видѣли раньше, что судебная власть, какъ власть подзаконная, подлежитъ контролю верховной власти. Очевидно, что верховная власть должна имѣть возможность слѣдить за тѣмъ, чтобы судьи не уклонялись отъ своей роли—быть охранителями изданныхъ верховною властью законовъ, и чтобы дѣятельность судовъ не клонилась бы къ разрушенію государства. Вмѣстѣ съ тѣмъ верховная власть должна имѣть возможность слѣдить за тѣмъ, чтобы судьи стояли на высотѣ своей задачи.

Несмѣняемость и независимость судей отъ правительства вовсе не означаетъ неотвѣтственности ихъ. Само собою разумѣется, что за общія преступленія судья подлежитъ отвѣтственности на общемъ основаніи, какъ и всякій гражданинъ. Точно также за нарушеніе частныхъ обязательствъ къ судьѣ можетъ быть предъявленъ гражданскій искъ также на общемъ основаніи.

Здѣсь можетъ идти рѣчь лишь объ отвѣтственности судей за нарушеніе своего служебнаго долга. Отвѣтственность эта можетъ быть двоякаго рода: уголовная и дисциплинарная. Само собою разумѣется, что если отъ нарушенія служебнаго долга частное лицо потерпитъ вредъ или убытки, то оно имѣетъ право требовать возмѣщенія ихъ отъ судьи. Но эта—гражданская—отвѣтственность судей имѣетъ дополнительный характеръ и обусловлена вышеупомянутой уголовной и дисциплинарной отвѣтственностью.

Что касается указанныхъ двухъ родовъ отвѣтственности, то вопросъ объ уголовной отвѣтственности судей не представ-

ляетъ особыхъ затрудненій. Если судья взялъ взятку за рѣшеніе дѣла въ опредѣленномъ смыслѣ, если онъ совершилъ подлогъ въ судебныхъ актахъ и т. п., то очевидно, что привлеченіе его къ отвѣтственности совершается на основаніи общихъ правилъ о привлеченіи къ уголовной отвѣтственности всѣхъ вообще должностныхъ лицъ за преступленія по службѣ. Дѣлать для судей изъятія изъ общаго порядка нѣтъ никакихъ основаній. Впрочемъ, одно изъятіе должно быть установлено, какъ privilegium odiosum: цѣлый рядъ преступленій долженъ быть обложенъ болѣе строгими наказаніями, если эти преступленія совершены судьей. Кому много дано, съ того много взыщется.

Иначе ставится вопросъ о дисциплинарной отвѣтственности судей. Здѣсь сталкиваются два принципа: съ одной стороны указанная выше необходимость надзора за дѣятельностью судей, а съ другой—принципъ независимости судьи, принципъ рѣзко отличающій судью отъ чиновника и не допускающій ни іерархическаго подчиненія судьи, ни чьего бы то ни было вмѣшательства въ сферу судейскаго убѣжденія.

При разрѣшеніи вопроса о примиреніи этихъ принциповъ необходимо принять за руководящее правило, что въ случаѣ коллизіи всякое сомнѣніе должно толковаться въ пользу втораго принципа. Гораздо лучше примириться съ нѣкоторыми неудобными сторонами „неуязвимости“ судей, чѣмъ стать на скользкій путь, ведущій къ поглощенію понятія судьи понятіемъ чиновника

Ничего нѣтъ легче опутать судью сѣтью циркулярныхъ распоряженій, регламентировать каждый шагъ его дѣятельности и установить самый строгій и мелочной контроль надъ этою дѣятельностью. Но не надо забывать, что такой порядокъ неизбѣжно ведетъ къ бумажной дѣятельности, къ господству формалистики, къ отсутствію столь необходимой для судьи личной иниціативы и энергіи. Наконецъ, не надо забывать, что такой порядокъ неизбѣжно долженъ развить и систему единоличнаго надзора за судьями, а значитъ рано или поздно привести къ тому, что если не юридически, то фактически судьи будутъ подчинены начальникамъ, могущимъ проявлять надъ ними свою власть въ ущербъ самостоятельности и достоинству судей.

Анализируя вопросъ о дисциплинарной отвѣтственности судей, мы замѣчаемъ, что онъ раздѣляется на два главные вопроса: 1) вопросъ объ органахъ надзора и 2) вопросъ объ объемѣ надзора.

Кому должна принадлежать власть привлекать судей къ дисциплинарной отвѣтственности?

При разрѣшеніи этого вопроса необходимо имѣть въ виду коренное различіе между судьей, не могущимъ имѣть надъ собою никакого іерархическаго начальника, и чиновникомъ, немысли-мымъ безъ такого подчиненія. Отсюда вытекаетъ требованіе: свести единоличный надзоръ къ возможному минимуму, причемъ этотъ минимумъ поставить въ такія условія, которыя дѣлали бы невозможнымъ превращеніе надзирающаго лица въ начальника надъ судьями.

Надзирающими лицами могутъ быть: а) предсѣдатель, b) прокуроры судебныхъ мѣстъ и с) министръ юстиціи.

а) Что касается предсѣдателей, то очевидно, что на обязанности ихъ должно лежать наблюденіе за внѣшнимъ порядкомъ въ судѣ во всѣхъ отношеніяхъ и за правильнымъ ходомъ всего дѣла. По отношенію къ чинамъ канцеляріи, судебнымъ приставамъ и т. п. у предсѣдателей должна быть и дисциплинарная власть, такъ какъ по отношенію къ этимъ лицамъ предсѣдатель является начальникомъ и долженъ быть вооруженъ средствами для немедленнаго возстановленія нарушеннаго порядка и поддержанія своего престижа.

Съ діаметрально противоположнымъ характеромъ является предсѣдатель по отношенію къ судьямъ. Здѣсь онъ лишь primus inter pares. Единственно умѣстной формой личнаго воздѣйствія могутъ быть только неоффиціальныя товарищескія напоминанія и предостереженія, а единственной формой оффиціальнаго воздѣйствія—предложеніе дѣйствій судьи на обсужденіе общаго собранія членовъ суда, отъ котораго и можетъ зависить возбужденіе дисциплинарнаго преслѣдованія противъ судьи. И лишь въ случаѣ разногласія предсѣдателя и большинства членовъ суда можетъ возникнуть вопросъ о цѣлесообразности предоставленія предсѣдателю права оффиціально сообщить объ этомъ разногласіи министру.

Думается мнѣ, что этотъ послѣдній вопросъ можетъ быть рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ: при существованіи всѣхъ защищаемыхъ мною гарантій,—достоинство и самостоятельность судьи нисколько не пострадаютъ отъ такого рода сообщеній. А между тѣмъ могутъ быть случаи, когда нарушеніе судьею служебнаго долга требуетъ извѣстнаго воздѣйствія не смотря на мнѣніе большинства его ближайшихъ товарищей.

Для того, чтобы еще болѣе гарантировать невозможность превращенія предсѣдателя въ начальника надъ судьями и лишить надзоръ предсѣдателя всѣхъ его темныхъ сторонъ, необходимо 1) чтобы предсѣдатели избирались на короткіе сроки самими членами данной судебной коллегіи, 2) чтобы предсѣдатели не имѣли права аттестацій по отношенію къ судьямъ (это—логическое слѣдствіе принципа ненагражденности судей и невозможности для нихъ никакихъ повышеній) и 3) чтобы предсѣдатели не имѣли никакихъ служебныхъ преимуществъ и отличій сравнительно съ судьями (кромѣ обусловливаемыхъ необходимостью). Только при такомъ порядкѣ предсѣдатель дѣйствительно будетъ primus inter pares и его надзоръ будетъ имѣть только хорошіе результаты. Такой порядокъ еще болѣе будетъ способствовать поднятію авторитета и независимости суда и его автономіи; наконецъ, такой порядокъ послужитъ къ укрѣпленію въ судьяхъ сознанія своего долга*)—къ выработкѣ традицій корпоративной чести и устранить опасность для самихъ предсѣдателей опьяненія властью.

b) Надзоръ со стороны прокуроровъ, если и можетъ имѣть мѣсто, то въ самыхъ скромныхъ формахъ: сообщенія по принадлежности о неправильныхъ дѣйствіяхъ. Всякое разширеніе власти прокуроровъ въ смыслѣ надзора за судьями необходимо признать очень опаснымъ симптомомъ, свидѣтельствующимъ о стремленіи усилить вліяніе судебной администраціи на судъ. Задачей прокуратуры должно быть преслѣдованіе и изобличеніе передъ судомъ преступленій, а также—быть представителемъ правительства при судахъ. Совершенно ложной является теорія, по которой прокуратура есть представитель и истолкователь закона на судѣ: судъ самъ есть первый и главный охранитель и

*) А. Принсъ („Преступность и репрессія". 1898. Стр. III) справедливо замѣчаетъ, что по мѣрѣ возрастанія авторитета чувство долга въ судьѣ увеличивается.

истолкователь закона; надзоръ прокуратуры въ этомъ отношеніи поставилъ бы судъ въ ложное положеніе. Поэтому ненормальнымъ является участіе прокуратуры въ распорядительныхъ засѣданіяхъ и общихъ собраніяхъ судовъ, дача „заключеній“ по возникающимъ въ процессѣ вопросамъ и т. п. И уже во всякомъ случаѣ весьма печально, если прокуратура можетъ оказывать вліяніе на назначеніе или увольненіе судей, если она сообщаетъ періодически аттестаціи о судьяхъ, можетъ сама предлагать судамъ на обсужденіе въ порядкѣ надзора дѣйствія судей и т. п. Поставленная въ надлежащія границы (по отношенію къ суду она: сторона и только сторона). прокуратура можетъ быть въ высшей степени полезной культурной силой; выйдя изъ этихъ границъ, прокуратура легко можетъ превратиться въ орудіе произвола и заслужить общую антипатію.

с) Министръ юстиціи есть съ одной стороны глава судебной администраціи, а съ другой—высшій начальникъ прокуратуры. И никоимъ образомъ онъ не является начальникомъ по отношенію къ судьямъ: это противорѣчило бы принципу, по которому судья не можетъ быть поставленъ въ отношенія личной зависимости*). Министръ юстиціи есть представитель правительства. Если бы сдѣлать его начальникомъ надъ судьями, то изъ такого положенія вытекала бы полная возможность для правительства вліять на составъ лицъ, которымъ ввѣряется судебная власть и направлять ихъ дѣятельность въ опредѣленномъ смыслѣ. А между тѣмъ судъ только тогда заслуживаетъ этого имени, когда онъ независимъ отъ правительства и свободенъ отъ всякихъ вліяній. Только тогда онъ въ своей дѣятельности можетъ руководствоваться однимъ лишь закономъ, а не временными теченіями политики.

Отсюда слѣдуетъ, что надзоръ министра юстиціи не можетъ принципіально отличаться отъ остальныхъ видовъ единоличнаго надзора. Но въ виду особаго положенія министра и въ виду необходимости считаться какъ съ этимъ положеніемъ, такъ и съ интересами правительства, представляется цѣлесообразнымъ нѣсколько расширить права министра юстиціи въ сферѣ надзора сравнительно съ правами предсѣдателей судебныхъ мѣстъ.

*) „Dans l'ordre judiciaire, il n'y a ni superieur ni inferieur, il faut donc effacer dans la loi qui l'organise et ces mots blessants et les dispositions qui y correspondent“. I Favre. Réforme judiciaire. 54.

Такое расширеніе могло бы выразиться слѣдующимъ образомъ: 1) предоставленіе министру права дѣлать судьямъ напоминанія и указанія, 2) предоставленіе министру права требовать объясненій отъ судей; 3) предоставленіе министру права требовать личной явки судей для объясненій и 4) предоставленіе министру права возбуждать дисциплинарное производство *).

Это расширеніе правъ министра юстиціи не можетъ угрожать независимости судей, т. к., повторяю, принципіально надзоръ министра не отличается отъ надзора предсѣдателя суда: министръ не имѣетъ права наложить на судью даже самаго легкаго дисциплинарнаго взысканія, хотя бы въ видѣ предостереженія „Напоминанія и указанія“ представляютъ собою лишь совѣты и выраженія личнаго мнѣнія министра и отличаются отъ упоминаемыхъ выше неоффиціальныхъ напоминаній предсѣдателя лишь свимъ оффиціальнымъ характеромъ. Фактъ требованія такимъ высокопоставленнымъ лицомъ, какъ министръ юстиціи, объясненій отъ судьи ни въ чемъ не можетъ умалить достоинства судьи. Необходимо лишь установить въ законѣ, чтобы форма такихъ требованій не носила бы характера начальническихъ предписаній. Вообще по отношенію къ судьямъ форма приказовъ, предписаній и т. п. совершенно неумѣстна. Точно также и личная явка для объясненій не можетъ принести никакого ущерба достоинству и интересамъ судьи: a) должны существовать гарантіи вполнѣ вѣжливаго и корректнаго отношенія къ судьѣ со стороны министерства, b) поѣздка не должна причинять судьѣ матеріальныхъ неудобствъ и всѣ расходы должны быть отнесены на счетъ казны, c) личныя объясненія гораздо лучше могутъ устранить всѣ недоразумѣнія и предотвратить возбужденіе дисциплинарнаго производства и d) явка судьи къ министру должна зависѣть отъ желанія судьи и не можетъ быть сдѣлана обязательной.—Наконецъ, право министра возбуждать дисциплинарное производство не можетъ быть опаснымъ для независимости судей потому, что рѣшеніе вопроса о виновности судьи зависитъ уже не отъ министра, а отъ коллегіальнаго судебнаго мѣста.

*) Предсѣдателямъ такого права, какъ мы видѣли, предоставлено быть не можетъ; имъ должно принадлежать только право почина; право возбужденія дисциплинарнаго производства зависитъ отъ коллегіи.

Такимъ образомъ единоличный надзоръ, поставленный въ указанныя границы, сводится въ концѣ концовъ къ возбужденію противъ судьи дисциплинарнаго производства и не имѣетъ самостоятельнаго характера. Основнымъ, нормальнымъ органомъ надзора является судебная коллегія: только она можетъ подвергать судей дисциплинарнымъ взысканіямъ, давать имъ указанія и разъясненія и отмѣнять несогласныя съ закономъ распоряженія.

Объединеніе всего надзора за дѣятельностью судовъ и судей и окончательная санкція всѣхъ принятыхъ въ порядкѣ надзора мѣръ должны сосредоточиваться въ рукахъ единаго для всего государства кассаціоннаго суда, который по своему положенію, организаціи и условіямъ дѣятельности долженъ обладать величайшею независимостью и авторитетомъ, служить высшимъ охранителемъ законности, достоинства судебной власти и интересовъ правосудія.

Единство кассаціоннаго суда, объединяющаго всю судебную дѣятельность государства, является столь важнымъ условіемъ успѣшнаго отправленія правосудія, что должно считаться однимъ изъ основныхъ принциповъ судоустройства. Такое единство съ одной стороны обезпечиваетъ доброкачественность, устойчивость и единство судебной практики, а съ другой—обезпечиваетъ независимость суда. Но, конечно, для того, чтобы кассаціонный судъ стоялъ на высотѣ своей задачи, надо создать надлежащія гарантіи въ организаціи этого чрезвычайно важнаго судилища. Эти гарантіи должны сдѣлать то, чтобы качества независимости, знанія, опыта, авторитетности и т. д., необходимыя для каждаго суда, достигали бы въ кассаціонномъ судѣ своего апогея. Члены кассаціоннаго суда должны быть поставлены внѣ всякаго, хотя бы только косвеннаго или отдаленнаго, вліянія со стороны правительства вообще и министра юстиціи въ частности. Выборы въ члены кассаціоннаго суда надо организовать такимъ образомъ, чтобы туда получили доступъ только лучшія юридическія силы страны, люди, обладающіе въ наивысшей степени всѣми качествами, требуемыми наукой отъ судьи. Кромѣ судебныхъ практиковъ въ члены кассаціоннаго суда необходимо привлекать и ученыхъ юристовъ: участіе ихъ отразится самымъ благотворнымъ образомъ на разработкѣ кассаціоннымъ судомъ вопросовъ права и придастъ кассаціоннымъ рѣшеніямъ большій авторитетъ. Для поднятія внутренней цѣн-

ности кассаціонныхъ рѣшеній необходимо поставить членовъ верховнаго судилища въ наиболѣе благопріятныя условія, необходимо устранить возможность рѣшенія дѣла на основаніи доклада одного члена при пассивномъ отношеніи остальныхъ, необходимо обезпечить полную возможность для каждаго члена кассаціоннаго суда работать вдумчиво, не торопливо, съ интересомъ и любовью. Однимъ изъ важнѣйшихъ условій для достиженія такого результата является достаточное количество членовъ кассаціоннаго суда; важно также, чтобы въ каждое изъ трехъ отдѣленій (департаментовъ) кассаціоннаго суда—уголовное, гражданское и административное—назначались лица, спеціализировавшіеся въ данной области права. Тогда кассаціанной судъ будетъ дѣйствительно, по выраженію проф. Jousserandot, „une assemblée des savants, aréopage qui plane dans la sérénité de la science juridique sur toute la surface du territoire“ *).

Важнымъ вопросомъ является вопросъ о томъ, какимъ взысканіямъ могутъ быть подвергаемы судьи въ дисциплинарномъ порядкѣ?

При разрѣшеніи этого вопроса необходимо имѣть въ виду слѣдующее: 1) Дисциплинарныя взысканія весьма близко соприкасаются съ наказаніемъ, этимъ крайнимъ средствамъ охраны правопорядка, для гарантій противъ злоупотребленій которымъ и установленъ судъ **).

2) Дисциплинарное производство никоимъ образомъ не можетъ дать тѣхъ гарантій правосудія, какія представляетъ собою судебное разбирательство, построенное по обвинительному типу, (напр., дисциплинарное производство обыкновенно бываетъ непубличо, недопускаетъ формальной защиты, разбирательство не подчинено твердымъ процессуальнымъ нормамъ и т. д.).

Вотъ почему, если вообще для всѣхъ должностныхъ лицъ необходимо создать гарантіи противъ злоупотребленія дисциплинарными взысканіями, (т. к многія изъ существующихъ дисцип-

*) Du pouvoir judiciaire etc., 156 157

*) Къ наукѣ существуетъ мнѣніе, раздѣляемое весьма авторитетными учеными, что между дисциплинарной и уголовной отвѣтственностью нѣтъ принципіальной разницы. См. напр. Georg Meyer. Lehrbuch d. deutsch. Staatsrechts 1895 § 453, 454.

линарныхъ взысканій представляютъ собою весьма тяжкія наказанія), то тѣмъ болѣе представляется это необходимымъ по отношенію къ судьямъ, независимости которыхъ угрожала бы очень серіозная опасность отъ расширенія сферы дисциплинарныхъ взысканій.

Поэтому необходимо ограничить эту сферу до минимума и постановить, что судьи въ дисциплинарномъ порядкѣ могутъ быть подвергаемы только легчайшимъ взысканіямъ (напр. предостереженіямъ, замѣчаніямъ).

Практика континентальныхъ государствъ знаетъ самыя рѣзкія отступленія отъ изложенныхъ принциповъ. Напр., во Франціи *) единоличный надзоръ предсѣдателей, прокуроровъ и министра юстиціи поставленъ очень широко, причемъ, напр. министру предоставлено право дѣлать выговоръ даже членамъ кассаціоннаго суда **). Въ Австріи ***) и въ Пруссіи предсѣдателямъ предоставлено право дѣлать судьямъ предостереженія и выговоры, а въ числѣ дисциплинарныхъ взысканій, налагаемыхъ коллегіями, мы видимъ такія мѣры, какъ лишенія содержанія на нѣсколько мѣсяцевъ и исключеніе изъ службы.

Едва ли нужно доказывать, что исключеніе изъ службы въ дисциплинарномъ порядкѣ представляетъ собою самое рѣзкое нарушеніе принципа несмѣняемости судей. Какъ мы видѣли, этотъ принципъ заключается не только въ томъ, что судья не можетъ быть уволенъ тою властью, которая его назначила, но—и это самое важное—и въ томъ, что судья можетъ быть уволенъ только по приговору суда. Но очевидно, далеко не одно и то же—приговоръ уголовнаго суда, постановленный съ соблюденіемъ всѣхъ процессуальныхъ гарантій, и опредѣленіе дисциплинарнаго суда. Могутъ возразить, что для преданія уголовному суду необходимо предъявить точно формулированное и обоснованное обвиненіе по какой-нибудь изъ статей карательнаго кодекса, а между тѣмъ, перечневая система нарушенія служебныхъ обязанностей не можетъ охватить всѣхъ случаевъ жизни. Судья можетъ не совершить ни одного

*) Ср. Morin De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et des corporations d'officiers publics 1869.

**) Garsonnet. l. c, I. 248.

***) Ср Kaserer. Handbuch d oster Justiz—Verwalt.

изъ перечисленныхъ въ уголовномъ кодексѣ преступленій, можетъ съ формальной стороны исполнять свои обязанности удовлетворительно, но вмѣстѣ съ тѣмъ своимъ поведеніемъ до такой степени дискредитировать себя передъ обществомъ, что оставленіе его на судейскомъ креслѣ представляло бы явную опасность для достоинства и авторитета судебной власти. Вотъ въ такихъ случаяхъ дисциплинарное производство съ его отсутствіемъ строгаго формализма могло бы принести пользу.

Такія разсужденія при ближайшемъ разсмотрѣніи не могутъ выдержать критики. Возраженія противъ перечневой системы дисциплинарныхъ проступковъ могутъ быть убѣдительными до нѣкоторой степени лишь по отношенію къ такимъ проступкамъ, которые обложены самыми незначительными взысканіями. Что же касается болѣе или менѣе серіозныхъ взысканій, то въ виду того, что эти взысканія ничѣмъ въ сущности не отличаются отъ наказанія вообще и тяжело отзываются на правахъ и интересахъ личности,—необходимо подчинить ихъ великому принципу nullum crimen, nulla poena sine lege. Иначе открывается слишкомъ обширное поле для произвола, который становится тѣмъ болѣе опаснымъ и невыносимымъ, чѣмъ меньше ограждена частная жизнь должностнаго лица отъ вмѣшательства дисциплинарной власти.

И, конечно, по отношенію къ судьямъ (а въ особенности что касается отрѣшенія отъ должности) безусловно необходимо точно опредѣлить въ уголовномъ законѣ ту „диспозицію“, санкціей которой служитъ столь серіозная и изъ ряду выходящая мѣра, какъ отрѣшеніе отъ должности судьи. А логическимъ слѣдствіемъ изъ только что сказаннаго является требованіе, чтобы эта санкція осуществлялась единственно и исключительно въ порядкѣ уголовнаго суда, а не дисциплинарнаго.

Кому много дано, съ того много взыщется. Должность судьи принадлежитъ къ числу наиболѣе обязывающихъ человѣка должностей. Судъ только тогда будетъ пользоваться у населенія уваженіемъ, когда служители правосудія не будутъ сами ронять достоинства суда.

Ни высокое служебное положеніе судьи, ни его независимость отъ правительства, ни обширность предоставленной ему власти, ни усиленная охрана его престижа отъ посягательствъ недовольныхъ лицъ,—все это не спасетъ достоинства

судьи въ глазахъ окружающаго населенія, если этотъ судья, напр., будетъ систематически участвовать въ ночныхъ дебошахъ „широкихъ натуръ," если его будутъ поднимать пьянаго на улицѣ, если онъ будетъ замѣченъ въ шуллерствѣ, будетъ систематически соблазнять женщинъ и т. п.

Вотъ почему дисциплинарный надзоръ долженъ касаться не только одной чисто-служебной дѣятельности судьи, но и его частной жизни. Но тутъ возникаетъ величайшая опасность стѣсненія личной свободы. Чрезвычайная эластичность и растяжимость общихъ выраженій „поведеніе, роняющее достоинство судьи," „поведеніе, не соотвѣтствующее и т. д."—легко можетъ привести къ произволу надзирающихъ органовъ, къ признанію „несоотвѣтствующимъ" званію судьи, напр, публичнаго исполненія въ концертѣ Бетховенской сонаты, занятія театральной критикой, сожительства съ женщиной не въ формѣ оффиціальнаго брака, нежеланія придерживаться общепринятаго режима жизни, участія въ банкетѣ и произнесенія рѣчи съ пожеланіями извѣстныхъ реформъ и т. д.

Представляется такимъ образомъ въ высшей степени необходимымъ создать прочныя гарантіи, обезпечивающія судьѣ свободу дѣйствій. Такими гарантіями могутъ быть: 1) указаніе въ законѣ на общій характеръ поступковъ, „несоотвѣтствующихъ достоинству судьи" (съ примѣрнымъ перечисленіемъ нѣкоторыхъ); 2) уголовное *) преслѣдованіе (т. е. могущее влечь за собою карательныя мѣры строже предостереженія или замѣчанія) противъ судьи за совершеніе такихъ поступковъ можетъ имѣть мѣсто лишь послѣ нѣсколькихъ дисциплинарныхъ взысканій, т. е. послѣ того, какъ судья обнаружилъ упорное нежеланіе измѣнить свое поведеніе, не смотря на неоднократное формальное порицаніе таковаго авторитетной коллегіей; 3) высшей карательной мѣрой можетъ быть переводъ судьи въ другую мѣстность, и только, если онъ и на новомъ мѣстѣ станетъ вести себя по прежнему, онъ можетъ быть удаленъ отъ должности по вступившему въ законную силу приговору уголовнаго суда.

*) Соотвѣтственная статья уголовнаго кодекса (въ раздѣлѣ служебныхъ проступковъ) должна быть редактирована такъ, чтобы въ ней заключалось 1) указаніе на характеръ „несоотвѣтствующихъ" поступковъ и 2) указаніе на необходимость предварительнаго неоднократнаго осужденія дисциплинарнымъ судомъ за эти поступки въ теченіи опредѣленнаго срока.

Гораздо шире является дисциплинарная отвѣтственность судей за дѣйствія по службѣ.

Здѣсь надо различать формальную и матеріальную стороны служебныхъ дѣйствій. Первая сторона и является нормальнымъ, основнымъ объектомъ дисциплинарнаго воздѣйствія. Медленность, систематическое опаздываніе въ засѣданія, пропуски таковыхъ, грубое обращеніе съ участвующими въ дѣлѣ лицами, нарушеніе благочинія въ засѣданіяхъ, неисполненіе правилъ дѣлопроизводства и т. п. *),—все это можетъ вредно отзываться на дѣятельности суда; но съ другой стороны все это можетъ влечь за собою уголовную отвѣтственность судьи (т. е. наказаніе строже предостереженія или замѣчанія) лишь послѣ оставшихся безрезультатными нѣсколькихъ дисциплинарныхъ взысканій въ теченіи опредѣленнаго срока. Опять таки и здѣсь могутъ быть случаи, когда судья обнаруживаетъ систематическое сознательно-небрежное отношеніе къ дѣлу, не смотря на осужденіе его и въ уголовномъ порядкѣ. Послѣдствіемъ такого поведенія можетъ быть болѣе строгое наказаніе при вторичномъ осужденіи, затѣмъ въ особенно рѣзкихъ случаяхъ—переводъ въ другую мѣстность и наконецъ—удаленіе отъ должности. Принципъ несмѣняемости при такомъ порядкѣ остается неприкосновеннымъ: удаленіе отъ должности 1) по приговору уголовнаго суда, 2) послѣ нѣсколькихъ осужденій въ уголовномъ порядкѣ за сознательно-небрежное отношеніе къ дѣлу совершенно гарантируетъ судью отъ произвола, отъ чисто-формалистическихъ придирокъ, отъ ухудшенія его положенія за несущественныя упущенія. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ порядокъ дастъ возможность освободить судейское кресло отъ такого судьи, который ничего не хочетъ дѣлать и мѣшаетъ работать другимъ

Наконецъ, по отношенію къ матеріальнымъ судейскимъ функціямъ дисциплинарная отвѣтственность должна быть допускаема лишь въ видѣ весьма рѣдкаго исключенія. Сфера толкованія и примѣненія закона и оцѣнки представленныхъ

*) Г. Фойницкій (l. c., I, 263) въ числѣ формальныхъ проступковъ судьи называетъ „нарушеніе долга подчиненности“. Рѣшительно непонятно, въ чемъ этотъ „долгъ“ можетъ заключаться у судьи и какъ примирить такое положеніе г. Фойницкаго съ неоднократно высказаннымъ имъ совершенно правильнымъ воззрѣніемъ, что судья не можетъ имѣть надъ собою никакого начальника?

доказательствъ есть sancta sanctorum судьи, *есть именна та сфера, для огражденія которой отъ чьихъ бы то ни было вліяній и существуютъ всѣ гарантіи независимости судьи.* Проф. Куплеваскій, разсматривая вопросъ о дисциплинарной отвѣтственности не судей, а чиновниковъ, говоритъ: „Нельзя наказывать чиновника только за то, что онъ сдѣлалъ неправильное толкованіе: здѣсь поводъ только для обжалованія даннаго дѣйствія чиновника высшей власти и для отмѣны этою высшею властью неправильно принятыхъ мѣръ—словомъ, здѣсь поводъ только для административной юстиціи Нельзя подвергать отвѣтственности чиновника за добросовѣстное, хотя и неправильное толкованіе закона. Если для кого—либо отъ этого произошелъ имущественный вредъ, то вредъ этотъ долженъ быть возмѣщенъ не чиновникомъ, а государствомъ, если только чиновникъ дѣйствовалъ вполнѣ добросовѣстно“ *).

Если это вполнѣ справедливо относительно чиновниковъ, то a fortiori это справедливо относительно судей. Независимость судьи превратилась бы въ пустой звукъ, если бы органъ надзора имѣлъ бы право требовать у судьи объясненій по поводу его приговоровъ, по поводу того или иного пониманія закона и т. д.

При такомъ порядкѣ можно дойти до самыхъ печальныхъ явленій произвола. Напр., органъ надзора, думающій, что необходимая оборона противъ должностныхъ лицъ не допускается, ставитъ судьѣ въ вину его противоположную съ такимъ мнѣніемъ практику; органъ надзора, проникнутый принципомъ поддержанія престижа власти, ставитъ судьѣ въ вину признаніе имъ незаконнымъ распоряженія министра внутреннихъ дѣлъ, или признаніе не заслуживающимъ довѣрія свидѣтельскаго показанія высокопоставленнаго лица и т. п.

Только въ случаяхъ я в н о-г р у б а г о извращенія смысла для всѣхъ с о в е р ш е н н о я с н а г о закона можетъ идти рѣчь о дисциплинарной отвѣтственности судьи. Напр., законъ точно и опредѣленно говоритъ, что за такой—то проступокъ обвиняемый подвергается аресту н е н и ж е одного мѣсяца, а судья приговариваетъ къ аресту на одну недѣлю; судья постановляетъ обвинительный приговоръ, не вызвавъ обвиняемаго; судья подвергаетъ обвиняемаго наказанію за „мошенничество“, выразившееся въ

*) Жур Мин. Юст. 1898 X, 12

томъ, что обвиняемый купилъ у обвинителя часы, обѣщая уплатить деньги на другой день, а между тѣмъ обѣщанія этого не исполнилъ и т п.

Въ подобныхъ случаяхъ м о ж е т ъ б ы т ь возбуждено дисциплинарное преслѣдованіе. И если судья въ теченіи о п р е д ѣ л е н н а г о с р о к а подвергался м н о г и м ъ дисциплинарнымъ взысканіямъ за такіе проступки, то представляется цѣлесообразнымъ привлеченіе его къ у г о л о в н о й отвѣтственности: выговоръ, объявленный уголовной судомъ, можетъ заставить судью подтянуться и заняться изученіемъ законовъ.

Но кромѣ указанныхъ рѣзкихъ случаевъ дисциплинарное вмѣшательство въ матеріальную сторону судейской дѣятельности не можетъ быть допускаемо. Тутъ в с я к о е с о м н ѣ н і е т о л к у е т с я въ пользу судьи. Для исправленія возможныхъ ошибокъ дѣло можетъ быть перенесено заинтересованной стороною въ высшую инстанцію, и такимъ образомъ *матеріальная сторона судейской дѣятельности подлежитъ контролю въ порядкѣ инстанцій, а не въ порядкѣ надзора.* Высшимъ органомъ такого контроля является кассаціонный судъ, которому можетъ быть предоставлено право въ случаѣ замѣченныхъ упущеній, свидѣтельствующихъ о небрежномъ отношеніи суда къ своимъ обязанностямъ, одновременно съ отмѣной рѣшенія объявлять суду замѣчанія (если такая мѣра будетъ признана необходимой е д и н о г л а с н о всѣмъ составомъ разсматривавшихъ дѣло кассаціонныхъ судей) Само собою разумѣется, что такія замѣчанія, какъ состоявшіяся не въ порядкѣ дисциплинарнаго суда, не могутъ влечь за собою и никакихъ послѣдствій: ихъ эффектъ—чисто моральный. И чѣмъ авторитетнѣе стоитъ кассаціонный судъ, чѣмъ убѣдительнѣе онъ доказалъ несостоятельность о т м ѣ н е н н а г о рѣшенія, тѣмъ б о л ь ш е цѣнности во всѣхъ отношеніяхъ можетъ имѣть объявленіе замѣчанія.

Но во всякомъ случаѣ даже кассаціонный судъ, отмѣняя рѣшеніе низшаго суда, не имѣетъ права приказать ему на будущее время понимать извѣстный законъ въ какомъ нибудь опредѣленномъ смыслѣ. Рѣшенія кассаціоннаго суда должны имѣть авторитетъ в ъ с и л у и х ъ в н у т р е н н е й ц ѣ н н о с т и, а не въ силу власти *). И всего печальнѣе, если кассаціонный судъ обна-

*) Въ высшей степени цѣлесообразенъ французскій порядокъ, по которому низшій судъ, получивъ дѣло для новаго разсмотрѣнія, можетъ не подчиниться юридическимъ

руживаетъ тенденцію сдѣлать свои толкованія законовъ обязательными для судей на будущее время: 1) такая тенденція самымъ рѣзкимъ образомъ противорѣчитъ понятію судебнаго рѣшенія, какъ акта государственной власти, относящемуся лишь къ конкретному случаю и 2) она такъ же противорѣчитъ принципу независимости судьи, т. к. въ сферу судейскаго убѣжденія и пониманія закона судьей не имѣетъ права вмѣшиваться не только кассаціонный судъ, но даже монархъ, именемъ котораго судья отправляетъ правосудіе *).

указаніямъ кассаціоннаго суда, если дѣло опять попадаетъ въ кассаціонный судъ, оно разсматривается въ усиленномъ составѣ съ бо́льшими гарантіями; только тогда указанія кассаціоннаго суда становятся обязательными для низшаго суда, но только по данному дѣлу, ни въ чемъ не связывая свободы судовъ въ толкованіи законовъ на будущее время

*) Однимъ изъ лучшихъ способовъ надзора за дѣятельностью судей служитъ надзоръ общества, выражающійся въ публичности засѣданій и въ обсужденіи судебной дѣятельности свободной періодической прессой. Вотъ почему представляется столь нежелательнымъ ограниченіе публичности засѣданій во имя ложно понятаго начала огражденія достоинства власти и т. п. Такое ограниченіе свидѣтельствуетъ лишь о томъ, что интересы правосудія отступаютъ для правительства на второй планъ и приносятся въ жертву временнымъ теченіямъ политики. Конечно, такой порядокъ возможенъ только при отсутствіи надлежащихъ гарантій независимости суда.—Нельзя еще разъ не отмѣтить чрезвычайной важности (въ смыслѣ контроля надъ дѣятельностью судей) существованія при судахъ организованной, свободной и независимой адвокатуры, стоящей на высотѣ своей задачи.

ГЛАВА IV.

Мы разсмотрѣли главныя условія, содѣйствующія великой цѣли—имѣть независимыхъ судей. Но всѣ эти условія представляютъ собою лишь внѣшнія гарантіи. Длѣ того, чтобы „власть столь страшная“ (Монтескье) не была бы употребляема во зло носителями ея, для того, чтобы независимый судья не сдѣлался тормазомъ прогресса, необходимо, чтобы къ гарантіямъ, обезпечивающимъ судьѣ полную возможность произносить свои приговоры, руководствуясь исключительно своими знаніями и совѣстью, присоединились бы гарантіи, обезпечивающія доброкачественность приговоровъ, обезпечивающія наличность у судьи необходимыхъ внутреннихъ условій *).

Прекрасно замѣчаетъ Стивенъ: „The judge's position is thus one of great delicacy, and it is not, I think, too much to say, that to discharge the duties, which it involves as well, as they are capable of been discharged, demands the strenuos use of uncommon faculties, both intellectual and moral **).

Всѣ эти условія можно раздѣлить на три группы: 1) нравственныя качества 2) знанія и 3) опытъ

Первая группа не можетъ возбуждать сомнѣній и не нуждается въ подробномъ разсмотрѣніи. Очевидно, что судейское кресло можетъ занимать только человѣкъ безукоризненной честности и высокой нравственности, проникнутый сознаніемъ всего величія служенія идеалу правды и справедливости. Выборъ такихъ именно лицъ долженъ составлять предметъ особой заботливости правительствъ и содѣйствующихъ имъ общественныхъ силъ. Выше

---

*) Внѣшнія условія, обезпечивающія доброкачественность приговоровъ, суть обряды и формы судопроизводства.

**) History of the criminal law of England. I, 455.

я говорилъ о необходимости системы представленій, исходящихъ изъ особыхъ избирательныхъ коммисій. Для гарантій избранія доброкачественныхъ кандидатовъ необходимо имена ихъ публиковать заблаговременно во всеобщее свѣдѣніе, чтобы каждый имѣлъ возможность представить возраженія противъ избранія недостойнаго по его мнѣнію кандидата. Само собою разумѣется, что напр. осужденіе уголовнымъ судомъ за преступленіе, свидѣтельствующее о низкомъ уровнѣ нравственности обвиненнаго, навсегда должно лишать его права быть судьею. Точно также человѣкъ, содержавшій домъ терпимости, или занимавшійся шпіонствомъ, не можетъ надѣяться даже въ самомъ отдаленномъ будущемъ занять судейское кресло.

Самой важной является вторая группа условій, а именно—обладаніе необходимыми знаніями, т. е. главнымъ образомъ обладаніе научной подготовкой.

Вопросъ этотъ необходимо разсмотрѣть подробно, т. к. по справедливому замѣчанію В. П. Безобразова „смута понятій, надвинувшаяся съ разныхъ сторонъ на европейское человѣчество передъ зарею XX вѣка, какъ будто угрожаетъ омраченіемъ сознанія даже такихъ общечеловѣческихъ истинъ, на счетъ которыхъ не было тѣни недоразумѣнія уже въ юношеской средѣ учениковъ первыхъ государственныхъ ученыхъ, Платона и Аристотеля, почти два съ половиной тысячелѣтія тому назадъ“ *).

Съ одной стороны тотъ „предразсудокъ“, о которомъ говоритъ Кистяковскій**), кажется превратился у насъ въ господствующее мнѣніе, а съ другой—даже университетскіе дипломы далеко не всегда представляютъ достаточныя гарантіи научной подготовки ихъ обладателей. А между тѣмъ глубоко-вѣрна мысль Кистяковскаго, что „одно познаніе уголовныхъ законовъ путемъ практическимъ не въ состояніи сформировать совершеннаго уголовнаго судью. если онъ не изучилъ и не изучаетъ уголовнаго права какъ науки; качество практическаго уголовнаго правосудія находится въ прямомъ отношеніи со

*) „О значеніи науки для образованія должностныхъ лицъ въ государств. управл.“ Сборн. Госуд. Зн. VII, 352.

**) „И нынѣ нельзя не замѣтить значительной силы предразсудка, будто студенческая скамья есть послѣдняя станція научнаго изученія уголовнаго права“. Учебникъ, стр. 3.

степенью проникновенія его теоретическимъ элементомъ, такъ что чѣмъ болѣе уголовно-судебная практика проникнута теоретическимъ элементомъ, тѣмъ выше ея качество и наоборотъ" *).

Наука занимается уразумѣніемъ и объясненіемъ дѣйствительности, сведеніемъ безконечно-разнообразныхъ явленій жизни къ ихъ простѣйшимъ элементамъ, построеніемъ логически-стройной, обнимающей всѣ частности, системы, открытіемъ закономѣрности явленій. Съ другой стороны, она изучаетъ идеалы, выработанныя творческимъ геніемъ человѣка, подвергаетъ эти идеалы критикѣ и приводитъ въ связь со всей системой, указываетъ пути къ достиженію выдержавшихъ ея критику идеаловъ Такимъ образомъ наука заключаетъ въ себѣ и творческой моментъ.

Оба указанные момента имѣютъ громадное значеніе для судебной практики. При той необъятной массѣ постоянно измѣняющихся явленій, съ которыми приходится имѣть дѣло юристу-практику, только руководящія начала науки, только знакомство съ системой дастъ ему возможность ріентироваться въ затруднительныхъ случаяхъ, дѣйствовать осмысленно, сознавать связь каждаго дѣйствія со всѣмъ механизмомъ данной отрасли государственной жизни и даже со всѣмъ государственнымъ организмомъ въ его цѣломъ. Наглядный примѣръ, ярко иллюстрирующій сказанное: только что сошедшій со школьной скамьи юристъ поступаетъ на судебную службу и получаетъ должность помощника секретаря. Сначала онъ буквально ошеломленъ и подавленъ массой новыхъ фактовъ и впечатлѣній, совершенно безпомощно смотритъ на груду дѣлъ и бумагъ, лежащихъ передъ нимъ на столѣ и „требующихъ исполненія", и въ отчаяніи рѣшаетъ, что университетская наука совершенно безполезна, что ему никогда не усвоить тѣхъ объясненій, которыя даетъ старый, опытный, посѣдѣвшій за этимъ столомъ подчиненный писецъ. Каково же бываетъ изумленіе этого писца, когда недѣли черезъ 3—4 его начальникъ, бывшій доселѣ послушнымъ ученикомъ, самъ овладѣваетъ дѣлопроизводствомъ, на изученіе котораго писецъ потратилъ много лѣтъ, и даже указываетъ на нѣкоторыя неправильности въ дѣйствіяхъ писца, которыхъ тотъ не замѣчалъ лѣтъ 20! Только благодаря научной подготовкѣ и могъ молодой юристъ такъ

*) l. c., 2.

скоро овладѣть сложнымъ матеріаломъ и оперировать имъ сознательно. Работа надъ болѣе сложными отдѣлами государственной дѣятельности подчиняется тому же закону: человѣкъ, вооруженный систематическимъ научнымъ знаніемъ, всегда будетъ выше (caeteris paribus) своего товарища, лишеннаго такой подготовки. Для практика-рутинера каждое явленіе представляется изолированнымъ, научно образованный юристъ сразу находитъ ему надлежащее мѣсто въ общей системѣ; передъ каждымъ новымъ случаемъ, ранѣе не встрѣчавшимся, практикъ-рутинеръ становится въ тупикъ, научно подготовленный юристъ отброситъ несущественныя черты явленія, откроетъ его юридическую сущность и поставитъ въ связь съ системой; практикъ-рутинеръ придетъ въ ужасъ, если на какомъ-нибудь актѣ не сдѣлано указанной въ законѣ отмѣтки, научно-образованный юристъ съумѣетъ отличить пустую формалистику, потерявшую всякій смыслъ, отъ существенныхъ формъ, представляющихъ собою необходимыя гарантіи; для практика-рутинера высшимъ авторитетомъ всегда будетъ прецедентъ, какъ бы нелѣпъ онъ ни былъ, юристъ-теоретикъ сознательно отнесется къ прецеденту и съумѣетъ извлечь изъ него дѣйствительно цѣнное.

Что касается другого момента науки, творческаго, то на практику онъ имѣетъ не меньшее, если не большее вліяніе. „Безъ идеаловъ нѣтъ человѣческаго развитія, нѣтъ движенія впередъ, ибо, когда преслѣдуются даже чисто-практическія цѣли, все таки надобно знать, къ чему онѣ ведутъ и къ какому идеальному быту онѣ насъ приближаютъ“ *). „Безъ идеаловъ науки нельзя обойтись ни на какихъ ступеняхъ государственной дѣятельности,.. а если и можно обойтись, то приходится весьма плохо и для самихъ дѣятелей, и для общества. Только наука и просвѣщенныя ею должностныя лица изгоняютъ изъ государственныхъ учрежденій мертвящую бюрократическую рутину, которая столь же вредна для дѣла, какъ и для характера его исполнителей“ **).

Безъ проникновенія творческимъ моментомъ науки практикъ можетъ вполнѣ овладѣть фактами, но нцкогда не возвысится надъ ними, никогда не отнесется критически къ массѣ статей

*) Чичеринъ Собственность и государство II, 341.

**) Безобразовъ, l. c.

закона, которыя ему приходится ежедневно примѣнять; никогда его дѣятельность не будетъ проникнута живымъ духомъ, никогда онъ не будетъ въ состояніи стать въ почетные ряды тѣхъ, которые принимаютъ активное участіе въ прогрессивномъ движеніи исторіи культуры.

Къ сожалѣнію теперь нерѣдко можно слышать снисходительные отзывы о „теоріи", отзывы въ родѣ: это хорошо въ теоріи, но для практики непригодно; вѣдь кому не извѣстно, что теорія одно, а практика другое и т. п. Это очень печальное заблужденіе*): наука, единственнымъ предметомъ которой является дѣйствительность, единственнымъ матеріаломъ—факты этой дѣйствительности и единственной цѣлью—понять дѣйствительность,—наука объявляется чѣмъ-то принципіально противоположнымъ дѣйствительности. Правда, наука своей точкой отправленія беретъ отнюдь не практическія цѣли, она даетъ идеальное построеніе дѣйствительности, но именно благодаря этому наука помогаетъ намъ и лучше познавать дѣйствительность, и работать сознательно на пути къ улучшеніямъ **).

А безъ тѣхъ идеаловъ, которые указываются общественными науками у лучшихъ ихъ представителей, жизнь человѣческая сразу потеряла бы свою цѣнность. Уничтоженіе пролетаріата, уничтоженіе господства грубой силы, войны, произвола, уничтоженіе грубости и дикости людской, безконечное распространеніе культурныхъ благъ, уваженіе къ личности, свобода совѣсти, слова, полное равенство всѣхъ передъ закономъ, всеобщее братство, абсолютно независимый и справедливый судъ, помимо котораго никто не можетъ быть подвергнутъ какому бы то ни было стѣсненію,—если бы когда-нибудь удалось доказать и убѣдить человѣчество въ совершенной ложности и неосуществимости этихъ идеаловъ, то человѣкъ пересталъ бы быть человѣкомъ, и изъ царя природы въ лучшемъ смыслѣ этого слова, превратился бы въ самое опасное и хищное изъ всѣхъ животныхъ.

---

*) Ср. превосходную, какъ будто вчера написанную статью Канта „Ueber den Gemeinspruch das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis".

*) Стройная, логически развитая система понятій и отвлеченныхъ конструкцій любой науки есть продуктъ человѣческаго духа, въ жизни такой стройности, общности и порядка, какой представляется нашему духовному взору, мы не видимъ, т. к. въ жизни передъ нами только хаотическая масса фактовъ.—Ср. Льюисъ. Вопросы о жизни и духѣ 1876 II 6—7

Обращаясь въ частности къ дѣятельности уголовнаго судьи, нельзя не признать, что при той неизмѣримо-важной и отвѣтственной роли, которую онъ долженъ играть въ государственной жизни—быть безпристрастнымъ рѣшителемъ спора между личностью и государствомъ, быть распорядителемъ такой опасной функціи власти, какъ принудительная функція, быть охранителемъ правопорядка,—*судья немыслимъ безъ самой широкой и основательной научной подготовки, какъ спеціальной, такъ и общей. Судья долженъ принадлежать къ духовной аристократіи страны, къ тому культурному, избранному меньшинству, которое въ сущности и двигаетъ человѣчество впередъ.* Только тогда и государство, и общество могутъ быть вполнѣ увѣрены, что онъ не злоупотребитъ своею „столь страшною“ властью и будетъ тѣмъ *высшимъ органомъ правды*, какимъ представляли себѣ идеальнаго судью всѣ народы во всѣ времена.

Если мы будемъ имѣть въ виду все значеніе духовнаго развитія человѣчества и представительницы этого развитія—науки*), если съ другой стороны будемъ имѣть въ виду ту сложность и необъятное многообразіе фактовъ, изъ которыхъ слагается соціальный строй и которые даютъ матеріалъ для науки права, мы поймемъ всю необходимость самаго широкаго и солиднаго общенаучнаго образованія для судьи. Это образованіе сдѣлаетъ его участникомъ высшей духовной жизни, расширитъ его умственный кругозоръ, поможетъ ему лучше знать міръ, человѣка и общество, окажетъ самое благотворное вліяніе на его воззрѣнія, симпатіи, направленіе, не позволитъ ему превратиться въ односторонняго, узкаго спеціалиста, и наконецъ—оно сдѣлаетъ болѣе плодотворными самыя работы его въ области юридическихъ наукъ.

Важность основательной научно-юридической подготовки еще очевиднѣе. Современное право представляетъ собою въ высшей степени сложный организмъ, понять который можетъ лишь человѣкъ, получившій спеціальную подготовку. Уже для чисто-техническаго примѣненія дѣйствующихъ юридическихъ

*) „Перемѣны въ жизни цивилизованнаго народа зависятъ отъ трехъ вещей: суммы знаній, пріобрѣтенныхъ самыми развитыми людьми, отъ направленія, которое приняли эти знанія, отъ той пропорціи, въ которой знанія эти распространяются, и отъ большей или меньшей свободы, съ которой они проникаютъ во всѣ классы населенія“. Бокль Исторія цивилиз. въ Англіи. 1896, 90

нормъ необходимо научное знаніе и развитое юридическое мышленіе, о которыхъ трудно составить себѣ надлежащее понятіе тому, кто не испыталъ на дѣлѣ всѣхъ затрудненій, связанныхъ съ примѣненіемъ казалось бы самыхъ ясныхъ законовъ, затрудненій, давшихъ поводъ еще римскому юристу сказать: scire leges non est verba earum tenere, set vim ac potestatem *).

Кому, напр., неизвѣстны огромныя затрудненія, связанныя съ толкованіемъ законовъ, и противорѣчивыя теоріи на счетъ того, что собственно является предметомъ толкованія? Воля законодателя, или мысль закона? Воля или мысль въ моментъ созданія закона или въ моментъ его примѣненія?—все это вопросы, отъ того или другого разрѣшенія которыхъ зависитъ очень и очень многое.

Но какъ бы ни рѣшать эти вопросы, необходимость основательной спеціальной подготовки для правильнаго толкованія законовъ остается внѣ всякаго сомнѣнія. „Невозможно охранять такую сложную систему, какъ законодательство цѣлой страны, если судья не знаетъ того, что ввѣрено его охраненію. Вотъ почему въ тѣ вѣка, когда падаетъ юридическое образованіе, неминуемо разстраивается и правосудіе въ странѣ. Только съ развитіемъ юридической культуры улучшается и процессъ. Вовсе не случайный фактъ, что образованные юристы постепенно сосредоточиваютъ все правосудіе народовъ въ своихъ рукахъ, вытѣсняя изъ судовъ элементъ народный, выборный, феодальный, церковный и т. п. Этому классу спеціалистовъ обязаны современныя государства западной Европы установленіемъ прочной и надежной системы охраненія правъ, подобно тому какъ спеціалистамъ въ области естественныхъ и техническихъ наукъ и искусствъ обязаны мы современнымъ развитіемъ промышленности“ **).

Но юридическія нормы по справедливому замѣчанію проф. Муромцева ***) должно считать лишь нѣкоторымъ аттрибутомъ правоваго порядка, отнюдь не выражающимъ этотъ порядокъ вполнѣ. „Правовыя положенія суть только самыя внѣшнія, практическія верхушки права, не исчерпывающія ни количественно, ни качественно его дѣйствительнаго содержанія“; „теорія имѣетъ

*) Ср. дѣльныя замѣчанія у Биндинга: Die drei Grundfragen, 30 ff.
*) К. Малышевъ. 1 с 96.
*) Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. 1879. 159

возможность изъ существующаго на лицо права какъ умножить число правовыхъ положеній, такъ и улучшить ихъ самихъ" *). Юристъ практикъ служитъ посредникомъ между абстрактнымъ предписаніемъ права и правовой жизнью, ибо законодатель указываетъ лишь общія черты даннаго правового порядка, осуществленіе же и отдѣлку вынужденъ предоставить судьѣ—примѣнителю закона **), который, такимъ образомъ, выполняетъ детали общаго абриса, начертаннаго законодателемъ ***). Совершенно правъ проф. Г. Демченко, говоря: „Общія и твердыя нормы закона, обезпечивающія порядокъ государства и права гражданъ, устраняющія произволъ администраціи и суда—желательное и необходимое условіе современной жизни. Но нельзя же требовать отъ общаго закона того, чего онъ дать не въ состояніи; нельзя требовать, чтобы онъ охватилъ всю правовую жизнь общества въ ея мельчайшихъ подробностяхъ, чтобы онъ успѣвалъ слѣдить за живымъ разнообразіемъ и вѣчной измѣнчивостью движущейся дѣйствительности. Дать общее руководство, ввести въ необходимые предѣлы дѣятельность суда, указать ему путь и средства дѣйствія—вотъ что подъ силу законодателю. А затѣмъ, какъ неизбѣжный и необходимый фактъ, остается широкое поле самостоятельной и плодотворной работы примѣненія права къ жизни, осуществленія права" †).

Во всякомъ случаѣ творческая роль суда въ развитіи права не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію не смотря на всѣ возраженія ригористовъ, мечтающихъ объ идеальномъ кодексѣ. По самой природѣ вещей такой кодексъ невозможенъ. Англія, гордящаяся своимъ уваженіемъ къ закону, гордящаяся своимъ судомъ, есть вмѣстѣ съ тѣмъ страна, гдѣ судебныя рѣшенія со-

---

*) Іеринтъ. Духъ римскаго права. 1875. I, 27, 29,

**) Регельсбергеръ. Общее ученіе о правѣ, 83.

***) Таганцевъ Лекціи. IV, 1665.

†) Судебный прецедентъ. 1903. 124.—Совершенно правильно подчеркивая творческій моментъ въ судебной дѣятельности, авторъ, однако, слишкомъ увлекается, говоря: „Законъ самъ по себѣ еще не является дѣйствующимъ правомъ (!); что только планъ, только проектъ будущаго, желательнаго правового порядка", (85) „законъ не можетъ непосредственно творить права (!), онъ указываетъ только дорогу для вѣрнаго отысканія права" (86) Творческая роль судьи сильно выдвинута у Бюлова Gesetz und Richteramt. 1885.—Ср. дѣльныя замѣчанія у Wilson'a, l. c, II, 369, а также у Муромцева „Творческая сила юриспруденціи" (Юр. Вѣст., 1887, IX) и „Право и справедливость" („Сборникъ Правовѣд.", II).

ставляютъ важнѣйшій источникъ права. Конечно, нельзя рекомендовать эту сторону англійской юридической жизни, какъ образецъ для подражанія: перенесенная на континентъ, она дала бы плачевные результаты, да и относительно самой Англіи она вызываетъ сомнѣнія во многихъ отношеніяхъ.

Законъ всегда долженъ оставаться незыблемой основой государственной жизни, а улучшеніе законодательной техники—одной изъ важнѣйшихъ задачъ внутренней политики. Но жизнь нельзя втиснуть въ теоретическія рамки. Не смотря на всю желательность такого порядка, при которомъ законодательная власть была бы единственнымъ и исключительнымъ источникомъ правовыхъ нормъ, не смотря на безусловную правильность положенія, что правительственная и судебная власти суть власти подзаконныя, не смотря, наконецъ, на неправильность теорій, снабжающихъ судъ весьма широкими законодательными функціями, несомнѣнно, что правотворческій моментъ въ судебной дѣятельности вызванъ къ жизни причинами, глубоко коренящимися въ природѣ вещей *). Необходимо лишь условиться относительно характера указаннаго момента. Необходимо прежде всего признать непоколебимость великаго принципа nullum crimen nulla poena sine lege: ни о какой правотворческой роли суда въ дѣлѣ расширенія области наказуемыхъ дѣяній не можетъ быть и рѣчи. Что касается творческаго момента въ дѣлѣ. напр., выработки состава преступленій, указанныхъ законодателемъ въ общихъ чертахъ, то руководящимъ принципомъ для суда должно быть слѣдующее правило: при разрѣшеніи вопросовъ, закономъ не предусмотрѣнныхъ, судья обязанъ исходить изъ общихъ началъ дѣйствующаго права, изъ духа дѣйствующаго закона, и не долженъ вносить въ этотъ законъ началъ, заимствованныхъ изъ чуждаго по духу, хотя бы и кажущагося лично судьѣ болѣе прогрессивнымъ, порядка. Принятіе противоположнаго воззрѣнія, было бы узаконеніемъ самаго опаснаго вида произвола—судебнаго произвола. Изъ надежнѣйшаго охранителя законности судъ превратился бы въ орудіе для

*) Ср. Гредескулъ. Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права. 1900, Langlois. Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence. 1897; Kohler. Die schopferische Kraft der Jurisprudenz. 1886; L. Seuffert Ueber richterliches Ermessen. 1880.

проведенія въ жизнь всевозможныхъ тенденцій, а между тѣмъ единственной тенденціей суда должна быть идея господства, святости и ненарушимости закона, каковъ бы онъ ни былъ по своему содержанію.

Но само собою разумѣется, что разумнымъ участникомъ въ процессѣ созиданія права можетъ быть только юристъ, обладающій солидной научной подготовкой.

Въ послѣднее время раздались голоса новаторовъ въ наукѣ уголовнаго права, требующіе въ числѣ другихъ коренныхъ реформъ полнаго измѣненія въ подготовкѣ уголовныхъ судей. Они говорятъ, что уголовный судья не долженъ быть юристомъ, но человѣкомъ, получившимъ спеціальную подготовку въ области антропологіи и соціологіи. Гарофало утверждаетъ, что уголовный судъ только тогда будетъ стоять на высотѣ своей задачи, когда онъ обратится къ психологическому изслѣдованію преступника для установленія степени опасности его, а Ферри настоятельно требуетъ спеціальной антропологической и соціологической подготовки для уголовнаго судьи.

Конечно, въ этихъ требованіяхъ заключается много преувеличеній, но нельзя не признать въ высшей степени желательнымъ расширенія знаній уголовнаго судьи такими научными дисциплинами, которыя могли бы оказать ему помощь въ его трудномъ дѣлѣ. Листъ совершенно основательно требуетъ, чтобы судья былъ бы научно знакомъ съ міромъ преступниковъ *).

Само собою разумѣется, что изученіе „криминологіи“ никоимъ образомъ не должно превращать судью изъ юриста въ какого-то особаго „научнаго судью—антрополога“. Судья прежде всего долженъ быть хорошимъ юристомъ, т к и сфера его дѣятельности и та наука, принципами которой онъ больше всего руководствуется (уголовное право), имѣютъ преобладающій юридическій характеръ **).

И для общества, и для подсудимаго далеко на безразлично, на сколько хорошо судья знакомъ съ юридическими конструкціями отдѣльныхъ преступленій, на сколько хорошо онъ способенъ

*) Lehrbuch, 1897. 72

**) Въ частности, что касается, напр чисто-процессуальныхъ законовъ,—только солидная научная подготовка можетъ дать судьѣ надежный критерій для отличія существенныхъ, важныхъ процессуальныхъ формъ и обрядовъ отъ несущественныхъ и спасти судью отъ буквоѣдства отъ вреднаго для живого дѣла правосудія „канцеляризма“.

ставить юридическій діагнозъ, на сколько онъ усвоилъ себѣ основныя положенія общей части уголовнаго кодекса. Пока непоколебимо стоитъ великій принципъ nullum crimen nulla poena sine lege, пока будутъ существовать уголовные кодексы, какъ одна изъ лучшихъ правовыхъ гарантій, до тѣхъ поръ основательное знаніе уголовнаго права будетъ conditio sine qua non для судьи и всякіе недочеты съ этой стороны всегда будутъ очень печально отражаться на правахъ гражданъ.

Итакъ судья долженъ быть человѣкомъ, живущимъ полною духовною жизнью, принадлежать къ избранному культурному меньшинству лучшихъ людей, обладать богатымъ по содержанію и разработаннымъ міровоззрѣніемъ. Онъ долженъ имѣть самую солидную общенаучную подготовку, а также быть всесторонне образованнымъ юристомъ, знакомымъ въ частности со всѣми вспомогательными дисциплинами, относящимися къ уголовному праву.

Только такой судья будетъ хорошо понимать государственные интересы, съумѣетъ отличить временное и преходящее теченіе политики отъ здоровыхъ и раціональныхъ началъ, будетъ независимъ въ своихъ взглядахъ отъ всякихъ мутныхъ теченій; онъ будетъ во всѣхъ своихъ дѣйствіяхъ руководиться не минутными настроеніями, а твердо установленными культурными принципами.

Только такой судья будетъ въ состояніи содѣйствовать прогрессивному развитію права и будетъ пользоваться авторитетомъ у всѣхъ окружающихъ его. Уже и теперь, не смотря на огромную массу пережитковъ прежнихъ временъ, духовныя богатства (и въ частности—научныя знанія) представляютъ собою большую силу и источникъ авторитета, а чѣмъ дальше, тѣмъ значеніе этихъ богатствъ будетъ увеличиваться, и пожеланіе Платона, чтобы государствомъ управляли философы, быть можетъ изъ міра утопій перейдетъ въ томъ или иномъ видѣ въ область дѣйствительности.

Причисляя судью къ умственной аристократіи страны, я вовсе не думаю этимъ превращать его въ профессіональнаго ученаго. Можно не быть профессіональнымъ ученымъ и все таки принимать полное участіе въ высшей духовной жизни человѣчества, постоянно стремясь не только не забыть вынесенныя изъ университета знанія, но на сколько возможно расширять ихъ, глубоко интересуясь вообще всѣмъ выдающимся въ области науки и искусства, а главное—постоянно сохраняя въ себѣ

идеалы, завѣщанные университетомъ, идеалы, которые къ величайшему сожалѣнію столь многіе судебные дѣятели считаютъ принадлежностью только студенческаго времени

Теперь мы подходимъ къ важному вопросу. какими мѣрами государство можетъ обезпечить подготовку такихъ именно судей.

Здѣсь какъ нельзя лучше обнаруживается тѣсная связь, которая существуетъ между всѣми частями государственнаго организма: основа, на которой только и возможна подготовка такихъ судей, есть университетъ, и притомъ университетъ въ настоящемъ, высокомъ значеніи этого слова, какъ храмъ науки вообще (universitas litterarum).

Могутъ возразить, 1) что есть выдающіеся судебные дѣятели, не обладающіе академическими дипломами и 2) есть очень много судебныхъ дѣятелей, которымъ высшее образованіе нисколько не не мѣшаетъ быть чиновниками-карьеристами, поражающихъ бѣдностью своей духовной жизни, узкихъ формалистовъ, считающихъ верховнымъ принципомъ своей дѣятельности волю „начальства“. Не отрицая существованія обѣихъ категорій, я долженъ сказать, что идея университета нисколько не повинна въ томъ, что жизнь знаетъ многочисленныя уклоненія отъ этой идеи. При нормальной постановкѣ университетскаго дѣла количество представителей второй категоріи судебныхъ дѣятелей значительно бы сократилось *). А съ другой стороны даже и эти дѣятели сдѣлались бы иными, не проявили бы всѣхъ своихъ непривлекательныхъ сторонъ, если бы были поставлены въ надлежащія условія, противоположныя бюрократической системѣ, т. е. если бы судъ былъ организованъ согласно указываемымъ наукой принципамъ.

---

*) Что касается первой категории, то нельзя не замѣтить, что человѣкъ, не получившій высшаго научнаго образованія (юридическаго) лишь по исключенію можетъ быть хорошимъ судьей И хотя возможны примѣры совершенно интеллигентныхъ людей, путемъ самообразованія достигшихъ высокаго научнаго уровня, но организаціонный законъ не долженъ расчитывать на это. онъ долженъ создать общія гаранти и обусловить полученіе судейскаго кресла обладаніемъ формальными доказательствами высшихъ научныхъ знаній. Иначе легко можно дойти до того, что судьей будетъ назначенъ какой-нибудь совершенно ограниченный канцелярскій служитель безъ всякаго образованія

Итакъ, какова должна быть нормальная постановка университетской подготовки судебныхъ дѣятелей?

Какъ извѣстно, существуютъ на этотъ предметъ два противоположныхъ возрѣнія. Одно смотритъ на юридическій факультетъ какъ на спеціально-техническую школу, имѣющую единственной задачей практическую подготовку судебныхъ и административныхъ должностныхъ лицъ. Университетъ долженъ давать исчерпывающее знакомство съ дѣйствующимъ правомъ, долженъ пріучить студента примѣнять это право къ жизни, дать ему знакомство съ техническими пріемами служебныхъ дѣйствій, такъ, чтобы молодой юристъ, переступивъ порогъ университета, сразу могъ бы самостоятельно работать.

Другое воззрѣніе требуетъ, чтобы университетъ давалъ чисто-научную подготовку; практическія знанія должны пріобрѣтаться уже на службѣ (стажъ).

Изъ всего сказаннаго выше очевидно, что если бы построить университетское преподаваніе согласно первому воззрѣнію, о судьяхъ, какъ представителяхъ высшей духовной жизни, какъ носителяхъ лучшихъ идеаловъ не могло бы быть и рѣчи. Такой режимъ далъ бы только односторонніхъ узкихъ спеціалистовъ.—Кромѣ того, такое изученіе права было бы поражено слѣдующимъ кореннымъ порокомъ: знатокъ дѣйствующихъ законовъ очутится въ безвыходномъ положеніи, стоитъ только сегодня отмѣнить изученные имъ законы и замѣнить ихъ новыми,—всю науку ему тогда надо начинать сначала.

Юридическое образованіе должно быть построено такъ, чтобы прошедшій школу юристъ былъ въ состояніи примѣнять любой кодексъ, ориентироваться въ любомъ законодательствѣ.

Для этого необходимо, чтобы чистотеоретическій элементъ былъ основой преподаванія. Само собою разумѣется, что при этомъ дѣйствующее право не можетъ оставаться въ сторонѣ. Если вообще научные принципы должны изучаться въ ихъ примѣненіи къ явленіямъ жизни, если научное знаніе возможно лишь на твердой почвѣ фактовъ, то отечественная юридическая жизнь должна играть въ доставленіи этихъ фактовъ преобладающую роль. Но при этомъ никогда не надо забывать, что факты не играютъ самостоятельной роли, а служатъ лишь средствомъ для высшихъ цѣлей, единственно достойныхъ академическаго преподаванія. Эти цѣли заключаются въ

созданіи идеала права, въ одухотвореніи повидимому сухого организма законодательной системы, въ уясненіи жизненныхъ основъ правовыхъ институтовъ, въ развитіи способности самостоятельнаго юридическаго мышленія и овладѣніи научнымъ методомъ. „Задача высшаго образованія—возвысить умъ надъ знаніемъ деталей и создать въ человѣкѣ способность къ выработкѣ личныхъ идей... Возможно широкое культивированіе научнаго метода въ факультетскихъ курсахъ и полное отреченіе отъ профессіональныхъ задачъ—вотъ что должно составлять нашу единственную заботу. Знаній—легіонъ, а методъ—одинъ. Знанія, не объединенныя методомъ, забываются, методъ же напротивъ того, остается съ человѣкомъ. Освоенные съ пріемами научнаго изслѣдованія, овладѣвшіе не только знаніемъ фактовъ, но и способомъ пріобрѣтенія этихъ знаній, молодые юристы выступятъ во всеоружіи на арену общественной дѣятельности и готовы будутъ къ разрѣшенію какихъ—угодно задачъ практической жизни“ *).

Вотъ почему исключительно догматическій методъ преподаванія на юридическихъ факультетахъ никоимъ образомъ не можетъ быть признанъ явленіемъ нормальнымъ. Догматическое изученіе права должно быть лишь однимъ изъ элементовъ академическаго преподаванія и притомъ элементомъ не преобладающимъ. Конечно, юристъ долженъ въ совершенствѣ владѣть формально юридическимъ методомъ, долженъ между прочимъ изучить право какъ форму, независимо отъ содержанія, долженъ быть знакомъ съ нормативной функціей права. Но этимъ ограничиться нельзя. Право есть вмѣстѣ съ тѣмъ и соціальное явленіе. и лишь на почвѣ всесторонняго изученія права, общества и государства можетъ идти рѣчь о подготовкѣ научно образованныхъ судей, способныхъ занять почетное мѣсто въ немногочисленныхъ рядахъ руководящаго меньшинства. А такъ какъ выработать себѣ цѣльное и солидно обоснованное общественное міровоззрѣніе нельзя, изучая исключительно чисто-юридическія дисциплины, такъ какъ изученіе одной формы безъ содержанія никогда не можетъ дать полнаго знанія, то нельзя не отнестись съ симпатіей къ предложеніямъ, напр., о переименованіи юридическихъ факультетовъ въ Facultés des Sciences Sociales **).

*) Вс Удинцевъ Спеціальные курсы въ парижскомъ юридическомъ факультетѣ. 1898. 27.

**) F. Faure. La sociologie dans les Facultés de droit 1893.

Этимъ, конечно, я не хочу сказать, что соціологія есть альфа и омега всѣхъ общественныхъ знаній. Напротивъ, при томъ состояніи соціологіи, въ которомъ она находится до сихъ поръ и которое заставляетъ такъ отрицательно относиться къ ней многихъ выдающихся ученыхъ, чрезмѣрное увлеченіе соціологизмомъ можетъ повлечь за собою очень печальные результаты*). Но какъ элементъ въ академическомъ изученіи права, общества и государства, соціологія и ея методы должны играть важную роль: безъ нихъ невозможно цѣльное и всестороннее знаніе.

Изложенное приводитъ къ выводу, что существующее, напр., въ Германіи раздѣленіе на юридическія и государственныя науки и отнесеніе этихъ послѣднихъ къ историко-филологическому (философскому) факультету должно быть признано нежелательнымъ **).

Но достаточно ли одного изученія соціальныхъ наукъ для выработки цѣльнаго міровоззрѣнія, для достиженія идеала высшаго образованія—идейности и универсальности? Конечно, нѣтъ ***). Необходимо основательное знакомство съ науками, не входящими въ кругъ соціальныхъ наукъ, необходимо знакомство съ естествознаніемъ, математикой. И въ особенности необходимо самое глубокое изученіе философіи во всѣхъ ея дисци-

---

*) И самымъ печальнымъ изъ этихъ результатовъ является забвеніе абсолютной цѣнности личности, какъ свободнаго центра этическихъ опредѣленій, какъ источника прогрессивнаго движенія исторіи культуры.

**) Вредныя стороны такого раздѣленія парализуются тѣмъ, что въ планы преподаванія на германскихъ юридическихъ факультетахъ входятъ: политическая экономія, финансы, общее ученіе о государствѣ и т. д. Ср. Daude und Wolff. Die Ordnung des Rechtsstudiums und der ersten juristischen Prufung in den deutschen Bundesstaaten. 1903.—„Das Studium der Staatswissenschaften (insbesondere Encyklopadie der Staatswissenschaften, Nationalokonomie Finanzwissenschaft, Statistik) steht mit demjenigen der Rechtswissenschaft in innigem Zusammenhange. Staatswissenschaften hat neben der Rechtswissenschaft derjenige zu studieren, welcher sich dem Verwaltungsdienste zu widmen gedenkt; aber die Kenntniss zum Mindesten ihrer Grundlehren ist fur jeden Juristen unentbehrich (стр. 97, изъ оффиціальныхъ программъ).

***) „И я вамъ говорю, всѣмъ учащимся на разныхъ факультетахъ, говорю и буду всегда говорить: не замыкайтесь въ своихъ спеціальностяхъ, не убивайте въ себѣ высшихъ стремленій духа, заботьтесь о своемъ общемъ образованіи; особенно изучайте внутренній міръ человѣка и его общественную жизнь, изучайте по возможности всесторонне, не думая, напр., что одна индивидуальная психологія или одна политическая экономія заключаетъ въ себѣ всю истину о человѣкѣ и обществѣ; и однимъ словомъ, работайте надъ пріобрѣтеніемъ по возможности полнаго и цѣльнаго міросозерцанія, которое руководило бы васъ въ жизни, взятой въ высшемъ своемъ значеніи разумной и нравственной дѣятельности".—(Н. Карѣевъ. Что такое общее образованіе. 1895. 54).

плинахъ (логика, психологія, метафизика, исторія философіи и т. д.). Пренебреженіе философской подготовкой всегда имѣло самыя нежелательныя послѣдствія во всѣхъ отрасляхъ человѣческаго знанія и въ особенности въ соціально-юридическихъ наукахъ. Проблемы философіи, столь глубокія и всеобъемлющія и такъ настоятельно требующія разрѣшенія, безконечные горизонты, раскрывающіеся передъ великими мыслителями и увлекающіе читателя, критическій методъ, во всей своей полнотѣ и послѣдовательности проводимый только въ философіи, стремленіе къ самымъ высшимъ обобщеніемъ, грандіознѣйшія концепціи человѣческаго ума, заставляющія преклоняться передъ духовной силой, дающія увѣренность въ ея безконечномъ могуществѣ, показывающія всю необъятность содержанія духа,—все это дѣлаетъ философію не только безусловно необходимымъ элементомъ, но и основой общаго образованія. Каждый, кому приходилось серьезно работать въ этой области, знаетъ, что за тѣ минуты полнаго удовлетворенія и высшаго духовнаго наслажденія, которыя даетъ философія, можно простить ей очень и очень многое*).

А для юриста изученіе философіи важно еще и потому, что право есть лишь часть общаго этическаго порядка.

Но тутъ неизбѣжно возникаетъ очень серіозный вопросъ: какъ организовать преподаваніе такимъ образомъ, чтобы студентъ имѣлъ возможность работать въ области только что названныхъ наукъ, когда и безъ того требуется расширеніе области изученія на юридическихъ факультетахъ и превращенія ихъ въ факультеты соціальныхъ наукъ?

Въ Германіи учебные планы юридическихъ факультетовъ рекомендуютъ студентамъ въ теченіи первыхъ семестровъ ихъ академической жизни прослушать нѣсколько курсовъ по философіи и исторіи; на первомъ государственномъ экзаменѣ требуется представленіе доказательствъ исполненія этого совѣта **). Недостатокъ философской подготовки юристовъ во Франціи ощущается

*) Безусловно правъ поэтому Ремке, говоря: „не каждому доступно занятіе философіей, но оно необходимо для того, кто имѣетъ притязаніе считаться образованнымъ". („Очеркъ исторіи философіи". 1898. I.).

**) См. Daude und Wolff. l. c., 9, 12, 32, 45, 82, 87 et pass

даже среди практиковъ *). Важность обще-научной подготовки и печальныя послѣдствія дефектовъ въ этой области сознаются и представителями практики въ Россіи **).

Здѣсь, конечно, не мѣсто подробно изслѣдовать вопросъ объ организаціи университетскаго преподаванія. Но въ виду чрезвычайной важности этого вопроса для вопроса о научной подготовкѣ судей, нельзя не попытаться намѣтить путь къ разрѣшенію перваго вопроса.

Нормальны ли такъ часто встрѣчающіяся въ жизни явленія, что человѣкъ, получившій высшее научное образованіе въ университетѣ, оказывается совершеннымъ профаномъ въ наукахъ „не его спеціальности“ и даже не имѣющимъ къ этимъ наукамъ ни малѣйшаго интереса? Нормально ли, когда напр., филологъ, изучавшій исторію, не имѣетъ никакихъ правильныхъ понятій о такомъ важномъ культурномъ факторѣ, какъ право, совершенно не знакомъ съ правовыми и экономическими явленіями изучаемыхъ имъ государствъ? Или, когда медикъ является полнымъ невѣждой въ области тѣхъ явленій, съ которыми ему такъ часто приходится соприкасаться, и съ плеча рѣшаетъ, что каждое преступленіе есть „психозъ,“ что всѣхъ преступниковъ надо не наказывать, а лечить? Или, когда естественникъ авторитетно утверждаетъ, что въ сущности не можетъ быть соціальныхъ наукъ, потому что къ нимъ не примѣнимы тѣ методы, которыми онъ оперируетъ въ своей области? Или когда профессоръ изо всѣхъ силъ старается оградить свою науку китайской стѣной даже отъ родственныхъ наукъ того же факультета?

---

*) См. напр работу члена французской прокуратуры M. Volf'a „Le juge criminel 1891, стр 16.

**) В. Дерюжинскій. Судебные дѣятели объ университетской подготовкѣ молодыхъ юристовъ ЖМЮ 1902. VII.—Прекрасно по этому поводу пишетъ министръ юстиціи Н В Муравьевъ: „Недостатокъ такого общаго образованія безспорно крайне чувствителенъ въ области судебной дѣятельности, по самой сущности своей представляющейся въ высшей степени разнохарактерною и затрогивающею самыя разнообразныя стороны современной жизни Юристу-практику, постоянно сталкивающемуся при исполненіи лежащихъ на немъ обязанностей съ господствующими въ современномъ обществѣ воззрѣніями и нарождающимися культурными и экономическими вопросами, болѣе, чѣмъ, быть можетъ, всякому другому общественному дѣятелю, необходимо обладать широкимъ и всесторонниимъ образованіемъ, могущимъ дать ему возможность умѣло разобраться въ каждомъ восходящемъ на его разсмотрѣніи жизненномъ явленіи, подвергнуть его юридическому анализу и правильно и объективно разрѣшить возникшую въ данномъ явленіи коллизію интересовъ“ (ib, 224).

Очевидно нѣтъ. Такой порядокъ въ концѣ концовъ приводитъ къ тому, что классъ узкихъ, ограниченныхъ спеціалистовъ разростается до невѣроятныхъ размѣровъ, что спеціалисты эти вмѣсто того, чтобы работать надъ усовершенствованіемъ извѣстной отрасли знанія, какъ части одного общаго научнаго организма, наводняютъ эту отрасль томами „изслѣдованій", образующихъ поистинѣ Авгіевы конюшни. Д. Гершель прекрасно замѣчаетъ: „Нужно однако помнить, что всякій успѣхъ знанія въ обобщеніи былъ въ тоже время шагомъ впередъ въ упрощеніи" *). Этого-то „упрощенія" (т. е. въ сущности болѣе глубокаго, отчетливаго и яснаго пониманія) мы бы напрасно стали ждать отъ изслѣдователей, проникнутыхъ принципами узкой спеціализаціи, съ узкимъ міровоззрѣніемъ и ограниченными идеалами. Когда видишь, что о какомъ-нибудь микроскопическомъ вопросѣ пишутся объемистыя сочиненія, все содержаніе которыхъ съ великимъ удобствомъ и пользой для дѣла могло бы помѣститься на нѣсколькихъ страницахъ, невольно вспоминаешь остроумную характеристику такого рода ученыхъ у Гейне въ его Harzreise, а также злую и рѣзкую насмѣшку Шопенгауера въ Parerga und Paralipomena II, § 283 **). Съ другой стороны слѣдствія узкой спеціализаціи проявляются очень наглядно въ массѣ практиковъ разныхъ профессій, обладающихъ университетскими дипломами и обнаруживающихъ такое убожество мысли, такую крайнюю ограниченность и односторонность, что о нихъ можно сказать словами Фауста:

. . . . ich finde nicht die Spur
Von einem Geist, und alles ist Dressur.

Думается мнѣ, что однимъ изъ лучшихъ средствъ для прогресса въ этой области было бы реформированіе университетстаго преподаванія въ смыслѣ бо̀льшаго объединенія наукъ

*) „Философія естествознанія" 1868 355.

**) Н. Коркуновъ въ своей „Исторіи философіи права" (1896, 107—108), говоря о средневѣковыхъ комментаторахъ—схоластикахъ, отличавшихся крайнею безсодержательностью и вмѣстѣ съ тѣмъ необыкновенною пространностью изложенія, приводитъ очень любопытные примѣры изъ работъ схоластиковъ. Если бы не годы на обложкахъ книгъ, то многіе изъ современныхъ авторовъ могли бы быть приняты за средневѣковыхъ схоластиковъ, размышлявшихъ, напр., о томъ, можетъ ли мышь, съѣвшая св. Дары, принять тѣло Господне? Въ самомъ дѣлѣ, не аналогичный ли характеръ носитъ открытіе нѣмецкаго ученаго Борста, что есть 12 родовъ и 42 степени соучастія? (Работа Борста мнѣ неизвѣстна. Цитирую по Таганцеву „Лекціи". II, 883).

въ связи съ необходимымъ очищеніемъ многихъ наукъ (особенно при академическомъ ихъ преподаваніи) отъ ненужнаго хлама и строго теоретическимъ направленіемъ всего преподаванія*).

Надо сдѣлать такъ, чтобы каждый студентъ имѣлъ возможность получить общенаучную подготовку, чтобы въ университетахъ была бы устранена возможность образованія узкихъ спеціалистовъ. Для того лучшимъ средствомъ было бы продленіе университетскаго курса до пяти лѣтъ, причемъ первые два года всѣ студенты безъ различія спеціальностей (которыхъ еще не должно быть) слушали бы общеобразовательные курсы и получили бы прочную общенаучную основу. Вѣдь такія науки какъ логика, психологія, философія, исторія, теорія и исторія искусствъ, общая теорія права, политическая экономія, антропологія, физика, біологія, астрономія и т. п. одинаково необходимы для выработки міровоззрѣнія и одинаково должны интересовать каждаго мыслящаго человѣка. Остальные три года могли бы быть посвящены спеціальнымъ цикламъ наукъ (дѣленіе на факультеты) причемъ въ виду особой важности нѣкоторыхъ изъ наукъ, читающихся первые два года (напр философія), необходимо преподаваніе ихъ провести черезъ весь университетскій курсъ **).

---

*) Относительно юридическаго факультета что послѣднее требованіе должно выразиться въ перемѣщеніи центра тяжести на чисто—теоретическій элементъ каждой изъ читаемыхъ наукъ Необходимо на послѣднемъ курсѣ, т. е. когда студенты будутъ обладать значительной подготовкой и общенаучной, и спеціальной, когда они достаточно освоятся со всѣмъ организмомъ права и пріобрѣтутъ достаточный запасъ фактовъ,—прочесть имъ обстоятельный, подробно разработанный курсъ философіи права (курсъ исторіи философіи права долженъ предшествовать этому курсу)

**) Первые два курса слѣдуетъ организовать такъ, чтобы пройдя ихъ студентъ кромѣ пріобрѣтенія надежнаго матеріала для выработки впослѣдствіи цѣльнаго и богатаго по содержанію міровоззрѣнія, получилъ бы солидную основу для дальнѣйшихъ плодотворныхъ работъ на избранномъ имъ факультетѣ. Для этого напр. изъ огромнаго цикла естественныхъ и математическихъ наукъ слѣдовало бы избрать нѣсколько наиболѣе соотвѣтствующихъ достиженію указанныхъ цѣлей, а также читать отдѣльные курсы спеціальнаго характера.—Лично мнѣ кажется, что списокъ читаемыхъ курсовъ могъ бы быть слѣдующимъ (кромѣ иностранныхъ языковъ). I. Введеніе въ высшую математику, аналитическая геометрія, астрономія. II. Физика, химія біологія, сравнительная анатомія, ботаника III. Логика, психологія, введеніе въ философію, всеобщая исторія исторія литературы, теорія и исторія искусствъ. IV Юридическая энциклопедія, политическая экономія, соціологія.—При раціональномъ распредѣленіи читаемыхъ курсовъ и пяти ежедневныхъ лекціяхъ студентъ въ два года можетъ достигнуть требуемыхъ резуль-

На возраженіе, что нельзя въ три года основательно изучить спеціальныя науки, слѣдуетъ отвѣтить, что при раціональной постановкѣ преподаванія, все, что въ настоящее время проходится напр., у насъ на юридическихъ факультетахъ, можно сдѣлать въ какія нибудь два года Необходимо сокращеніе очень многаго, что теперь преподается. Такому сокращенію слѣдовало бы подвергнуть напр. курсы римскаго права, число часовъ посвященныхъ которому доходитъ до громадныхъ цифръ *). Представляется излишнимъ каѳедра церковнаго права съ о б я з а т е л ь н ы м ъ характеромъ: церковное право могло бы съ большимъ удобствомъ составить для приватъ-доцента необязательной спеціальный курсъ. Наконецъ, можно ли назвать нормальнымъ то большое количество недѣльныхъ лекцій, которыя удѣляются многимъ наукамъ? Не поражаетъ ли каждаго наблюдателя своею ненормальностью такое явленіе: профессоръ, издавшій свой подробный курсъ, читаетъ тотъ же курсъ на лекціяхъ, обыкновенно сокращая, а иногда кое—что дополняя? Какую пользу можетъ студентъ извлечь изъ такихъ лекцій и не гораздо ли проще проштудировать курсъ дома, не теряя времени на лекціи? **).

Лекціонная система, на которую въ послѣднее время такъ незаслуженно нападали, должна, конечно, на всегда сохранить самое почетное мѣсто въ университетскомъ преподаваніи, т. к. обладаетъ очень многими цѣнными качествами ***). Но эти качества

татовъ Это достиженіе должно быть контролируемо строгими экзаменами (п р е д м е т н а я с и с т е м а), удовлетворительный исходъ которыхъ есть conditio sine qua non допущенія на отдѣльные факультеты

*) Само собою разумѣется, что римское право всегда должно остаться въ системѣ преподаванія какъ въ высшей степени цѣнный элементъ.

**) Совершенно правъ A s c h r o t t, говоря, что лекціи должны лишь д о п о л н я т ь учебники и что безъ ознакомленія съ основами студентъ не можетъ сознательно отнестись къ этимъ „дополненіямъ“, поэтому является необходимымъ предварительно проштудировать (подъ руководствомъ приватъ-доцентовъ) хорошіе учебники. а потомъ уже начать слушать лекціи „Das Universitatsstudium und insbesondere die Ausbildung der Juristen in England 1887 35 и слѣд

***) Профессоръ проповѣдующій уничтоженіе лекціонной системы, выдаетъ себѣ testimonium paupertatis: никакая книга не можетъ дать студенту того что даетъ лекція. Помимо чисто-педагогическаго значенія живаго слова и вліянія личности преподавателя, помимо существеннаго различія между *законченнымъ и застывшимъ* (книга) и *находящимся въ процессѣ образованія, движущимся* (лекція),—въ аудиторіи каждый излагаемый вопросъ является передъ студентомъ въ видѣ результата личнаго отношенія къ вопросу, личной работы надъ нимъ человѣка, посвятившаго служенію наукѣ всю свою жизнь.

только тогда могутъ обнаружиться во всемъ своемъ блескѣ, когда профессоръ будетъ имѣть больше времени для приготовленія лекцій, когда самое количество ихъ значительно сократится. Если студентъ предварительно проштудировалъ хорошій учебникъ и быть можетъ двѣ—три монографіи, тогда какихъ—нибудь десятка два содержательныхъ и съ настроеніемъ прочитанныхъ лекцій гораздо больше дадутъ ему, чѣмъ длинный курсъ по шести лекцій въ недѣлю, на которыхъ профессоръ обязанъ тянуть скучную канитель, страница за страницей „разсказывая своими словами“ напечатанный имъ учебникъ.

Каждому слушавшему лекціи и каждому университетскому преподователю хорошо извѣстны примѣры, когда какой—нибудь необязательный спеціальный курсъ, состоявшій изъ десятка лекцій, возбуждалъ интересъ къ наукѣ, будилъ мысль, давалъ массу идейнаго содержанія и оставлялъ неизгладимый слѣдъ на всю жизнь,—а рядомъ съ этимъ курсомъ многіе обязательные курсы съ огромнымъ количествомъ недѣльныхъ лекцій являлись безплодной потерей времени. И въ этомъ обстоятельствѣ далеко не всегда виноватъ профессоръ: едва ли возможно найти ученаго, какъ бы онъ ни любилъ науку, какъ бы онъ ни зналъ ее, который былъ бы въ состояніи ежедневно читать лекціи съ такимъ настроеніемъ и такъ разработанныя, какъ это бываетъ, напр, со вступительными лекціями. И въ то время, какъ вступительную лекцію никто не затруднится напечатать, большинство профессоровъ было бы весьма огорчено, если бы появились въ печати многія изъ прочитанныхъ ими въ теченіи курса лекцій. Конечно, невозможно требовать, чтобы каждая лекція была бы цѣннымъ вкладомъ въ науку, чтобы она была бы образцовымъ произведеніемъ въ смыслѣ полноты, законченности, сжатости, внѣшней отдѣлки, чтобы наконецъ, каждая лекція была прочитана съ одинаковымъ подъемомъ и настроеніемъ. Но во всякомъ случаѣ необходимо стремиться создать такой порядокъ, при которомъ каждый преподаватель могъ бы не дѣлать такой разницы между вступительными лекціями, въ которыхъ онъ старается дать все лучшее, на что только онъ способенъ,—и обычными лекціями въ теченіи курса.

Достигнуть этого можно только тогда, когда количество лекцій будетъ сокращено до необходимаго

минимума, когда самому профессору будетъ предоставлена полная свобода въ опредѣленіи размѣровъ, содержанія курса, времени его начала и окончанія. *Работа профессора есть одинъ изъ видовъ высшей духовной дѣятельности и посему никакая внѣшняя регламентація, въ особенности никакой бюрократическій надзоръ здѣсь по самому существу невозможенъ* *). Профессоръ долженъ имѣть въ своемъ распоряженіи много свободнаго времени для того, чтобы быть въ состояніи исполнить свое назначеніе, быть въ состояніи не смотрѣть на свои лекціи какъ на дѣло второстепенное сравнительно съ чисто учеными работами. Скажу больше. Профессоръ долженъ смотрѣть на чтеніе лекцій, какъ на самое важное дѣло своей жизни; писаніе ученыхъ трудовъ должно быть поставлено на второмъ планѣ Только тогда профессоръ будетъ неутомимо, съ любовью работать надъ подготовкой лекцій, вложитъ въ нихъ результаты всѣхъ своихъ чтеній, размышленій, наблюденій; будетъ постоянно улучшать лекціи какъ со стороны формы, такъ и стороны содержанія. И тогда его лекціи будутъ проникнуты живымъ духомъ, окажутъ самое благотворное вліяніе на аудиторію, будутъ давать студентамъ много, а не сведутся къ комментированію учебника или къ механическимъ компиляціямъ.

Одновременно съ достиженіемъ только что указаннаго результата, результата первостепенной важности, сокращеніе количества лекцій дастъ возможность расширить область изучаемаго на юридическихъ факультетахъ. Тогда и не можетъ возникнуть вопросъ о недостаточности трехлѣтняго курса для намѣченной широкой программы; тогда, наконецъ, возможно расширить постановку спеціальныхъ курсовъ и развить столь важный для науки и для академической жизни институтъ, какъ институтъ приватъ-доцентовъ.

Но если лекціонная система должна всегда занимать первое, самое почетное мѣсто въ академическомъ преподаваніи, то съ

---

*) Нельзя не отмѣтить унизительнаго, полицейски-бюрократическаго порядка, существующаго въ настоящее время въ Россіи инспекція (т. е. институтъ чисто-полицейскій, въ высокой степени несимпатичный) ведетъ еженедѣльные „кондуитные списки“ профессоровъ, отмѣчая каждую пропущенную лекцію. Любопытно, что счетъ „пропущенныхъ“ лекцій ведется для всѣхъ преподавателей съ 1 сентября, хотя бы нѣкоторые преподаватели начинали свои курсы значительно позже.

другой стороны эта система должна быть дополнена системой практическихъ занятій, семинарій. Эти практическія занятія возможны въ двухъ различныхъ другъ отъ друга видахъ: 1) предварительной, черновой т. ск. работы штудированія избранныхъ учебниковъ, какъ основы для дальнѣйшаго слушанія лекцій и 2) занятій, направленныхъ на развитіе самостоятельнаго отношенія студентовъ къ научнымъ вопросамъ, на болѣе глубокое изученіе отдѣльныхъ вопросовъ, на развитіе юридическаго мышленія и на ознакомленіе съ научными методами. Этотъ второй видъ практическихъ занятій никоимъ образомъ не долженъ вырождаться въ пріобрѣтеніе разныхъ техническихъ навыковъ, не долженъ быть направленъ на подготовку чисто—профессіональную. Практическія занятія должны носить строго—научный характеръ*).

Въ послѣднее время (въ особенности въ Германіи) стали много говорить о чисто—учебномъ назначеніи юридическихъ факультетовъ. Напр. извѣстный Эйзенахскій съѣздъ германскихъ профессоровъ права, высказавшись противъ юриспруденціи, основанной на однихъ параграфахъ закона, подчеркнулъ необходимость основательнаго изученія дѣйствующаго права, а очень многіе члены съѣзда настаивали на необходимости для профессора быть не только ученымъ изслѣдователемъ, но и учителемъ права**).

Въ этихъ требованіяхъ заключается не мало истины. Дѣйствительно, задача юридическаго факультета должна быть *и* учебной. Эта сторона дѣла должна выражаться 1) въ томъ, чтобы не оставлять студентовъ быть пассивными слушателями, а напротивъ—пріучать ихъ къ самостоятельнымъ научнымъ работамъ,

*) Важные моменты юридическаго образованія указаны въ работѣ Л. С. Бѣлогрицъ—Котляревскаго Къ вопросу о высшемъ юридическомъ преподаваніи. (Юрид. Вѣстн. 1886. № 6)

**) Friedberg. Die kunftige Gestaltung der deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlussen der Eisenacher Konferenz. 1896—Ср. Schlossmann. Burgerliches Gesetzbuch und akademischer Rechtsunterricht. 1896. Для ознакомленія съ теченіями мысли относительно реформы академическаго преподаванія права см: Blondel. La réforme des études juridiques en Allemagne; Burckhard. Zur Reform der juristischen Studien; Goldschmidt. Rechtsstudium und Prufungsordnung; Holtzendorff. Deutscher und franzosischer Rechtsunterricht; Liszt. Die Reform des juristischen Studiums in Preussen; Ortloff. Die Reform des Studiums der Rechts—und Staatswissenschaften; Rumelin. Zur Reform des juristischen Unterrichts; Pann. Zur Reform des juristischen Studien und Prufungswesens.

развивать ихъ юридическое мышленіе, довести до возможности активно и сознательно оперировать научными методами, и 2) контролировать ихъ занятія. Очевидно, что для осуществленія перваго пункта этой программы лекціонная система мало пригодна; отсюда важность цѣлесообразной постановки практическихъ занятій. Что касается второго пункта, то единственно пригоднымъ способомъ контроля могутъ быть только экзамены *)

Всякій другой способъ (напр. требованіе обязательнаго посѣщенія лекцій. требованіе обязательной подписки на извѣстные курсы, система зачета семестровъ)—совершенно несовмѣстимъ съ принципомъ академической свободы. Студенты—взрослые люди а не школьники **). Совершенно достаточно объявить имъ для руководства (въ видѣ необязательнаго совѣта) извѣстный выработанный факультетомъ планъ занятій, подробно мотивированный, а затѣмъ надо предоставить доброй волѣ студента слѣдовать или нѣтъ этому плану, посѣщать или нѣтъ университетъ, выбирать тотъ или иной курсъ, тѣ или иныя практическія занятія. Въ объявленныхъ планахъ должны быть указаны подробно всѣ требованія, которыя предъявятся студенту на экзаменахъ, какъ во время прохожденія университетскаго курса ***), такъ и на окончательныхъ.

Такой порядокъ, нисколько не стѣсняя академической свободы, могъ бы въ значительной степени устранить то печальное явленіе. которое охарактеризовалъ Паульсенъ словами: „Die Juristen wollen etwas werden, aber nichts lernen“ †). Само собою разумѣется, что экзамены не должны быть пустымъ звукомъ, формальной комедіей †*) Хотя

---

*) Freiheit ohne Moglichkeit des Missbrauchs ist ein unmogliches Ding. Es giebt nur ein mogliches und notwendiges Gegengewicht der Freiheit· das ist ein strenges Staatsexamen“. (Paulsen l c., 366).

**) Ср. прекрасныя замѣчанія о значеніи академической свободы у Дернбурга „Die Reform der juristischen Studienordnung 1886. 9–12, а также въ не разъ цитированной книгѣ Паульсена.

***) О т. к. Zwischenprufungen дѣльныя замѣчанія у Ортлофа „Das Studium der Rechts und Staatswissenschaft. 1903. 59 и слѣд.

†) Die deutschen Universitaten. 505—„Etwa ein Drittel unserer Rechtsstudenten studiert wirklich, sagt Gneist; das zweite Drittel will er als „Halbstudenten“ bezeichnen, das dritte Drittel studiert fast nur dem Namen nach“. (Cohn. Ueber die Vorbildung zum hoheren Verwaltungsdienste in den deutschen Staaten)

†*) Я, конечно, разумѣю экзамены строго научнаго характера, безъ малѣйшей придирчивости, безъ преувеличенныхъ требованій. И въ особенности ненормаль-

и разсуждая отвлеченно можно сказать, что экзамены, производимые только для внѣшности, представляютъ собою нарушеніе профессоромъ своего долга по отношенію къ государству (т. к. онъ удостовѣряетъ оффиціально наличность у экзаменующагося такихъ данныхъ, какихъ въ дѣйствительности не существуетъ, и выпускаетъ въ государство подъ видомъ интеллигентнаго работника высшаго порядка человѣка съ весьма сомнительнымъ духовнымъ содержаніемъ) но тотъ, кому не приходилось въ самой жизни наблюдать всѣхъ печальныхъ результатовъ такихъ экзаменовъ, не можетъ составить себѣ надлежащаго понятія, какой вредъ приноситъ слабое сознаніе профессорами своего долга.

Никакія соображенія гуманности не могутъ имѣть мѣста, напр., тамъ, гдѣ дѣло идетъ о подготовкѣ лицъ, которымъ будутъ ввѣрены столь важныя и отвѣтственныя функціи, какъ судейская, функціи, требующія такихъ глубокихъ и широкихъ знаній. Надѣяться на то, что выпущенные изъ университета недоучки впослѣдствіи сами будутъ стремиться къ пріобрѣтенію знаній и пополнять свое научное образованіе,—это значитъ не знать жизни и крайне рѣдкія исключенія возводить въ общее правило *).

Кто въ университетѣ не пріобрѣлъ научной подготовки и запаса идеаловъ, тотъ, поступивъ на службу, можетъ пожалуй, сдѣлаться хорошимъ чиновникомъ—бюрократомъ, но никогда не будетъ принадлежать къ духовной аристократіи страны, никогда не почувствуетъ интереса къ наукѣ, съ которой онъ былъ знакомъ только по наслышкѣ, а между тѣмъ, опираясь на свой дипломъ, будетъ предъявлять къ государству высокія требованія.

Могучимъ факторомъ, содѣйствующимъ и учебной, и ученой цѣлямъ университета, является обязательное представленіе студентомъ письменныхъ работъ. Только тотъ, кто письменно излагалъ свои мысли, кто продѣлалъ самостоятельно все, что требуется для научнаго изслѣдованія хотя бы одного небольшого вопроса,—можетъ считаться получившимъ з а к о н ч е н н о е научное образованіе. Въ виду такой важности письменныхъ работъ представляется необ-

---

нымъ явленіемъ слѣдуетъ признать требованіе чисто календарныхъ знаній, въ родѣ: сколько въ Россіи судебныхъ палатъ? какова длина сѣти желѣзныхъ дорогъ тамъ-то? какою статьей предусмотрѣно дѣтоубійство? и т. п.

*) Совершенно вѣрно подчеркиваетъ германскій судья—практикъ K. D i c k e l чрезвычайную трудность пріобрѣтенія теоретической подготовки въ дальнѣйшей практикѣ. Ueber die Vorbildung der Juristen in Preussen etc". 1888. 15.

ходимымъ, чтобы каждый студентъ къ концу своего пребыванія въ университетѣ написалъ одну научную работу. Работа эта должна явиться результатомъ самостоятельнаго и исчерпывающаго изученія во всѣхъ подробностяхъ (при обязательномъ использованіи иностранной литературы хотя бы на одномъ языкѣ) какого-нибудь избраннаго вопроса одной изъ наукъ*).

Предлагаемый порядокъ, казалось бы, достаточно гарантируетъ подготовку всесторонне и вполнѣ научно образованныхъ судей. *Пять лѣтъ упорнаго и систематическаго труда въ идеальной области чистой науки, въ такой симпатичной обстановкѣ, какъ университетъ съ его академической свободой, въ благодарномъ возрастѣ полной свѣжести всѣхъ духовныхъ и физическихъ силъ,— все это, конечно, оставитъ неизгладимый отпечатокъ на всю жизнь человѣка, послужитъ источникомъ всѣхъ его лучшихъ, благородныхъ стремленій, привьетъ навсегда уваженіе и любовь къ наукѣ и глубокую вѣру въ окончательное торжество культурныхъ идеаловъ* **). Но для этого необходимо быть студентомъ не по названію только. Прекрасно замѣчаетъ проф. Карѣевъ, что „отскочить отъ человѣка можетъ только то, что извнѣ пристало къ нему, а что вошло въ плоть и кровь, что сдѣлалось составною частью самой личности, то лишь прочно и бываетъ“. И это совершенно понятно: человѣкъ не легко разстается съ тѣмъ, что пріобрѣтено имъ долгимъ, упорнымъ и систематическимъ трудомъ.

Вотъ почему необходима строгая и систематическая провѣрка того, дѣйствительно ли студентъ не злоупотребилъ своею свободой, дѣйствительно ли онъ все время работалъ. Конечно, въ понятіе академической свободы входитъ и право ничего не дѣлать. Поэтому никто не можетъ понуждать и заставлять студента работать, слушать лекціи и т. д. Но если онъ пожелаетъ получить отъ государства право, обусловленное

*) О чрезвычайной важности такого изученія избраннаго отдѣла см. прекрасныя замѣчанія у Рѣдкина „Изъ лекцій по исторіи философіи права въ связи съ исторіей философіи вообще“. 1889. I, 57—58.—Сюда какъ нельзя лучше примѣнима англійская поговорка: excellence in one thing is a better criterion of mental power than mediocrity in two.

**) Die Studentenjahre bilden einen Lebensabschnitt, der von entscheidender Bedeutung fur das ganze Leben ist; man kann sie der Blutezeit des Fruhlings vergleichen; von dem Fruchtansatz im Fruhling hangt die Ernte des Herbstes ab. (Paulsen. l. c, 339).

наличностью всѣхъ даваемыхъ университетомъ знаній, то вполнѣ логичнымъ является потребовать самыхъ неопровержимыхъ доказательствъ обладанія этими знаніями. Пора прекратить такой порядокъ вещей, при которомъ юридическій факультетъ, не смотря на всю серьезность, трудность и сложность изучаемыхъ на немъ наукъ, считается наиболѣе легкимъ изъ всѣхъ нашихъ факультетовъ и привлекаетъ къ себѣ студентовъ по соображеніямъ, ничего общаго съ наукой не имѣющимъ. Пора прекратить порядокъ, при которомъ „юристъ“ можетъ посвятить на „науку“ 2—3 мѣсяца и получитъ дипломъ, порядокъ, который главнымъ образомъ служитъ причиной того, что столь многіе изъ нашихъ судебныхъ дѣятелей обнаруживаютъ болѣе чѣмъ равнодушное отношеніе къ наукѣ, считая альфой и омегой юридическихъ знаній тезисы изъ кассаціонныхъ рѣшеній, помѣщенные въ изданіяхъ Таганцева, Боровиковскаго, Щегловитова и др.

Но предположимъ, что человѣкъ обладаетъ надлежащими нравственными качествами и получилъ основательную научную подготовку. Достаточно ли этихъ условій для немедленнаго занятія судейскаго кресла?

Вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ отрицательно. Кромѣ нравственныхъ качествъ и научной подготовки судья долженъ обладать еще третьимъ очень важнымъ качествомъ—опытомъ, какъ 1) житейскимъ вообще, такъ и 2) чисто-профессіональнымъ.

Судейская функція—окончательное разрѣшеніе вопросовъ, непосредственно касающихся самыхъ драгоцѣнныхъ благъ личности и основъ общежитія, не можетъ быть поручена совершенно молодому человѣку съ неустановившимся еще характеромъ, не знающему жизни. „Правосудіе не есть ремесло,“ говоритъ Принсъ: „оно—трудная наука, и даже болѣе—сложное искусство. Оно требуетъ очень надежнаго такта въ щекотливомъ обращеніи съ законами и съ людьми“ *). Вѣковая народная мудрость представляетъ себѣ судью не иначе,

*) Преступность и репрессія. Стр. 101.

какъ въ видѣ совершенно зрѣлаго мужа и даже старика, и въ этомъ она безусловно права: только человѣкъ, умудренный опытомъ, знающій жизнь, можетъ надлежащимъ образомъ оцѣнить тѣ явленія этой жизни, которыя даютъ основаніе для вмѣшательства государственной власти и притомъ такого опаснаго вмѣшательства, какъ сопряженнаго съ примѣненіемъ крайняго, обоюдуострaго средства охраны правопорядка.

Вотъ почему является въ высшей степени ненормальнымъ такой порядокъ вещей, при которомъ судейское кресло можетъ занять человѣкъ, только что сошедшій со школьной скамьи, когда такому почти юношѣ поручаютъ судить не дѣтей, а нерѣдко людей вдвое старше судьи, поручаютъ олицетворять собою высшій органъ правды, олицетворять абсолютное безпристрастіе, твердость, знаніе человѣческой души и умѣніе читать въ этой душѣ. Необходимо въ организаціонномъ законѣ обусловить полученіе судейской должности достиженіемъ опредѣленнаго количества лѣтъ Казалось бы, что минимумъ долженъ быть опредѣленъ въ 35 лѣтъ: лучше въ этомъ отношеніи взять немного больше, чѣмъ меньше *).

И здѣсь образцомъ можетъ служить англійская система назначенія судей. Въ Англіи судьи назначаются изъ числа опытныхъ, долго практиковавшихъ адвокатовъ, заслужившихъ извѣстность и уваженіе. Всѣ англійскіе судьи—люди весьма пожилые. Вотъ, напр., свѣдѣнія о лѣтахъ вестминстерскихъ судей въ 1904 году, заимствованныя изъ весьма извѣстнаго Whitaker's almanack (1904 г. стр. 178). Моложе всѣхъ судья Charles John Darling—54 лѣтъ. Старше всѣхъ Alfred Wills—75 лѣтъ. Средній возрастъ можно опредѣлить въ 60 лѣтъ. И не надо думать, что это зависитъ отъ долголѣтней службы судей уже въ качествѣ таковыхъ; напротивъ,

*) Въ своей хорошей книгѣ „Was fordert unsere Zeit vom Richterstande und der Rechtspflege?“ (1898) Schellhas указываетъ на большія невыгоды назначенія судей изъ числа молодыхъ, незнакомыхъ съ жизнью людей, и настойчиво рекомендуетъ англійскую систему. Авторъ справедливо настаиваетъ на необходимости поднятія общаго образованія судей и поднятія ихъ идеаловъ, доказывая, что только такимъ образомъ можно прекратить существующее въ Германіи зло—пониженіе общаго уровня судейскаго персонала и превращеніе судей въ чиновниковъ—бюрократовъ. Жизненно вѣрны замѣчанія автора о необходимости меньшаго обремененія судей работою для повышенія качества ея.—Ср прекрасныя замѣчанія о необходимости совершенно зрѣлаго возраста для судей у Штернберга Allgemeine Rechtslehre. 1904 I, 205—206, а также у J Favre. l. c, 47.

обыкновенно въ судьи назначаются очень пожилые адвокаты. Напр., Sir James Charles Mathew 73 лѣтъ, былъ назначенъ въ 1901 году, James Stirlind 67 лѣтъ—назначенъ въ 1900 году, Ingle Joyce 64 лѣтъ—назначенъ въ 1900 г.

Но одной житейской опытности, знанія жизни еще недостаточно. Судья долженъ обладать служебнымъ опытомъ, въ совершенствѣ знать дѣйствующее право и владѣть всѣми техническими, профессіональными пріемами.

Всѣ эти знанія и навыки пріобрѣтаются путемъ чисто-практической подготовки во время стажа.

Университетъ, какъ было указано выше, не можетъ и не долженъ стремиться замѣнить собою чисто-практическую школу, которая должна проходиться уже на судебной службѣ. Не говоря уже о профессіональныхъ свѣдѣніяхъ, о правилахъ и техникѣ дѣлопроизводства, въ задачи университета не можетъ входить и ознакомленіе студента съ дѣйствующимъ правомъ во всѣхъ подробностяхъ и во всей полнотѣ. Университетъ обязанъ дать студенту ключъ къ пониманію дѣйствующаго права, долженъ ознакомить съ общимъ духомъ и системой этого права, показать, какъ общіе научные принципы отражаются въ немъ,—но детальное изученіе онъ долженъ предоставить практикѣ; иначе за проблематическими выгодами „основательнаго знанія дѣйствующаго законодательства“, университетъ не дастъ студенту того, чего впослѣдствіи и пріобрѣсть нельзя будутъ: „наука“, „научные методы“, „теорія“—всѣ эти слова на всю жизнь останутся для юриста, „основательно изучавшаго въ университетѣ дѣйствующее право“—жупелами.

Практическая подготовка для занятія судейскаго кресла должна дѣлиться на два періода.

Первый періодъ—стажъ въ тѣсномъ смыслѣ слова. Здѣсь молодой юристъ присматривается къ живому дѣлу правосудія, пріобрѣтаетъ запасъ чисто-техническихъ знаній, изучаетъ правила дѣлопроизводства, начинаетъ провѣрять на практикѣ нѣкоторыя теоретическія истины, пріучается постепенно производить нѣкоторыя самостоятельныя дѣйствія, входящія въ составъ сложной судебной машины. Служба въ канцеляріяхъ, посѣщеніе судебныхъ засѣданій, занятія подъ руководствомъ секретарей, нотаріусовъ, адвокатовъ, прокуроровъ, слѣдователей, судей,—вотъ нормальные способы пріобрѣтенія указанныхъ знаній. Параллельно

съ этими занятіями должно идти изученіе дѣйствующаго законодательства.

Въ продолженіи всего этого времени молодой человѣкъ, хотя и числится на службѣ, но самостоятельныхъ судебныхъ дѣйствій производить не долженъ: онъ еще находится въ положеніи ученика. И лишь доказавъ, что обладаетъ необходимымъ комплексомъ техническихъ знаній, извѣстнымъ запасомъ опыта и знанія дѣйствующаго права, кандидатъ на судебныя должности имѣетъ право самостоятельно принять участіе въ дѣлѣ отправленія правосудія, но все еще не въ качествѣ судьи. Онъ можетъ сдѣлатся адвокатомъ, нотаріусомъ, секретаремъ, прокуроромъ, судебнымъ слѣдователемъ.

Это и есть второй періодъ подготовки къ занятію судейскаго кресла. Самостоятельно дѣйствуя при исполненіи только что названныхъ важныхъ обязанностей, молодой юристъ знакомится съ дѣломъ правосудія у самаго его источника, онъ лично участвуетъ въ различныхъ сторонахъ этого дѣла, вноситъ въ дѣло свое я. Здѣсь богатѣйшее поле для основательнаго изученія дѣйствующаго права и примѣненія его къ жизни во всей его полнотѣ, для пріобрѣтенія опыта и массы самыхъ цѣнныхъ наблюденій и впечатлѣній, для изученія жизни, по скольку она соприкасается съ правосудіемъ, для всесторонняго изученія того своеобразнаго матеріала, который даетъ залъ судебныхъ засѣданій, для изученія того, какъ вырабатывается и постепенно создается этотъ матеріалъ и изъ какихъ элементовъ онъ состоитъ.

И лишь по истеченіи извѣстнаго времени работы въ только что указанномъ второмъ періодѣ— судебный практикъ во всеоружіи знанія и опыта можетъ занять судейское кресло.

Здѣсь не мѣсто подробно изслѣдовать вопросъ и намѣчать программу практической подготовки судей. Не выходя изъ рамокъ принципіальнаго разсмотрѣнія вопроса объ организаціи суда, можно лишь сдѣлать нѣсколько дополнительныхъ указаній. Прежде всего необходимо замѣтить, что продолжительность обоихъ періодовъ не можетъ быть незначительной. Для пріобрѣтенія техническихъ знаній, изученія дѣлопроизводства и извѣстнаго знакомства съ дѣйствующимъ правомъ кандидатъ на судебныя должности долженъ проработать года 2—3. Въ виду особой важности удостовѣренія наличности необходимыхъ знаній представляет-

ся необходимымъ подвергать кандидатовъ экзаменамъ. И подобно тому какъ университетскій экзаменъ долженъ носить чисто теоретическій характеръ, подобно тому какъ единственными компетентными судьями въ этомъ дѣлѣ могутъ быть только преподаватели университета,—экзаменъ кандидатовъ на судебныя должности долженъ имѣть исключительно практическій характеръ и экзаменаціонныя коммисіи состоять изъ юристовъ практиковъ. Для устраненія произвола на этихъ экзаменахъ*) необходимо издать для руководства всѣхъ коммиссій планъ и программу экзаменовъ, подчеркнувъ какъ строго-практическій характера ихъ, такъ и запрещеніе черезчуръ мелочныхъ требованій, направленныхъ на слишкомъ детальное знаніе дѣйствующихъ законовъ. Цѣлесообразнымъ представляется право обжалованія по становленій коммиссій и переэкзаменовокъ въ другой коммисіи.

Само собою разумѣется, что служба кандидатовъ на судебныя должности не должна быть безвозмездной. А для того, чтобы заинтересовать молодыхъ юристовъ и сдѣлать для нихъ привлекательнымъ кандидатскій стажъ даже при скромномъ содержаніи, является безусловно необходимымъ установать, чтобы кандидаты на судебныя должности были исключительнымъ кадромъ, изъ котораго только и могутъ пополняться ряды судебныхъ дѣятелей**). Да оно и не можетъ быть иначе: государство само слишкомъ заинтересовано въ томъ, чтобы судебные дѣятели получали основательную теоретическую и практическую подготовку

Что касается второго періода подготовки, періода самостоятельной судебной дѣятельности, то казалась бы, что 7—8 лѣтъ практики должно быть признано достаточнымъ для занятія наконецъ судейскаго кресла. Такимъ образомъ сдѣлаться судьею юристъ по окончаніи университетскаго курса можетъ только лѣтъ черезъ 10, т. е. приблизительно къ 35 году жизни.

Можетъ возникнуть вопросъ: при такой важности научныхъ знаній для судьи и при такомъ значительномъ промежуткѣ вре-

*) Наша практика знаетъ случаи, когда кандидатамъ предлагались членами окружныхъ судовъ съ одной стороны—вопросы изъ римскаго права, вопросы по литературѣ уголовнаго права, а съ другой—предъявлялись самыя мелочныя, придирчивыя требованія, въ родѣ знанія на перечетъ массы статей закона и т. п.

**) Въ томъ числѣ, конечно, и ряды адвокатуры (высшей· дѣленіе адвокатуры на два вида, существующее въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, нельзя не признать во многихъ отношеніяхъ цѣлесообразнымъ).

мени, отдѣляющаго полученіе университетскаго диплома отъ полученія судейскаго кресла—не представляется ли необходимымъ чѣмъ нибудь гарантировать поддержаніе нѣкоторой связи судьи съ наукой.

На этотъ вопросъ можно отвѣтить только утвердительно. Наука идетъ постоянно впередъ, и то, что казалось неяснымъ, неопредѣленнымъ, черезъ 10 лѣтъ можетъ вылиться въ прочное, обоснованное ученіе; кромѣ того могутъ обнаружиться новыя точки зрѣнія, открыться новые горизонты, могутъ быть подмѣчены и зарегистрованы новые, въ высокой степени важные для практики факты, можетъ быть начата научная обработка этихъ фактовъ и т. д. Наконецъ, даже вынесенный изъ университета научный багажъ самъ по себѣ можетъ подлежать плодотворной дальнѣйшей разработкѣ и оказывать на практику самое благотворное вліяніе вслѣдствіе такой разработки.

Вотъ почему въ высшей степени важно, чтобы судебные практики посвящали бы нѣкоторую часть своего досуга научнымъ занятіямъ Разумѣется, это не всегда возможно и часто сопряжено съ большими затрудненіями, но вмѣстѣ съ тѣмъ едва ли подлежитъ сомнѣнію, что человѣкъ, 10 лѣтъ со дня оставленія университетской скамьи не заглядывавшій въ спеціальный журналъ и не державшій въ рукахъ ни одной научной книги, можетъ оказаться значительно отставшимъ отъ научныхъ требованій, растерявшимъ свои знанія и потерявшимъ интересъ къ наукѣ. Можетъ получиться весьма нежелательное явленіе въ видѣ судьи, стоящаго гораздо ниже въ научномъ отношеніи начинающаго кандидата на судебныя должности.

Результатомъ изложеннаго является требованіе, чтобы судебные практики, ищущіе должности судьи, *представляли бы доказательства того, что они не разрывали связи съ наукой, не потеряли къ ней интереса, посвящали ей часть своего досуга.*

Завершеніемъ системы гарантій въ этомъ отношеніи могли бы служить: 1) командировки судей, прослужившихъ опредѣленное число лѣтъ, на продолжительные сроки (напр. на годъ) въ университетскіе города для освѣженія научныхъ знаній съ обязательствомъ представленія подробныхъ отчетовъ о командировкахъ; 2) образованіе при судахъ періодическихъ собраній судебныхъ дѣятелей для научныхъ бесѣдъ и 3) періодическіе съѣзды всѣхъ юристовъ страны, это могучее средство объединенія юридическихъ силъ и прогрессивнаго движенія юридической мысли.

ГЛАВА V.

Мы разсмотрѣли принципы, гарантирующіе возможное приближеніе судей къ идеальному типу судьи. Необходимо замѣтить, что всѣ эти принципы тѣсно связаны между собою, образуетъ цѣльную и стройную систему гарантій, и устраненіе какой нибудь одной изъ этихъ гарантій неизбѣжно повлечетъ за собою отклоненіе отъ идеала судьи, отклоненіе всегда пагубнымъ образомъ отразящееся на интересахъ правосудія.

Достаточно ли всѣхъ разсмотрѣнныхъ гарантій? Другими словами: не требуется ли въ организаціи суда еще другихъ гарантій, кромѣ тѣхъ, которыя обезпечиваютъ наличность необходимыхъ для судьи качествъ въ каждомъ отдѣльномъ судьѣ?

Здѣсь мы подходимъ къ вопросу о наиболѣе цѣлесообразной формѣ организаціи суда при разсмотрѣніи дѣлъ. Какъ извѣстно, по этому вопросу существуютъ два противоположныя мнѣнія: одно (меньшинство) защищаетъ единоличную форму суда, другое (подавляющее большинство)—коллегіальную *).

Коллегіальная форма суда была признана лучшей формой еще Монтескье **) и Фейербахомъ ***), а затѣмъ черезъ всю дальнѣйшую литературу процесса проходитъ углубленіе и развитіе той мысли, что только коллегіальная форма можетъ надлежащимъ образомъ гарантировать правосудіе отъ ошибокъ и злоупотребленій. Нынѣ это положеніе представляютъ собою communis opinio и не только ученыхъ, но и практиковъ, и общества.

---

*) Крайне неудачной попыткой защиты единоличной формы суда является въ нашей литературѣ статья Змирлова „Къ вопросу объ организаціи мѣстной юстиціи" (Ж. М. Ю. 1901 № 3)

**) Esprit des lois. VI chap VII.

***) Betrachtungen uber die Offentl. und Mundl, 856.

Но въ виду того, что еще въ настоящее время раздаются голоса въ защиту единоличной формы *), въ виду того, что эта форма весьма распространена въ положительномъ правѣ всѣхъ государствъ, что замѣчается тенденція къ расширенію компетенціи единоличнаго суда, и наконецъ,—въ виду того, что защитники единоличной формы могутъ, повидимому, опираться на авторитетъ англійской организаціи, представляется необходимымъ принципіальное разсмотрѣніе вопроса.

Самой полной, обстоятельной и сильной аргументаціей въ пользу единоличной формы суда до сихъ поръ остается аргументація Бентама **).

Доводы его сводятся къ слѣдующему:

1) „Честность судьи зависитъ отъ его отвѣтственности передъ общественнымъ мнѣніемъ, и передъ закономъ". Но очевидно, что коллегіальная форма ослабляетъ отвѣтственность пропорціонально количеству судей: единоличный судья несетъ на себѣ всю отвѣтственность за свой приговоръ и за свое отношеніе къ дѣлу вообще, и это заставляетъ его быть гораздо болѣе внимательнымъ, между тѣмъ въ коллегіи каждый судья можетъ укрыться за коллегіей; 2) единоличный судья обязанъ считаться съ общественнымъ мнѣніемъ несравненно больше, чѣмъ коллегія судей; исторія показываетъ, что автономныя коллегіи часто сами подчиняютъ своему вліянію общество, образуютъ изъ себя государство въ государствѣ; 3) коллегіальная форма даетъ гораздо больше простора для подкупа судей, для вліяній на нихъ, чѣмъ единоличная; 4) огромное большинство дѣлъ настолько просты и несложны, что недопускаетъ никакого различія мнѣній; 5) практика показываетъ, что въ коллегіальномъ судѣ дѣло обыкновенно рѣшается однимъ членомъ (предсѣдателемъ или докладчикомъ), а остальные по свойственной людямъ безпечности, лѣности и т. п.

---

*) Недавно за единоличный судъ высказался проф. Ehrich въ своей талантливой работѣ „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903". Онъ требуетъ необычайно высокихъ качествъ въ личности судьи и самыхъ солидныхъ процессуальныхъ гарантій, расширяя вмѣстѣ съ тѣмъ доневѣроятныхъ размѣровъ полномочія судьи относительно примѣненія матеріальнаго права. Такимъ образомъ требованіе единоличной формы является здѣсь логическимъ выводомъ изъ весьма шаткой и въ высокой степени опасной теоріи, снабжающей судъ широкими законодательными функціями, теоріи, превращающей судъ изъ органа подзаконнаго, обязаннаго охранять существующій законъ, въ источникъ произвола.

**) О судоустройствѣ 1860 34—48.

остаются пассивными, сплошь и рядомъ придавая неправильнымъ дѣйствіямъ предсѣдателя бо́льшій авторитетъ, санкціонируя ихъ; 6) вниманіе и усердіе людей ослабѣваютъ, когда они разчитываютъ одинъ на другаго; отсюда возможность ошибокъ; 7) коллегіальная форма неизбѣжно влечетъ за собою медленность и сложность производства, а между тѣмъ быстрое возстановленіе нарушенныхъ правъ есть одно изъ наиболѣе желательныхъ качествъ правосудія; 8) единоличная форма даетъ возможность привлекать на судейскія кресла наиболѣе талантливыхъ и знающихъ людей и оплачивать ихъ соотвѣтствующимъ образомъ *).

Разсмотримъ эти аргументы.

ad 1) Вся сила перваго аргумента потеряетъ свой эффектъ, если имѣть въ виду полную возможность созданія такихъ процессуальныхъ гарантій, при которыхъ никто изъ членовъ коллегіи не могъ бы сказать: „это приговоръ суда, но не мой: я тутъ непричемъ“. Вспомнимъ хотя бы заслуживающее полнаго одобренія постановленіе англійскаго права, обязывающее каждаго судью въ коллегіи публично подавать свой голосъ и мотивировать свое мнѣніе.

ad 2) Подчиненіе общественному мнѣнію вовсе не можетъ быть поставлено въ заслугу суду. Судъ долженъ быть абсолютно независимымъ отъ какихъ бы то ни было вліяній, какъ сверху, такъ и съ низу. И конечно, коллегіи гораздо легче проявить эту независимость, чѣмъ единоличному судьѣ. Что же касается вліянія автономныхъ судебныхъ коллегій на общество, то при надлежащей организаціи суда, при такихъ судьяхъ, какихъ имѣетъ въ виду теорія, это вліяніе—(результатъ накопленныхъ знаній, опыта, традицій, вѣками выработаннаго уваженія къ праву, къ законности, къ высокой задачѣ суда—быть высшимъ органомъ правды, недоступнымъ никакимъ преходящимъ теченіямъ и вліяніямъ)—можетъ быть только благотворнымъ.

ad 3) Что касается подкупа и возможности оказать давленіе на судью какими бы то ни было другими способами, то несомнѣнно, что при коллегіальной формѣ все это гораздо труднѣе, чѣмъ при единоличной, вопреки совершенно голословному утвержденію Бентама.

---

*) Сущность аргументаціи Бентама не смотря на иное расчлененіе доказательствъ и нѣкоторую переработку, передана въ текстѣ съ возможною полнотою.

ad 4) Простота и несложность дѣла,—понятіе весьма и весьма условное. Надо самому долго пробыть на судейскомъ креслѣ, чтобы знать, сколько индивидуальныхъ чертъ можно отыскать въ самомъ мелкомъ, шаблонномъ дѣлѣ при внимательномъ къ нему отношеніи, сколько горя можетъ принести слишкомъ поспѣшное рѣшеніе „простого и несложнаго“ дѣла, и какъ цѣннымъ можетъ быть обмѣнъ мнѣній прежде объявленій рѣшенія по самому, казалось бы, безспорному, ясному и не требующему размышленій дѣлу.

ad 5) Дѣйствительно практика представляетъ очень много случаевъ, когда дѣло въ сущности рѣшается однимъ членомъ коллегіи при пассивномъ отношеніи остальныхъ. Но коллегіальная форма сама по себѣ тутъ непричемъ. Вполнѣ возможны процессуальныя гарантіи противъ этого зла, а противъ незаконныхъ вліяній предсѣдателей совершенно достаточно тѣхъ организаціонныхъ гарантій, о которыхъ рѣчь была выше. Съ другой стороны практика знаетъ не мало случаевъ, когда злоупотребленія властью со стороны предсѣдателей (напр. въ формѣ нарушенія процессуальныхъ правъ сторонъ, рѣзкаго, столь противоестественнаго на судѣ, обращенія съ обвиняемымъ, защитниками, свидѣтелями)—могли бы дойти до чудовищныхъ размѣровъ, если бы не было сдерживающаго вліянія коллегіи.

ad 6) Возможность ослабленія вниманія и усердія со стороны отдѣльныхъ членовъ коллегіи отнюдь не находится въ непосредственной зависимости отъ коллегіальной формы суда. Главными причинами тутъ являются: 1) чисто-процессуальные дефекты, недостаточно обезпечивающіе непремѣнное участіе всѣхъ членовъ въ обсужденіи каждаго входящаго въ составъ дѣла вопроса и 2) обремененіе суда работой, что неизбѣжно отражается на качествѣ работы и на вниманіи судей, въ особенности при системѣ докладовъ дѣлъ отдѣльными членами коллегіи.

ad 7) Несомнѣнно, что единоличный судья caeteris paribus можетъ рѣшить дѣло гораздо скорѣе, чѣмъ коллегія и что производство въ коллегіальномъ судѣ сложнѣе. Но не надо забывать, что судебная процедура вообще отличается отъ административной своею медленностью и сложностью; эта медленность и сложность обусловливаются необходимостью соблюденія цѣлаго ряда процессуальныхъ обрядовъ и формъ—драгоцѣнныхъ гарантій правосудія. Быстрота производства, хотя и представляетъ собою

желательное качество (въ особенности въ области такъ называемыхъ маловажныхъ дѣлъ), но среди другихъ цѣлей судебной дѣятельности занимаетъ второстепенное мѣсто. Наконецъ, быстрота производства можетъ быть достигнута уменьшеніемъ количества работы, болѣе цѣлесообразной организаціей подготовительной дѣятельности (розыскъ, предварительное слѣдствіе и т. д.) и нѣкоторыми процессуальными улучшеніями.

ad 8) Противъ послѣдняго аргумента достаточно сказать, что при нормальной организаціи судебной власти страна никогда не будетъ ощущать недостатка въ талантливыхъ людяхъ, готовыхъ посвятить себя столь великому дѣлу, какъ правосудіе. Что же касается финансовой стороны, то давно уже сдѣлалось труизмомъ положеніе: „дешевый судъ—плохой судъ"; экономія въ этомъ отношеніи всегда имѣла и будетъ имѣть самыя печальныя послѣдствія для страны. Плохой судъ неизбѣжно повлечетъ за собою и плохое состояніе финансовъ.

Въ заключеніе этого разсмотрѣнія можно привести слѣдующія прекрасныя слова самого Бентама: „Соединеніе нѣсколькихъ судей должно представлять массу знаній, которую нельзя бы было найти въ одномъ судьѣ. Представьте себѣ сложное дѣло; одинъ судья могъ бы упустить изъ виду какое нибудь важное обстоятельство; разсѣянность, небрежность, утомленное вниманіе могло бы вовлечь его въ ошибки, которыя не могли бы такъ легко вкрасться при рѣшеніи дѣла нѣсколькими судьями. Одинъ изъ нихъ отличался бы болѣе твердою памятью, другой—проницательностью, третій—болѣе глубокимъ знаніемъ законовъ, и соединеніе дарованій, которое трудно найти въ отдѣльномъ лицѣ, легко составилось бы въ соединеніи многихъ лицъ" *). Къ этому необходимо добавить, что, какъ извѣстно каждому практику, нерѣдко какая нибудь мелочь, подмѣченная однимъ членомъ коллегіи, можетъ повлечь за собою при обсужденіи ея совершенное измѣненіе проэктируемой резолюціи; а кто долго принималъ участіе въ судебныхъ коллегіяхъ, тотъ можетъ привести не мало примѣровъ, когда—при нормальномъ отношеніи членовъ другъ

*) „Судебныя дѣла далеко не тождественны между собою: одному судьѣ могутъ быть ближе извѣстны однѣ стороны ихъ, другому иныя; даже изученіе законодательства специализируется; нѣтъ судьи, которому бы одинаково хорошо были извѣстны всѣ части законодательства, и пробѣлы знаній могутъ быть взаимно пополняемы судьями съ большою пользой для дѣла". Фойницкій. Курсъ I, 292.

къ другу—только всестороннее и внимательное изслѣдованіе въ совѣщательной комнатѣ раскрывало всю сложность и трудность дѣла, казавшагося такъ простымъ въ залѣ засѣданія, заставляло возобновлять судебное слѣдствіе и давало въ результатѣ высшее нравственное удовлетвореніе отъ сознанія добросовѣстнаго исполненія судейскаго долга.

Вотъ почему нельзя не видѣть всей справедливости словъ проф А. В. Романовича-Славатинскаго: „Теоретически говоря, въ тѣхъ частяхъ государственнаго управленія, гдѣ важнѣе всего многостороннее обсужденіе, хотя бы оно было и медленнымъ, гдѣ необходимы большая опытность и неподкупность,—учрежденія должны быть коллегіальными. Къ учрежденіямъ этого рода принадлежитъ именно судъ“ *).

Конечно, коллегіальная форма не лишена нѣкоторыхъ неудобствъ, но неудобства эти съ избыткомъ вознаграждаются ея достоинствами *и блѣднѣютъ передъ недостатками единоличной формы, коренным пороком которой является возможность перенесенія въ судъ несвойственныхъ ему началъ: увлеченія быстротой въ ущербъ основательности, пренебреженія процессуальными гарантіями, слишкомъ широкаго примѣненія начала личнаго усмотрѣнія, искушенія поддаться личнымъ симпатіямъ и антипатіямъ, возможности поддаться постороннимъ вліяніямъ и минутному настроенію духа и т. п.*

Вотъ почему необходимо признать коллегіальную форму суда принципомъ судоустройства.

Аргументировать въ пользу единоличной формы примѣромъ Англіи нельзя. Если въ Англіи единоличная форма суда не принесла дурныхъ результатахъ, то причиной является вовсе не эта форма, какъ таковая. Не говоря уже о томъ, что нормальнымъ судомъ въ Англіи считается судъ присяжныхъ, передъ которымъ можетъ предстать каждое дѣло, хотя бы уже рѣшенное единоличнымъ судьею, необходимо имѣть въ виду высокія качества англійскихъ судей, ихъ абсолютную независимость, процессуальные порядки и самую широкую гласность въ связи съ культурностью населенія и высоко развитымъ чувствомъ законности англичанъ.

*) Пособіе для изученія русск. государств. права 1872. I, 132—„Такъ какъ судъ требуетъ не столько быстроты дѣйствія, сколько тщательнаго обсужденія обстоятельствъ, то, по существу своему, онъ долженъ быть коллегіальный“. (Чичеринъ. Курсъ. I, 329).

И лишь по соображеніямъ непринципіальнаго свойства (напр. недостатокъ средствъ государственнаго казначейства) можно для дѣлъ т. н. мѣстной юстиціи, „маловажныхъ“ дѣлъ, учредить единоличные суды. Но при этомъ никогда не слѣдуетъ забывать, что по справедливому замѣчанію Жюля Фавра „la justice est partout la même et exige en tous lieux et à tous les degrès de juridiction la même science et la même autorité“ *).

„Построеніе суда, долженствующаго вѣдать маловажныя дѣла, есть вопросъ, величайшей важности и трудности“, говоритъ проф Фойницкій **).

Величайшей важности—да, но что касается трудности, то таковая можетъ быть лишь чисто практическаго характера. Теоретически—принципы организаціи судовъ какъ для „маловажныхъ“, такъ и для всѣхъ прочихъ дѣлъ одни и таже. И въ самомъ дѣлѣ: право одинаково священно, проявляется ли оно въ крупныхъ или мелкихъ явленіяхъ жизни; нарушеніе права производитъ принципіально одинаково вредный эфектъ независимо отъ той формы, въ которой оно произошло. Можно даже сказать больше. Правонарушенія въ особенно рѣзкихъ, крупныхъ формахъ происходятъ сравнительно рѣдко, по самой формѣ своей обращаютъ на себя всеобщее вниманіе и даже по этой одной причинѣ возстановленіе господства права здѣсь по большой части гарантировано лучше, чѣмъ при мелкихъ нарушеніяхъ. А между тѣмъ изъ этихъ мелкихъ нарушеній составляется правовая атмосфера повседневной жизни, а чѣмъ эта атмосфера здоровѣе, чѣмъ лучше организована система возстановленія этихъ мелкихъ, но чрезвычайно важныхъ для жизни правъ, тѣмъ тверже и здоровѣе весь государственный порядокъ.

Вотъ почему нѣтъ болѣе пагубнаго и чреватаго гибельными послѣдствіями заблужденія, чѣмъ разсужденія, что взысканіе нѣсколькихъ рублей долга или признаніе виновнымъ въ проступкѣ, влекущемъ за собою нѣсколько дней ареста,—слишкомъ маловажныя вещи для того, чтобы стоило серьезно отнестись къ организаціи судовъ, вѣдающихъ такія дѣла. Не говоря уже о томъ, что сумма взыскиваемыхъ денегъ есть величина относительная, и для огромнаго большинства гражданъ десятокъ рублей представляетъ

*) La réforme judiciaire.
**) Курсъ I, 327.

собою высокую цѣнность, не говоря уже о томъ, что нѣсколько дней ареста сплошь и рядомъ могутъ повлечь за собою весьма тягостныя послѣдствія,—правовое чувство каждаго изъ насъ одинаково будетъ оскорблено какъ крупнымъ, такъ и мелкимъ нарушеніемъ нашего права, и плохая организація защиты правъ, кажущихся незначительными, равняется игнорированію законодателемъ самой чувствительной стороны личной, а слѣдовательно и общественной жизни.

Къ этому слѣдуетъ добавить, что въ то время, какъ тяжкая преступность большею частью „локализирована", въ то время какъ большинство гражданъ можетъ быть вполнѣ увѣренными, что никогда не предстанетъ на судѣ присяжныхъ въ качествѣ обвиняемыхъ, никто изъ этихъ же гражданъ не гарантированъ отъ предъявленія къ нему обвиненія въ совершеніи маловажныхъ правонарушеній. А если мы ко всему сказанному прибавимъ въ высшей степени вредные и опасные эффекты чрезмѣрнаго размноженія мелкихъ правонарушеній, размноженія, могущаго въ концѣ концовъ сдѣлать невозможной всю общественную жизнь, то первостепенная важность суда, вѣдающаго эти „маловажныя" дѣла, станетъ для насъ внѣ всякаго сомнѣнія.

Въ результатѣ необходимо придти къ выводу, что нѣтъ ни малѣйшаго основанія дѣлать съ точки зрѣнія организаціи принципіальныя различія между этими судами и судами, вѣдающими тяжкія правонарушенія

Трудность организаціи суда для маловажныхъ дѣлъ сводится къ чисто-финансовымъ затрудненіямъ. Въ виду необъятной массы этихъ маловажныхъ дѣлъ и въ виду необходимости сдѣлать такіе суды какъ можно больше доступными для населенія, является необходимость учредить очень большое количество судовъ. А въ виду необходимости дать судьямъ хорошее содержаніе и имѣть при судахъ большія канцеляріи, очень легко можетъ возникнуть вопросъ о недостаточности средствъ государственнаго казначейства. Вотъ почему единоличный судъ, какъ судъ болѣе дешевый, можетъ выручить государство изъ этого затруднительнаго положенія Указываютъ еще въ пользу единоличнаго суда для „мѣстной юстиціи" на то, что такая форма наиболѣе соотвѣтствуетъ особенностямъ суммарнаго процесса—быстротѣ и простотѣ разбирательства, столь необходимыхъ для маловажныхъ дѣлъ.

Несомнѣнно, что быстрота и простота представляются въ высшей степени важными критеріями достоинства суммарнаго процесса *), несомнѣнно, что при единоличной формѣ возможно достигнуть бо́льшей степени быстроты и простоты, чѣмъ при коллегіальной, но не надо упускать изъ виду, что слишкомъ энергичная погоня за указанными качествами представляетъ собою явленіе ненормальное, легко могущее самымъ опаснымъ образомъ отразиться на интересахъ правосудія **).

Итакъ единоличная форма суда для маловажныхъ дѣлъ можетъ быть оправдана единственно финансовыми соображеніями.

Логическимъ выводомъ изъ всего сказаннаго является слѣдующее положеніе: едва-ли можно сдѣлать болѣе грубую и опасную для дѣла правосудія ошибку, чѣмъ та, которую мы замѣчаемъ въ нѣкоторыхъ континентальныхъ законодательствахъ, а именно—значительное пониженіе требованій, относящихся къ личности единоличныхъ судей сравнительно съ судьями коллегіальныхъ судовъ Совершенно правъ проф Фойницкій, говоря: „Является опасность превратить ихъ (т е единоличныхъ судей) въ маловажныхъ чиновниковъ правосудія, имѣющихъ надъ собою множество властей, не представляющихъ авторитета и доступныхъ самымъ разнообразнымъ вліяніямъ. Въ лицѣ ихъ была бы унижена вся судебная власть“ ***).

Такое именно положеніе дѣла наблюдается, напр., во Франціи и въ особенности въ Россіи. Вотъ что говоритъ о французскихъ мировыхъ судьяхъ Ginest: „Les juges de paix .. affaiblissent l'autorité judiciare, ne savent pas faire respecter leur tribunal... Ils sont les subordonnés de l'administration... Reduits à des ridicules appointements, à des relations infimes, ils perdent la notion de la dignité. Ils n'ont pas de rang aux yeux de leur justiciables, ils ne représentent rien“ †).

---

*) Конечно, если быстрота и простота нисколько не нарушаютъ основныхъ гарантій правосудія, безусловно необходимыхъ для всѣхъ видовъ процесса. Ср. мою работу „Къ вопросу объ упрощеніи суммарнаго уголовнаго процесса“ (Вѣстн. Права 1903. II—III.

*) Къ подобнаго рода нежелательнымъ явленіямъ слѣдуетъ отнести проектируемые у насъ „судебные приказы“ и „порядокъ неотложности“.

***) Курсъ. I, 328.

†) Jury criminel etc., 126.

По странному и печальному недоразумѣнію должность единоличнаго судьи обставляется гораздо меньшими гарантіями независимости, авторитетности, опытности и знанія, чѣмъ должность судьи въ коллегіальныхъ судахъ. *А между тѣмъ должно быть совершенно наоборотъ.*

Единоличный судья предоставленъ самому себѣ; черезъ его руки проходитъ масса дѣлъ, самымъ тѣснымъ образомъ связанныхъ съ правами и интересами населенія; среди этихъ дѣлъ сплошь и рядомъ встрѣчаются дѣла, требующія очень большаго такта, опыта и знаній; множество дѣлъ можетъ дать массу поводовъ для возбужденія неудовольствія со стороны администраціи. Если ко всему этому прибавить, что ошибки, сдѣланныя въ первой инстанціи, далеко не всегда могутъ быть исправлены въ апелляціонномъ порядкѣ, а между тѣмъ самымъ тяжелымъ образомъ могутъ отразиться на интересахъ какъ гражданъ, такъ и государства, то мы поймемъ, что единоличный судья долженъ обладать во всякомъ случаѣ не меньшей степенью опыта и знаній, чѣмъ членъ коллегіальнаго суда, а что касается гарантій независимости и авторитетности, то онѣ для единоличнаго судьи пожалуй еще болѣе необходимы, чѣмъ для члена коллегіальнаго суда.

Вотъ почему однимъ изъ основныхъ принциповъ организаціи суда является слѣдующій: судьи всѣхъ судовъ безъ исключенія должны обладать совершенно одинаковыми гарантіями независимости, авторитета, опыта, знаній и нравственныхъ качествъ. *Для единоличныхъ судей рѣчь можетъ идти не о пониженіи этихъ гарантій, а лишь о повышеніи.*

Чрезвычайно важнымъ моментомъ организаціи единоличнаго суда является поставленіе судьи въ такія условія, при которыхъ онъ былъ бы занятъ единственно и исключительно чисто-судейской работой, т. е. разборомъ дѣлъ въ судебныхъ засѣданіяхъ. Этимъ обезпечивается: 1) повышеніе качества судейской работы; 2) быстрота производства; 3) возможность содержанія меньшаго количества судей и увеличенія количества работы для каждаго судьи, наконецъ 4) поднятіе авторитета судей.

Вопросъ сводится къ организаціи при судьѣ канцеляріи, которой можно было бы поручить всю подготовительную, промежуточную и исполнительную работу, относящуюся къ рѣшаемымъ

въ засѣданіяхъ дѣламъ. И если эта канцелярія необходима въ коллегіальныхъ судахъ, то она одинаково необходима въ судахъ единоличныхъ. Ничего не можетъ быть неестественнѣе соединенія въ одномъ лицѣ судьи и секретаря *).

Дѣйствительно, трудно представить себѣ все зло, которое получается въ результатѣ такого порядка. Веденіе текущаго дѣлопроизводства, подготовка дѣлъ къ слушанію, пріемъ просителей, выдача справокъ, составленіе отчетностей всякаго рода, наблюденіе за исполненіемъ приговоровъ и т. д., и т. д., и т. д — все это отнимаетъ у судьи массу времени, утомляетъ его. треплетъ нервы, лишаетъ спокойствія, превращаетъ въ зауряднаго чиновника. А между тѣмъ вся эта работа отнюдь не требуетъ такихъ высокихъ качествъ въ личности работника, какія требуются отъ человѣка, рѣшающаго вопросъ о примѣненіи къ гражданину крайняго средства охраны правопорядка, отъ человѣка, призваннаго быть высшимъ органомъ правды. Избавленный отъ этой работы, судья имѣлъ бы возможность рѣшить гораздо большее количество дѣлъ, рѣшить ихъ скорѣе **) и, наконецъ, рѣшить ихъ при наличности гораздо болѣе свѣжихъ силъ.

Насколько нормаленъ порядокъ, существующій у насъ, показываетъ сама жизнь. Сила вещей беретъ свое и мы видимъ, что обыкновенно большая часть канцелярской работы производится безъ всякаго участія судьи, подписывающаго, не читая, очень много изготовленныхъ канцеляріей справокъ, копій, вѣдомостей, бумагъ, и оставляющаго въ распоряженіе письмоводителя массу наперед подписанныхъ повѣстокъ, бланковъ и т. п. Но такой порядокъ нормальнымъ быть названъ не можетъ: онъ оставляетъ много мѣста для всевозможныхъ случайностей нежелательнаго свойства. Огромная разница существуетъ между штатнымъ секретаремъ, отвѣтственнымъ, обладающимъ извѣстнымъ цензомъ, и вольнонаемнымъ письмоводителемъ, по необходимости скудно

*) Такое соединеніе существуетъ только въ Россіи. О ненормальности такого соединенія говорилъ еще Фейербахъ (Lehrbuch, 13 Aufl 692).

**) Для человѣка, лично не знакомаго съ дѣломъ, трудно себѣ представить, какимъ тормазомъ и быстроты, и основательности разбора служитъ, напр., обязанность судьи самому вести протоколы засѣданій, какъ вредно отражается на всемъ ходѣ засѣданій отсутствіе въ залѣ судебнаго пристава и т. д.

оплачиваемымъ и мало заинтересованнымъ въ дѣлѣ: на сколько первый является надежнымъ помощникомъ судьи, значительно содѣйствующимъ отправленію правосудія, настолько второй сплошь и рядомъ можетъ причинить судьѣ много хлопотъ и затрудненій.

Опять таки и здѣсь образцомъ можетъ служить англійскій порядокъ 26 лондонскихъ полицейскихъ судей при почти пятимиллионномъ населеніи Лондона рѣшаютъ дѣла съ такою быстротою, что, напр., произнесеніе обвинительнаго приговора полицейскаго судьи спустя нѣсколько часовъ послѣ совершенія проступка составляетъ обычное явленіе. О качествѣ приговоровъ этихъ судей и объ ихъ авторитетѣ между населеніемъ достаточно говоритъ уже одно то обстоятельство, что апелляція на приговоры ихъ представляетъ собою исключительное явленіе: на 600 тысячъ приговоровъ приносится около 200 апелляціонныхъ жалобъ*).

Англійскій законодатель сдѣлалъ все отъ него зависящее для того, чтобы изъ полицейскаго судьи (которому подсудны только мелкія дѣла) сдѣлать судью въ настоящемъ смыслѣ слова. Англійскій полицейскій судья—это не начинающій служебную карьеру, мало опытный чиновникъ, заботящійся о повышеніи, принужденный считаться и со взглядами судебной администраціи, и съ взглядами администраціи вообще, и даже съ мнѣніями вліятельныхъ лицъ, не чувствующій годъ собою твердой почвы, не спокойный на счетъ завтрашняго дня, лишенный того ровнаго, спокойнаго, столь необходимаго для судьи настроенія духа, которое дается отсутствіемъ матеріальныхъ заботъ и лишеній, не обладающій авторитетомъ ни среди гражданъ, ни среди соприкасающихся съ нимъ властей. Напротивъ—это пожилой, житейски-опытный, уважаемый и отлично знающій свое дѣло юристъ, прекрасно обезпеченный въ матеріальномъ отношеніи, безусловно независимый отъ правительства, увѣренный, что если въ приговорѣ онъ добросовѣстно выразитъ свое убѣжденіе, то никто не можетъ поколебать его положенія. Это судья, облеченный достаточно властью, чтобы заставить всѣхъ и каждаго исполнить его законныя требованія Онъ привязанъ къ своему дѣлу и посвящаетъ ему всѣ свои силы; хотя отъ него требуется большая работа, но со

*) Franqueville I. c. II, 396—Миттермайеръ говоритъ о полицейскихъ судьяхъ. „Es macht einen wohlthatigen, Vertrauen erweckenden Eindruck das Wirken dieser Manner zu beobachten“. (Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren. 1851., 120).

стороны законодателя сдѣлано все для того, чтобы судья поступалъ къ ней со свѣжими силами.

Англійскій полицейскій судья назначается короною изъ опытныхъ, долго практиковавшихъ адвокатовъ; получаетъ до 15 тысячъ рублей въ годъ, несмѣняемъ, не можетъ получить ни повышеній, ни наградъ; ежегодно пользуется вакатомъ на полтора мѣсяца; дѣятельность его исчерпывается участіемъ въ судебныхъ засѣданіяхъ отъ 10 до 5 часовъ, причемъ и здѣсь онъ избавленъ отъ всего, что такъ или иначе можетъ отвлечь его вниманіе отъ совершенно безпристрастнаго разбора дѣлъ. Главнѣйшая его задача въ судебныхъ засѣданіяхъ заключается въ томъ, чтобы, какъ говорятъ англичане, to keep his mind open, т. к. въ большинствѣ случаевъ судья самъ даже не допрашиваетъ свидѣтелей, не говоря уже о томъ, что вся письменная работа его органичивается коротенькой отмѣткой въ одной изъ графъ журнала о существѣ приговора [*]). Никакого участія ни въ подготовкѣ дѣлъ къ слушанію, ни въ канцелярской дѣятельности, ни въ дальнѣйшей судьбѣ рѣшеннаго дѣла судья не принимаетъ, т. к. для всего этого есть прекрасно обставленная канцелярія съ нѣсколькими секретарями, изъ коихъ главный—chief clerk—назначается министромъ изъ опытныхъ юристовъ и получаетъ содержанія 6500 р. въ годъ Ко всему этому надо прибавить полную обезпеченность каждаго полицейскаго суда исполнительными органами, судебными приставами, курьерами, полисменами, а также право судей налагать весьма чувствительная взысканія на каждое должностное и частное лицо, не исполнившее ихъ законныхъ требованій.

Понятно, что при такой организаціи единоличнаго суда (въ связи съ широкимъ развитіемъ гласности и чувства законности у англичанъ, а также въ связи съ чисто процессуальными достоинствами) темныя стороны этой формы сводятся на нѣтъ. Къ этому необходимо добавить, что полицейскій судья не имѣетъ права приговаривать къ наказаніямъ, превышающимъ шестимѣсячное тюремное заключеніе. Значитъ, даже при такихъ солидныхъ гарантіяхъ, какими обставленъ англійскій единоличный судъ, законодатель не рѣшился предоставить ему большей власти. Это въ

[*]) Замѣтить надо, что хотя засѣданія полицейскаго суда происходятъ ежедневно, но т. к. при каждомъ судѣ обыкновенно состоитъ двое судей, то они чередуются; это очень важно въ смыслѣ постояннаго сохраненія свѣжести силъ у судьи.

высшей степени назидательно и какъ нельзя лучше подкрѣпляетъ принципъ, по которому нормальной формой суда является коллегіальный судъ *).

Заслуживаетъ полнаго одобренія германская система организаціи суда для маловажныхъ уголовныхъ дѣлъ: судья (единоличный, снабженный штатной, отвѣтственной канцеляріей и исполнительными органами) разбираетъ дѣла при участіи двухъ шеффеновъ, избранныхъ на время сессіи изъ наиболѣе достойныхъ гражданъ (обязанности шеффена считаются почетными). Эти шеффены исполняютъ свои обязанности безвозмездно и въ судебныхъ засѣданіяхъ пользуются судейскими правами. Единоличный судъ превращается такимъ образомъ въ судъ коллегіальный безъ всякаго увеличенія государственныхъ расходовъ. Слѣдуетъ настоятельно рекомендовать такой порядокъ, весьма удачно парализующій многія темныя стороны единоличнаго суда, каждому законодателю, понимающему всю важность созданія прочныхъ гарантій правосудія для т. наз мѣстной юстиціи.

Только что сказанное приводитъ насъ къ чрезвычайно важному вопросу объ участіи непрофессіональнаго, общественнаго элемента въ составѣ уголовнаго суда. Этому вопросу посвящена слѣдующая, послѣдняя глава.

---

*) Французскій законодатель ограничиваетъ компетенцію своихъ единоличныхъ судей проступками, наказаніе за которое не можетъ превышать 15 франковъ штрафа или 3 дней ареста, порядокъ весьма разумный, если принять во вниманіе малую степень независимости и авторитетности французскихъ мировыхъ судей.

ГЛАВА VI.

Мы разсмотрѣли систему гарантій, при которыхъ можетъ идти рѣчь о наибольшей вѣроятности для государства имѣть судей, приближающихся къ идеальному типу судьи. Мы пришли къ выводу, что соединеніе нѣсколькихъ такихъ судей въ одну судебную коллегію представляетъ собою форму суда, наиболѣе обезпечивающую интересы правосудія.

Можно ли на этомъ остановиться и не слѣдуетъ ли въ организацію уголовнаго суда ввести еще новыя гарантіи безпристрастія, независимости, авторитетности, опыта и знаній?

Здѣсь мы подходимъ къ едва ли не самому трудному вопросу въ теоріи судоустройства, къ вопросу объ участіи общественнаго элемента въ осуществленіи судебной власти *)

---

*) Литература вопроса необъятна. Укажу лишь на нѣкоторые труды, которыми я пользовался при разработкѣ изложеннаго въ текстѣ (не приводя соотвѣтствующихъ мѣстъ изъ общихъ курсовъ, нерѣдко представляющихъ большую цѣнность).

Brunner. Die Entstehung der Schwurgerichte. 1872; I Gundermann. Geschichte der Entstehung der Jury in England 1847; Dahlmann Wegweiser durch die Geschichte der englischen Jury 1846; Meyer. Esprit, origine et progrés des institutions judiciaires 1819 (т II); Rogge Uber das Gerichtswesen der Germanen. 1820; Michelsen. Uber die Genesis der Jury 1847, W Forsyth. History of trial by Jury 1852; Kostlin Wendepunct 1849, Biener. Das englische Geschwornengericht 1852–1855 (I—III), Schwarze. Schwurgericht (Rechtslexicon Weiske XI; Couppey. Du Jury en Normandie dans le moyen âge appliqué tant aux affaires civiles qu'aux affaires criminelles. 1838, Reynolds. De vera judicii juratorum origine, natura et indole. (Diss) 1842; Zumpt Die Schwurgerichte der Romischen Republik. 1868 I—II; Zumpt. Die Beamten—und Volksgerichte der Rom Rep 1865. I—II; Daniels. Ursprung und Werth der Geschwornenanstalt. 1848, Muhler. Das Geschworenengericht 1849 Gundermann Ueber die Einstimmigkeit der Geschwornen. 1849; Lewald. Die Geschworenen—Gerichte, eine Schattenseite unserer Justiz 1856, Gneist Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung mit einem Schlusswort uber die Schoffengerichte. 1874; Browne. The dark side of trial by jury 1849; Bentham. Works. II; Welcker. Jury, Schwur—oder Geschworenengericht als

Вопросъ этотъ разлагается на два вопроса: 1) необходимо ли это участіе, т е. другими словами—представляетъ ли собою участіе общественнаго элемента историческую категорію. или основной принципъ организаціи уголовнаго суда? и 2) если участіе общественнаго элемента есть основной принципъ организаціи уголовнаго суда, то какая форма этого участія является наиболѣе соотвѣтствующей интересамъ правосудія?

Оба поставленные вопроса возбуждали и возбуждаютъ много споровъ въ наукѣ и до сихъ поръ не могутъ считаться окончательно рѣшенными Къ сожалѣнію одной изъ главныхъ причинъ такого положенія дѣла является отраженіе въ наукѣ той страстной и несдержанной борьбы взглядовъ, которая господствуетъ въ публицистикѣ относительно названныхъ вопросовъ. Ни одинъ изъ вопросовъ уголовнаго процесса не сдѣлался столь популяр-

---

Rechtanstalt und als politisches Institut 1840. Heinze. Ein deutsches Geschworenengericht. 1865, Schwarze. Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform. 1865; Mayer Geschwornengerichte und Schoffengerichte 1872; Wiarda Bedenken gegen das Schwurgericht 1862. Feuerbach Betrachtungen uber das Geschwornen - Gericht. 1813, Bar. Recht und Beweis im Geschworenengericht 1865; Gorres Der Wahrspruch der Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen. 1903 Ochler. Schwurgericht und Schoffengericht 1896, Binding Die drei Grundfragen etc 1876; Schwarze. Das Schoffengericht 1873, Meyer. Die Frage des Schoffengerichts 1873, Bar. Zur Frage der Geschworenen und Schoffengerichte 1873, Schutze. Laien in den Strafgerichten. 1873; Wellmann Geschworne oder Schoffen? 1873: Glaser Schwurgerichtliche Erorterungen. 1875; Glaser Zur Juryfrage 1864: Wahlberg Schoffen oder Geschworne? (въ Gesam kl Schriften. 1882 III); Glaser. Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im Englischen Schwurgerichtsverfahren. 1866, Mittermaier Erfahrungen uber die Wirksamkeit der Schwurgerichte ets.; H Meyer That-und Rechtsfrage im Geschworenengericht 1860, Zacharia Das moderne Schoffengericht. 1873. H Meyer Die Gegner des Schoffengerichts: Spinola. Schwurgerichte und Schoffengerichte, John Ueber Geschworenengerichte und Schoffengerichte 1872, Seuffert Geschworene oder Schoffen? 1873, Ronne Die Aufgaben des Burgerelementes im Strafprozess. 1876, Berriat—Saint—Prix Le jury en matiere criminelle. 1858. Bigorie de Laschamps. Du jury en matiére criminelle. 1863; Oudot Theorie du jury, Courrent Omnipotence du Jury, Loubet La justice criminelle en France, etudiée principalemeat dans ses rapports avec l'institution et l'organisation du jury etc; Esmein. Histoire de la procedure criminelle en France etc 1882. 505—527, Ginest. Essai sur l'histoire et l'organisation du Jury criminel en France et dans les états modernes 1896. Beudant. De l'indication de la loi pénale dans la discussion devant le jury; Marcy. L'accusé devant la loi penale etc; Cruppi (въ Revue d Deux Mondes за 1895). Bérard (въ Nouvelle Revue за 1892 г); Tainturier Le jury et la loi penale 1895, Pinilla. Le jury et son introduction en Espagne 1873; M Silvela. Le jury criminel en Espagne. 1884. Nagels et Meyers Les lois du jury etc. 1901 Глазеръ О вліяніи суда на приговоръ присяжныхъ. 1868; Гуэ-Глушекъ О судѣ присяжныхъ. 1865, Беко Организація уголовной юстиціи и т. д.

нымъ, не пріобрѣлъ такой остроты, не возбудилъ столько страстей, какъ напр. вопросъ о судѣ присяжныхъ. И къ той ожесточенной полемикѣ, къ тѣмъ преувеличеніямъ, къ тѣмъ пріемамъ борьбы, къ той путаницѣ понятій, которыя наблюдаются въ массѣ статей періодической прессы, посвященной суду присяжныхъ, какъ нельзя лучше примѣнимы слова Биндинга, сказавшаго, что эта пресса „bei Ventilirung wissenschaftlichen Fragen so oft mehr verwirrt als belehrt“ *).

1867; Миттермайеръ Европейскіе и американскіе суды присяжныхъ. 1869, Палаузовъ. Къ вопросу о формѣ участія народнаго элемента въ уголовной юстиціи. 1876; Его же. Постановка вопросовъ и т. д.; Его же. Вопросъ о миссіи присяжныхъ засѣдателей въ новѣйшей русской литературѣ, Владимировъ. Судъ присяжныхъ. 1873, Закревскій О настоящемъ и будущемъ суда присяжныхъ. 1897; Бобрищевъ—Пушкинъ. Эмпирическіе законы дѣятельности русскаго суда присяжныхъ 1896, Тимофѣевъ. Судъ присяжныхъ въ Россіи 1882; Хрулевъ. Судъ присяжныхъ и т. д. 1886; Даневскій. Сравнительное обозрѣніе нѣкоторыхъ формъ народнаго суда (Руск. Мысль 1894 г); Розинъ. О судѣ присяжныхъ. 1901; Утинъ. Очеркъ историческ образованія суда присяжныхъ въ Англіи (Рус. Вѣстн. 1860); Кони. Спорный вопросъ нашего судоустройства (Вѣст Евр. 1881); Джаншіевъ Судъ надъ судомъ присяжныхъ. 1896; Его же Нашъ судъ присяжныхъ и его критики (Р М 1890); Сергѣевскій Шеффенгерихтъ въ русской литературѣ (Юр Вѣсти 1879); Лицкой. Старые и новые шеффены (Ж Гр. и Уг. Пр 1876), Цухановъ О недостаткахъ нашего суда присяжныхъ. (ib. 1882); Фойницкій Оправдательныя рѣшенія присяжныхъ засѣдателей и мѣры къ ихъ сокращенію (ib. 1879); Кистяковскій Судъ шеффеновъ въ русской юридич. литературѣ (Кіев. Унив. Изв. 1879); Мищенко. Судъ присяжныхъ въ Аѳинахъ (Ж. М. Н. П 1892), Гейнце. Очеркъ англ. судоустр. въ связи съ судомъ присяжныхъ 1866; Фуксъ Судъ присяжныхъ. (Рус Вѣстн. 1885) А. Э. Бардзскій. Невмѣненіе —Еще къ вопросу объ оправдательн. приговорахъ присяжн. засѣдателей. 1897; Чубинскій Современная борьба взглядовъ за и противъ суда присяжн 1897; Гогель. Коренныя особенности постановки суда присяжныхъ въ различн. европ государст „Ж М Ю“ 1898, I; Дейтрихъ. О судѣ присяжныхъ (ibid. 1894, VI); Случевскій. О судѣ присяжныхъ и его противникахъ (ib. 1896, III); Лозина-Лозинскій. Реформа суда присяжныхъ (ib. 1895, VIII); Щегловитовъ. Новыя теченія въ дѣятельности русск. суда присяж (ib. 1900, X), Тарновскій. Репрессія суда присяжныхъ по даннымъ за 1875—1900 г. г. (ib 1904, I), Левенстимъ. Еще нѣсколько словъ объ оправдательныхъ приговорахъ присяжныхъ (ib 1898, IV), Гогель Необходима ли реформа суда присяжныхъ? (Вѣстн. Права. 1905, I)

*) Die drei Grundfr, 3 – Само собою разумѣется, что далеко не всѣ статьи періодич. прессы носятъ указанный характеръ Но къ сожалѣнію нерѣдко даже безусловно талантливые, честные и знающіе публицисты трактуютъ вопросъ о судѣ присяжныхъ такъ что могутъ способствовать лишь затемнѣнію его Напр Джаншіевъ („Судъ надъ судомъ прис“) говоритъ, что существованіе суда присяжныхъ измѣряется тысячелѣтіями (стр. 113); что вопросъ о судѣ присяж. давнымъ давно окончательно и безповоротно рѣшенъ и наукой, и судебной практикой (143); „есть вещи, на столько безспорныя для всѣхъ знающихъ людей, что между ними принято считать неприличнымъ спорить объ этихъ общеизвѣстныхъ вещахъ Такова и аксіома превосходства

Но если въ публицистикѣ можно оправдать увлеченія и крайности, если въ пылу борьбы публицистъ долженъ прибѣгать къ сгущенію красокъ, къ страстной проповѣди, то наука должна имѣть въ виду только одну истину, не обращая никакого вниманія на господствующія симпатіи и антипатіи. Она должна безпристрастно и объективно выяснять понятія и съ уваженіемъ относиться ко всякому научному мнѣнію, не объявляя, напр., отлученнымъ человѣка только потому, что онъ высказывается противъ „столь непререкаемаго", „мірового" института, какъ судъ присяжныхъ, не считаетъ его „палладіумомъ свободы" и т. п. *).

Обращаясь къ первому изъ поставленныхъ выше вопросовъ, мы видимъ, что подавляющее большинство ученыхъ считаетъ участіе общественнаго элемента однимъ изъ основныхъ принциповъ организаціи уголовнаго суда. Меньшинство находитъ, что такое участіе есть лишь историческая категорія.

Аргументаціи меньшинства нельзя отказать въ силѣ, глубинѣ и убѣдительности. Она сводится къ слѣдующему.

Если наука требуетъ соединенія въ личности судьи такихъ высокихъ нравственныхъ качествъ, т а к и х ъ з н а н і й, такого опыта, какъ общежитейскаго, т а к ъ и с п е ц і а л ь н а г о, если наука такъ высоко цѣнитъ накопленіе традицій, образованіе духовно-сильной судейской корпораціи, которая представляла бы надежнѣйшій оплотъ законности,—то какъ можетъ она, не противорѣча самой себѣ, сказать, что рекомендуемый ею уголовный судья, абсолютно независимый какъ отъ правительства, такъ и отъ общества, авторитетно поставленный, принадлежащій къ

суда присяжныхъ надъ судомъ безприсяжнымъ" (145), говоря о противникахъ суда прис. онъ пишетъ, что ими являются „два—три прусскихъ прокурора, а въ наукѣ школа Ломброзо, Іерингъ, да и обчелся" (23).

*) Нельзя не отмѣтить совершенно ненаучныхъ пріемовъ, употребленныхъ напр. С. Гогелемъ въ его докладѣ Будапештскому пенитенціарному конгрессу: „необходима ли реформа суда присяжныхъ"? Авторъ доходитъ до того, что увѣряетъ будто въ Англіи, Россіи, Австріи вовсе не слышится жалобъ на судъ присяжныхъ, что всѣ нареканія на этотъ судъ имѣютъ чисто мѣстный характеръ, что „нѣтъ и не можетъ быть общаго вопроса о судѣ присяжныхъ" Недурно и увѣреніе автора, что „независимость нашихъ судей отъ прокурорскаго надзора и в о о б щ е отъ в с я к и х ъ н а ч а л ь с т в ъ внѣ всякаго сомнѣнія."

духовной аристократіи страны, обладающій самыми обширными и глубокими научными знаніями, искусившійся въ оцѣнкѣ доказательствъ, привыкшій читать въ сердцахъ людей, близко знающій міръ преступниковъ, судья, для котораго гуманность, соединенная съ твердостью и неуклонностью исполненія своего долга, сдѣлалась второю натурой, который весь проникнутъ любовью къ своему дѣлу и смотритъ на отправленіе правосудія, какъ на священнодѣйствіе,—какъ можетъ такой судья быть менѣе пригоднымъ къ дѣлу, чѣмъ любой средній гражданинъ, впервые случайно попавшій на судейское кресло? Безъ надлежащихъ знаній, безъ опыта, подверженный всевозможнымъ вліяніямъ, безъ традицій, такой случайный судья неизбѣжно будетъ рѣшать дѣла подъ вліяніемъ настроеній, ничего общаго съ интересами правосудія не имѣющихъ. И если мы представимъ себѣ съ одной стороны коллегію профессіональныхъ судей, т. е. судъ, отражающій высшую степень культуры, достигнутой страною, а съ другой—коллегію случайныхъ судей, то не можетъ возникнуть ни малѣйшаго сомнѣнія, какой изъ этихъ коллегій каждый изъ насъ захотѣлъ бы ввѣрить свою судьбу.

Если вопросъ поставить такимъ образомъ, во всей его чистотѣ и *отвлеченности*, то, конечно, участіе общественнаго элемента въ составѣ уголовнаго суда представится явленіемъ ненормальнымъ. Но если мы съ высотъ чистой теоріи спустимся на землю, то дѣло представится намъ въ нѣсколько иномъ видѣ.

Идеалъ судьи сознается нами ясно и отчетливо, но вмѣстѣ съ тѣмъ мы отлично знаемъ, что какими бы высокими качествами ни обладалъ человѣкъ, онъ не можетъ осуществить этотъ идеалъ, а можетъ лишь болѣе или менѣе къ нему приближаться. Мы вмѣстѣ съ тѣмъ знаемъ, что законодательства сдѣлали въ сущности еще очень мало, для того, чтобы судъ обладалъ *всѣми* указываемыми теоріей качествами.

Напр., о независимости судей отъ правительства пока можно говорить лишь въ теоріи: практика сдѣлала только первые шаги для проведенія этого принципа въ жизнь. *Всей полноты законодательныхъ гарантій независимости судей не существуетъ почти нигдѣ*, а если тотъ или другой законодатель вводилъ нѣкоторыя важнѣйшія изъ названныхъ гарантій, то съ одной стороны сами по себѣ, безъ дополненія остальными гарантіями, онѣ оказывались далеко недостаточными, а съ другой—

иногда на столько противорѣчили общему укладу государственной жизни, что приходилось выбирать одно изъ двухъ: или независимый судъ, могущій оградить личность гражданина отъ результатовъ общаго уклада государственной жизни, или этотъ укладъ. Разумѣется, въ такихъ случаяхъ выборъ былъ нетруденъ: государственный организмъ есть нѣчто гармонически цѣльное и не можетъ долго терпѣть существованія какой нибудь части, перенесенной изъ другого, принципіально различнаго организма.

А въ результатѣ отсутствія всей полноты законодательныхъ гарантій независимости судей является чувство вполнѣ естественнаго недовѣрія общества къ абсолютной безпристрастности суда въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ такъ или иначе заинтересована власть Къ сожалѣнію практика (въ особенности въ государствахъ отсталыхъ) даетъ немало примѣровъ, способныхъ лишь укрѣпить и развить дальше это чувство.

Точно также остается еще очень многаго желать для того, чтобы судъ дѣствительно отражалъ высшую степень культуры, достигнутой государствомъ. И даже въ области чисто—профессіональныхъ знаній судей остается еще очень многое сдѣлать.

Если мы ко всему этому прибавимъ массу различнаго рода неизбѣжныхъ неблагопріятныхъ условій, припятствующихъ даже самымъ лучшимъ судьямъ быть на высотѣ своей задачи, то мы поймемъ, что каждая лишняя гарантія безпристрастія, независимости, знаній и опыта въ дѣлѣ правосудія должна быть принята съ благодарностью

Такого рода дополнительныя гарантіи даетъ участіе общественнаго элемента въ составѣ уголовнаго суда, причемъ нѣкоторыя изъ этихъ дополнительныхъ гарантій настолько цѣнны, что благодаря имъ *участіе общественнаго элемента надо разсматривать какъ основной принципъ организаціи суда.*

1) Прежде всего участіе общественныхъ представителей въ составѣ суда увеличиваетъ довѣріе населенія къ суду. А такъ какъ абсолютное довѣріе общества къ справедливости и безпристрастію суда есть одно изъ драгоцѣннѣйшихъ благъ для государства, то уголовная политика должна дорожить всякимъ правомѣрнымъ средствомъ, ведущимъ къ этой цѣли. Участіе представителей общества въ составѣ суда внушаетъ гражданамъ увѣренность, что подсудимый признается виновнымъ не только органа-

ми власти, но и такими же гражданами, какъ онъ самъ. А это содѣйствуетъ поднятію авторитета приговоровъ и ихъ репрессивности.

2) Въ тѣсной связи съ предыдущимъ находится и второй благодѣтельный эффектъ участія общественныхъ представителей въ составѣ суда. Это участіе усиливаетъ независимость суда отъ правительства. Абсолютныхъ гарантій этой независимости человѣчество создать не можетъ, и если представить себѣ правительство, обладающее большою силой и энергично преслѣдующее цѣль подчиненія суда своему вліянію, то можно съ увѣренностью сказать, что при благопріятныхъ условіяхъ, рано или поздно, тѣми или иными средствами оно достигнетъ своей цѣли, т. е. сдѣлаетъ изъ суда свое послушное орудіе. Эта опасность въ высшей степени ослабѣваетъ, когда приговоръ постановляется при активномъ участіи общественныхъ представителей, сегодня занимающихъ судейскія кресла, а завтра ихъ покидающихъ и смѣшивающихся съ массой гражданъ Нельзя отрицать возможности вліянія правительства и на временныхъ, непрофессіональныхъ судей *), но вліяніе это во всякомъ случаѣ можетъ имѣть гораздо болѣе случайный характеръ, чѣмъ вліяніе на профессіональныхъ судей, а цѣлесообразными процессуальными мѣрами и мѣрами при составленіи списковъ можно почти устранить всякую опасность на этотъ счетъ. Такимъ образомъ при слишкомъ большой податливости профессіональныхъ судей общественный элементъ можетъ представить противовѣсъ, а судья колеблющійся найдетъ въ мнѣніи независимыхъ общественныхъ представителей твердую опору.

3) Принципъ общественнаго контроля и активнаго участія населенія во всѣхъ важнѣйшихъ актахъ государственной дѣятельности есть conditio sine qua non здоровой жизни, силы и процвѣтанія государства. И если населеніе активно участвуетъ въ законодательствѣ (парламентъ), если общественному самоуправленію принадлежитъ очень важная роль въ административной дѣятельности государства, то было бы въ высшей степени нелогичнымъ устранять это активное участіе въ третьей великой области

*) Извѣстно мнѣніе Наполеона I, что тиранническое правительство можетъ имѣть бо́льшую опору въ присяжныхъ засѣдателяхъ, чѣмъ въ независимыхъ профессіональныхъ судьяхъ. F. Hélie. Traité VIII, 217, Esmein. Histoire. 511

государственной дѣятельности—отправленіи правосудія, области такъ тѣсно связанной съ правами и интересами гражданъ, области, гдѣ государство осуществляетъ столь опасныя функціи власти, какъ принудительныя. Между прочимъ участіе общественныхъ представителей въ составѣ суда заставляетъ профессіональныхъ судей „подтянуться“ во всѣхъ отношеніяхъ, препятствуетъ такимъ сторонамъ человѣческой природы, какъ лѣнь, безпечность, халатность и т. п. проявить всѣ свои эффекты

4) Участіе общественныхъ представителей въ составѣ суда препятствуетъ образованію рутины и полной оторванности отъ жизни, препятствуетъ корпораціи судей выродиться въ касту. Постоянный обмѣнъ мнѣній съ лучшими*) представителями общества способствуетъ болѣе полному знанію судьями жизни и интересовъ общества, знакомитъ ихъ съ правовыми воззрѣніями общества. и вслѣдствіе этого заставляетъ провѣрять и углублять свои воззрѣнія, а иногда и исправлять ихъ

5) Участіе общественныхъ представителей увеличиваетъ сумму знаній и опыта суда. Общественные представители избираются изъ мѣстныхъ жителей всѣхъ классовъ. Сплошь и рядомъ имъ извѣстны мелкія детали обыденной жизни, назнакомыя профессіональнымъ судьямъ и часто могущія оказывать неоцѣненныя услуги при разрѣшеніи фактическихъ вопросовъ. Кромѣ того, не смотря на весь опытъ судей въ оцѣнкѣ уликъ, въ оцѣнкѣ достовѣрности свидѣтельскихъ показаній и т. п. участіе свѣжихъ людей изъ различныхъ классовъ общества можетъ принести въ этомъ дѣлѣ большую пользу. Самый опытный судья можетъ ошибаться при оцѣнкѣ, напр., свидѣтельскихъ показаній, но если показаніе свидѣтеля производитъ впечатлѣніе достовѣроости не только на судью, привыкшаго разбираться въ свидѣтельскихъ показаніяхъ, владѣющаго массой систематизированнаго опыта на этотъ счетъ, знакомаго съ научными пріемами оцѣнки показаній, но и на нѣсколькихъ лицъ изъ различныхъ классовъ общества, то достовѣрность показанія при такомъ положеній вещей можно считать установленной наилучшимъ способомъ, какой только можетъ изобрѣсть человѣчествая мысль; возможность ошибки сводится къ минимуму.

---

*) Само собою разумѣется. необходимо создать гарантіи, чтобы это были бы дѣйствительно лучшіе, достойнѣйшіе, пользующіеся общимъ уваженіемъ граждане.

6) Участіе общественныхъ представителей въ высшей степени способствуетъ индивидуализированію каждаго разсматриваемаго судомъ дѣла. И это вовсе не потому, что профессіональный судья склоненъ будто бы къ рутинѣ, къ шаблонамъ, теряетъ чуткость къ жизни и т. п. Конечно, нельзя отрицать, что при неблагопріятныхъ обстоятельствахъ указанныя явленія могутъ развиться у профессіональныхъ судей, и съ этой точки зрѣнія участіе общественныхъ представителей является очень полезнымъ, препятствуя до извѣстной степени слишкомъ широкому развитію подобныхъ явленій. Но при нормальныхъ условіяхъ едва ли можно возводить въ общее правило „притупленіе чуткости“ и т. п. Тѣмъ не менѣе участіе общественныхъ представителей оказываетъ самое благотворное вліяніе на индивидуализированіе дѣлъ вотъ въ какомъ отношеніи. Профессіональный судья имѣетъ передъ собою тысяча первый случай обвиненія въ мелкой кражѣ, совершенной въ третій разъ, а для общественнаго представителя, впервые занимающаго судейское кресло,—это первый случай. Зная, что отъ его рѣшенія зависитъ участь человѣка, такой случайный судья будетъ глубоко интересоваться каждой мелкой подробностью дѣла; тутъ все для него ново и интересно, каждый фактъ обращаетъ на себя его вниманіе и представляется заслуживающимъ всесторонняго изслѣдованія. И хотя посѣдѣвшій въ своемъ креслѣ профессіональный судья сплошь и рядомъ можетъ совершенно правильно рѣшить такое дѣло съ двухъ—трехъ словъ, хотя присутствіе общественныхъ представителей заставитъ потерять на разсмотрѣніе этого дѣла въ десять разъ больше времени, но эта потеря времени съ избыткомъ вознаграждается огромной пользой для правосудія. Такой порядокъ препятствуетъ чрезмѣрно увлекаться скоростью судебнаго разбирательства, препятствуетъ вырожденію этого разбирательства въ „полевой судъ“; такой порядокъ заставляетъ профессіональныхъ судей внимательно относиться къ самымъ шаблоннымъ дѣламъ, а иногда препятствуетъ упустить изъ виду важное для дѣла обстоятельство, съ перваго взгляда показавшееся шаблоннымъ, но при детальномъ изслѣдованіи раскрывшее все свое содержаніе.

7) Участіе общественныхъ представителей въ высшей степени содѣйствуетъ соблюденію процессуальныхъ гарантій и въ особен-

ности самой важной изъ нихъ—принципу непосредственности. Дѣло должно быть рѣшено исключительно на основаніи того, что произойдетъ въ судебномъ засѣданіи. Все, что предшествовало открытію судебнаго засѣданія, весь матеріалъ, служившій для предъявленія обвиненія, для преданія суду,—не долженъ существовать для судей, призванныхъ рѣшить дѣло по существу. Только тогда можетъ идти рѣчь о совершенномъ безпристрастіи судей, когда на нихъ не оказываютъ никакого вліянія акты предварительнаго слѣдствія, когда на судебномъ слѣдствіи передъ судьями впервые развертывается вся картина дѣла Но такъ какъ чрезвычайно трудно сдѣлать для профессіональныхъ судей (а въ особенности для предсѣдателей) несуществующимъ „дѣло“ съ его актами, то присутствіе общественныхъ представителей служитъ самой надежной гарантіей того, что большинство входящихъ въ составъ суда лицъ совершенно незнакомы съ письменнымъ производствомъ и почерпаютъ свои свѣдѣнія единственно изъ предложеннаго и разработаннаго въ залѣ засѣданія матеріала *).

Переходимъ ко второму вопросу. Какая форма участія общественныхъ представителей должна быть признана наиболѣе цѣлесообразной?

Предыдущее изложеніе даетъ право выставить слѣдующія положенія: 1) основой суда, главными его дѣятелями должны быть признаны профессіональные судьи; 2) присутствіе общественныхъ представителей въ составѣ суда надо разсматривать какъ дополнительную гарантію; 3) соединеніе обоихъ элементовъ должно имѣть гармоническій характеръ; 4) приговоръ суда долженъ представлять собою результатъ совмѣстной работы всѣхъ, входящихъ въ составъ суда судей (какъ профессіональныхъ, такъ и

*) Большинство авторовъ (и въ числѣ ихъ весьма крупныя имена) указываютъ еще на одно по ихъ мнѣнію важное достоинство участія общественнаго элемента распространеніе въ населеніи знанія права При этомъ многіе авторы находятъ, что тѣ самые профессіональные судьи, которыхъ они называли рутинерами, предубѣжденными противъ обвиняемыхъ, притупившими чуткость къ жизни, не способными такъ хорошо оцѣнивать улики и рѣшать вопросы о виновности, вопросы права, какъ присяжные засѣдатели, оказываются очень полезными учителями для послѣднихъ.

случайныхъ), работы, основной на взаимномъ пониманіи и живомъ обмѣнѣ мнѣній.

Въ самомъ дѣлѣ. Если теорія предъявляетъ къ судьямъ столь высокія требованія, такъ выдѣляетъ ихъ во всѣхъ отношеніяхъ изъ остальныхъ должностныхъ лицъ государства, такъ заботится, чтобы судьи не превратились въ чиновниковъ, не сдѣлались бы орудіями власти, чтобы они олицетворяли собою идеалы правды, справедливости, гуманности, твердости, опытности и знанія, то было бы болѣе чѣмъ непослѣдовательно, если бы эта теорія сказала: и все таки эти мои судьи должны быть признаны менѣе пригодными для цѣлей правосудія, чѣмъ обыкновенные средніе граждане, случайно попавшіе на судейскія кресла. Очевидно, что при такой постановкѣ вопроса профессіональные судьи должны быть главными дѣятелями суда. Рядъ указанныхъ выше благодѣтельныхъ эффектовъ участія въ составѣ суда общественныхъ представителей сводится *къ созданію дополнительныхъ гарантій. Въ этомъ именно и заключается идея привлеченія общественнаго элемента къ уголовной юстиціи.* Воззрѣніе, что общественные представители обладаютъ особыми качествами, дѣлающихся ихъ л у ч ш и м и судьями, чѣмъ судьи профессіональные, воззрѣніе, въ этомъ мнимомъ преимуществѣ н е п р о ф е с с і о н а л ь н ы х ъ судей видящее идею привлеченія общественнаго элемента, должно быть рѣшительно отвергнуто, т. к. принятіе такого воззрѣнія было бы смертнымъ приговоромъ для науки, именуемой наукой уголовнаго процесса. Всѣ изложенные раньше принципы, относящіеся къ личности уголовнаго судьи, потеряли бы всякое значеніе. Къ чему такъ заботится о научной и практической подготовкѣ судей, объ ихъ независимости, авторитетности и т. д., если не смотря на все это, такіе судьи будутъ все—таки менѣе пригодны для цѣлей правосудія, чѣмъ обыкновенные граждане?

Если, не смотря на бо̀льшую пригодность профессіональныхъ судей, участіе общественнаго элемента создаетъ рядъ дополнительныхъ гарантій и въ этомъ смыслѣ представляетъ громадную цѣнность, то необходимо оба элемента соединить гармонически, т. е. такъ, ч т о б ы н и о д и н ъ н е р а з в и л с я б ы в ъ у щ е р б ъ д р у г о м у, чтобы главная роль принадлежала бы профессіональному элементу, но вмѣстѣ съ тѣмъ, ч т о б ы о б щ е с т в е н ы й э л е м е н т ъ и м ѣ л ъ п о л н у ю в о з м о ж н о с т ь о к а з а т ь с в о е б л а г о т в о р н о е в л і я н і е.

Обращаясь послѣ этихъ руководящихъ замѣчаній къ разсмотрѣнію поставленнаго выше вопроса, мы найдемъ, что онъ въ настоящее время сводится къ вопросу о томъ, какая изъ двухъ формъ участія общественнаго элемента является болѣе цѣлесообразной. судъ присяжныхъ, или т. н. судъ шеффеновъ? *)

Здѣсь именно и разыгрывается тѣ страсти, о которыхъ я говорилъ, приступая къ вопросу. Страсти эти находятъ свое отраженіе даже въ наукѣ, мѣшая сплошь и рядомъ объективому изслѣдованію. Въ особенности субъективизма и односторонности много въ русской литературѣ. Фразъ въ родѣ „непререкаемый институтъ", „побѣдоносное шествіе", „тысячелѣтнее существованіе", „лучшій палладіумъ гражданской свободы", „полное незнаніе дѣла противниками" и т. п. на каждомъ шагу встрѣчаются не только въ публицистикѣ, но и въ ученыхъ работахъ. А когда въ спеціальныхъ научныхъ работахъ мы читаемъ о „томъ фіаско, которое (будто бы) потерпѣлъ проектъ шеффенгерихта въ наукѣ и жизни" **) невольно вспоминаешь о знаменитыхъ Бэконовскихъ идолахъ въ (особенности idola theatri и idola specus).

Нельзя впрочемъ не замѣтить, что слишкомъ страстная защита суда присяжныхъ напр., у насъ, вызвана весьма симпатичными мотивами и имѣетъ въ высшей степени серіозныя основанія. Объ этомъ рѣчь будетъ впереди въ связи съ необходимостью различать при научномъ разсмотрѣніи вопроса политическую и историческую точку зрѣнія съ одной стороны и юридическую—съ другой.

Чтобы показать, сколько преувеличенія заключается въ утвержденіяхъ о „всеобщихъ симпатіяхъ", „непререкаемости", „побѣдоносномъ шествіи" суда присяжныхъ, обратимъ вниманіе на слѣдующее. Прежде всего судъ присяжныхъ принятъ не во всѣхъ европейскихъ государствахъ, причемъ онъ не существуетъ въ такихъ государствахъ, которыя по справедливости могутъ похвалиться и своею культурой, и любовью къ свободѣ, и

*) Существующая еще въ Россіи третья форма—судъ съ участіемъ сословныхъ представителей относится къ области переживаній. Это анахронизмъ, и анахронизмъ во многихъ отношеніяхъ вредный. (Интересныя данныя, касающіяся идеи сословныхъ судовъ, находимъ у Pardessus. Essai historique sur l'organisation judiciaire).

**) Палаузовъ. Къ вопросу о формѣ участія и т. д.; 58.

участіемъ народа въ управленіи государствомъ, и существованіемъ гарантій правъ личности: въ Голландіи, большинствѣ кантоновъ Швейцаріи, Норвегіи, Даніи, Швеціи. Въ Венгріи онъ существуетъ только для преступленій печати. Что касается отношенія къ суду присяжныхъ судебныхъ дѣятелей, общества и науки, то о единодушіи здѣсь не можетъ быть и рѣчи: во всѣхъ странахъ существовали и существуютъ многочисленные противники, число которыхъ за послѣднее время увеличивается. Отмѣчу для примѣра нѣкоторые факты.

Во Франціи въ 1885 году громадное большинство судовъ на сдѣланный запросъ дали отрицательный отзывъ. а т. н. „корреціонализація“ дѣлъ доходитъ до чудовищныхъ размѣровъ; напр. въ 1891 году изъ пятисотъ тысячъ обвиненій присяжнымъ передано лишь 2.900. Огромная часть прессы относится къ суду присяжныхъ отрицательно, а среди ученыхъ противниковъ есть такія имена, какъ Порталисъ, Шербюлье, а изъ новыхъ—Гарро, Тардъ, Лакассань, Жоли, Жине и др. *).

Общее нерасположеніе къ суду присяжныхъ во многихъ государствахъ Германіи отмѣчено было въ свое время такимъ выдающимся защитникомъ этого института, какъ Миттермайеръ **). По свидѣтельству Биндинга ***), число противниковъ между молодыми криминалистами все больше и больше увеличивается. Съѣздъ германскихъ юристовъ въ 1886 году отнесся къ суду присяжныхъ отрицательно, а число ученыхъ противниковъ необычайно велико: Фейербахъ, Савиньи, Игерингъ, Генке, Мартинъ, Молиторъ, Ягеманнъ, Бинеръ. Гіэ-Глунекъ, Дернбургъ, Кругъ, Ортлофъ, Абеггъ, Цахаріэ, Гейбъ, Вехтеръ, Шварце, Гуго Мейеръ, Биндингъ, Шютце, Розенфельдтъ, Беннеке, Беллингъ и мн. др. †).

---

*) Ginest свою книгу заключаетъ слѣдующими словами. Oui, le français a le dédain du jury, tout en conservant pour lui un culte aussi platonique que superstitieux)“.

**) См напр. „Европ. и амер. суды прис“ I, 11.

***) Die drei Grundfragen, 47.

†) Das Ergebnis der funfzigjahrigen Erfahrungen mit den Schwurgerichten ist nach dem Urteil fast aller besonnenen Praktiker ein durchaus negatives“ Rosenfeld. Der Reichs-Strafprozess. 1901, 90. Я назвалъ только ученыхъ юристовъ, хотя для полноты можно было бы указать нѣсколько именъ величайшихъ представителей человѣческой мысли, высказавшихся противъ суда присяжныхъ. Напримѣръ рѣзкій отзывъ Шопенгауера.

Въ Италіи и среди общества, и среди судебныхъ дѣятелей есть очень много противниковъ, а въ наукѣ кромѣ представителей антропологической школы (Ломброзо, Ферри, Гарофало и др.) противъ суда присяжныхъ высказались Карминьяни, Романьози, Пизанелли, Николини, Эллеро, Габелли, Пальма и др.

Закончу этотъ краткій обзоръ указаніемъ на массу противниковъ въ Австріи, Испаніи (гдѣ коронному суду предоставлено право отмѣнять даже оправдательные вердикты), Швейцаріи, на отрицательное отношеніе съѣзда скандинавскихъ юристовъ въ Христіаніи 1878 г. *).

Послѣднимъ крупнымъ фактомъ, свидѣтельствующимъ о недовѣріи къ суду присяжныхъ, является постановка 4-го вопроса седьмому международному пенитенціарному конгрессу (въ сентябрѣ текущаго года въ Буда-Пештѣ) Вопросъ редактированъ такъ: „Les résultats de l'institution du jury ont-ils été tels qu'il y aurait lieu d'y apporter des réformes?“ А въ объясненіяхъ къ этому вопросу мы читаемъ, напр., слѣдующее мѣсто: „On est obligé de reconnaître, en général, que cette institution éminemment démocratique n'est pas toujours restée étrangère à certaines influences qui tendent à lui faire perdre son caractère de juridiction impartiale. La passion politique, l'ignorance, l'intérêt, la crainte, l'excès de clémence ou de sévérité, la préoccupation de l'opinion publique, sont autant de causes qui agissent sur ces magistrats d'un jour, dont les verdicts n'ont d'autre contrôle que celui de leur conscience“ **).

Но даже въ Англіи, этой родинѣ суда присяжныхъ, этой странѣ, о которой Блэкстонъ сказалъ, что „the trial by jury ever has been, and I trust ever will be looked upon as the glory of the English law“ ***),—замѣчается такое же явленіе, не смотря на то, что англійскій судъ присяжныхъ имѣетъ очень мало общаго съ континентальнымъ и свободенъ отъ его недостатковъ. Среди англичанъ есть не мало противниковъ суда присяжныхъ, число которыхъ за послѣднее время по свидѣтельству корреспондента „Жур. Мин. Юст.“, англійскаго адвоката Сесиль Мидъ

*) Bullet. soc leg. Comp. 1879. стр. 454.

**) Bulletin de l' Union Intern. de dr. pénal. XII vol., Livraison 2. p.p 446—447.

***) Commentaries systematically abridged etc 566.

Аллена *), увеличивается. Отмѣчу въ этомъ отношеніи отрицательный докладъ генералъ-атторнея въ 1873 г. парламенту и отзывы трехъ ученыхъ: одного, принадлежаго началу прошлаго столѣтія—Бентама, другаго срединѣ—Брауна и третьяго концу—Стивена, наиболѣе выдающагося криминалиста (теоретика и практика).

Всего сказаннаго достаточно, чтобы каждому непредубѣжденному человѣку сдѣлалось яснымъ, что съ судомъ присяжныхъ далеко не все обстоитъ благополучно, что нельзя всѣхъ противниковъ его причислять къ людямъ отсталымъ, недостаточно безпристрастнымъ и свѣдущимъ, и что теоретическое изслѣдованіе вопроса далеко еще не потеряло своего значенія, т. к. о „безповоротномъ, окончательномъ рѣшеніи“ не можетъ быть пока и рѣчи.

Посмотримъ прежде всего, не дастъ ли намъ чего-нибудь для рѣшенія вопроса исторія участія народнаго элемента въ отправленіи правосудія.

Эта исторія представляетъ слѣдующіе моменты.

1) Судъ осуществляется всѣмъ народомъ на тѣхъ же самыхъ торжественныхъ собраніяхъ, которыя собирались для вопросовъ законодательныхъ и административныхъ. Здѣсь нѣтъ и рѣчи о раздѣленіи функцій государственной власти: державная воля народа проявлялась въ судебныхъ рѣшеніяхъ совершенно такимъ же образомъ, какъ она проявлялась въ созданіи законовъ, объявленіи войны и т. п. Народъ каралъ и миловалъ, не стѣсняясь никакими законами, никакими прецедентами, руководствуясь въ каждомъ данномъ случаѣ своимъ чувствомъ права, настроеніемъ, соображеніями общественной пользы. Если въ одномъ случаѣ онъ ad hoc создавалъ карательный законъ, то въ другомъ—онъ отмѣнялъ этотъ законъ и т. д. Таковы наши вѣча **), римскія центуріатскія народн. собранія, старогерманскіе народные суды ***).

---

*) Ж. М. Ю. 1901 г. № 3, стр. 322

**) Я старался указать важнѣйшія основы въ защиту мнѣнія о судебныхъ функціяхъ вѣча, какъ о нормальныхъ функціяхъ, въ своей работѣ: „Къ вопросу о псковскомъ судоустройствѣ“ („Вѣстникъ Славянства“, изд. проф. В. Качановскимъ. 1894 кн. IX).

***) Ср. Zopfl. Deutsche Rechtsgeschichte (4 издан., стр. 318)

2) Судъ всего народа, но въ особыхъ собраніяхъ избранныхъ для этой цѣли лицъ, замѣстителей всего народа. Эти собранія, какъ представляющія собою народъ во всей его совокупности, дѣйствовали по тѣмъ же принципамъ, какіе указаны въ предыдущемъ пунктѣ. Таковы напр., аѳинскіе суды геліастовъ, римскіе „суды присяжныхъ“ (quaestiones perpetuae) *). Отсюда своеобразный способъ защиты, расчитанный на то, чтобы разжалобить судей, напомнить имъ гражданскія заслуги обвиняемаго, доказать несправедливость уголовной кары за то или другое дѣяніе и т. п. **)

3) Судъ посредствомъ особыхъ представителей изъ народа при формальномъ лишь участіи органа власти. Эти народные представители (старо-германскіе шеффены) и были при отсутствіи писаннаго права единственными знатоками обычнаго права, жившаго въ народѣ. Это были лучшіе люди, избранные народомъ, люди пользовавшіеся общимъ уваженіемъ, какъ знатоки права. Они и рѣшали все дѣло, а предсѣдательствующій представитель власти наблюдалъ за внѣшнимъ порядкомъ, исполнялъ рѣшеніе, собиралъ пошлины и т. п. ***).

4) Судъ при участіи представителей изъ народа. Здѣсь уже органы власти и народные представители рѣшали дѣло совмѣстно. Народные представители призывались въ помощь коронным судьямъ (напр., Германія XVI в.); въ другихъ мѣстахъ участіе народныхъ представителей имѣло характеръ гарантіи обвиняемаго отъ произвола, народные представители былъ особыми торжественными свидѣтелями Все усиливающееся значеніе рецепированнаго римскаго права, измѣненіе системы судебныхъ доказательствъ и другія внѣшнія причины всѣ болѣе и болѣе выдвигали на первый планъ ученыхъ судей – юристовъ †), вырывали все болѣе глубокую пропасть между этими судьями и засѣдавшими вмѣстѣ съ ними народными представителями, низведя въ концѣ концовъ роль послѣднихъ къ нулю.

---

*) Смѣшивать эти суды съ современными судами присяжныхъ было бы такой же ошибкой, какъ напр., отождествлять современное русское дворянство *(сословіе)* съ древнерусскимъ *классомъ* бояръ, служилыхъ людей (не имѣвшихъ ни сословной корпоративности, ни сословныхъ привилегій)

**) Ср Wargha Die Vertheidigung in Strafsachen 1879 стр 16—61.

***) Ср Sohm Altdeutsche Reichs und Gerichtsverfassung I, 372 и слѣд

†) Интересныя свѣдѣнія даетъ Stolzel Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. 1872

5) Участіе народныхъ представителей, наконецъ, совершенно прекращается и на очень долгое время отправленіе правосудія переходитъ въ руки коронныхъ судей—юристовъ, т. к. они оказались единственно пригодными примѣнять чуждое народу право, требовавшее спеціальнаго изученія. они оказались единственно пригодными для господствовавшаго тогда инквизиціоннаго процесса.

6) Пробудившееся стремленіе къ свободѣ, сознанная необходимость гарантій правъ личности и участія народа въ верховной власти въ связи съ крайнимъ развитіемъ началъ инквизиціоннаго процесса, обнаружившаго всѣ свои темныя стороны,—все это заставило во Франціи въ эпоху великой революціи требовать коренной судебной реформы. Результатомъ этихъ требованій было введеніе суда присяжныхъ. Почему именно въ такой формѣ осуществилось обновленіе суда? Главнѣйшими причинами были слѣдующія. а) У всѣхъ въ памяти были тѣ вопіющія злоупотребленія, то попраніе достоинства человѣческой личности, которыя были неизбѣжнымъ выводомъ изъ строго проводимыхъ началъ инквизиціоннаго процесса; эти темныя стороны процесса отождествлялись съ системой судоустройства, на которую и были перенесены антипатіи общества. b) Весьма естественно. что народъ, сознавшій свою силу, сталъ искать такой формы суда, въ которой идея народовластія проявилась бы наиболѣе рельефно. c) Единственной извѣстной тогда на практикѣ формой участія народнаго элемента въ уголовномъ судѣ былъ судъ присяжныхъ, дѣйствовавшій уже болѣе 200 лѣтъ въ Англіи, государственныя учрежденія которой обращали на себя всеобщее вниманіе, какъ образцы для подражанія.

7) Когда съ половины 19 вѣка въ остальныхъ европейскихъ странахъ началось освободительное движеніе, однѣ и тѣ-же причины вызвали однѣ и тѣ-же слѣдствія. Были введены суды присяжныхъ во французской переработкѣ этого института.

8) Съ половины 60-хъ годовъ 19 в. *) въ Германіи возникла новая форма участія народнаго элемента, судъ шеффеновъ. Кромѣ названія этотъ судъ не имѣетъ ничего общаго съ указанными въ п. 3 старогерманскими шеффенами, и рѣзко отли-

*) Впрочемъ, въ Вюртембергѣ судъ шеффеновъ существуетъ съ 1818 года

чается отъ континентальнаго типа суда присяжныхъ слѣдующими чертами: шеффены составляютъ одну коллегію съ судьями, совмѣстно рѣшаютъ дѣло и приговоръ суда мотивируется.

Изъ этого краткаго обзора мы видимъ: a) что судъ присяжныхъ существуетъ на континентѣ Европы со времени великой французской революціи, а въ остальныхъ государствамъ съ половины 19 в. и такимъ образомъ существованіе его тамъ измѣряется лишь нѣсколькими десятками лѣтъ; b) введеніе суда присяжныхъ на континентѣ Европы было вызвано главнымъ образомъ причинами политическаго свойства и c) послѣднимъ словомъ исторіи участія народнаго элемента является судъ шеффеновъ. Кромѣ того представляется весьма назидательнымъ. d) что народные суды въ первыя эпохи олицетворяли собою идею абсолютнаго всемогущества суда, идею несовмѣстимую съ принципомъ самоцѣльности личности и съ твердымъ правопорядкомъ и e) что народные суды эпохи старо-германскихъ шеффеновъ состояли изъ наиболѣе почетныхъ лицъ, лучшихъ знатоковъ дѣйствующаго (обычнаго) права.

Обратимся теперь къ изученію суда присяжныхъ у самаго его источника и посмотримъ, можно ли считать англійскій судъ присяжныхъ и континентальный—тождественными институтами?

Здѣсь, конечно, мы не можемъ изслѣдовать вопросъ, на какой національной почвѣ (англо-саксонской, французской, норманской, скандинавской и т. д.) возникли зародыши современнаго суда присяжныхъ. Важно лишь отмѣтить, что эти зародыши только въ Англіи получили развитіе, которое въ концѣ концовъ привело къ образованію во второй половинѣ 17 в. англійскаго суда присяжныхъ въ его современной формѣ.

Знаніе исторіи суда присяжныхъ чрезвычайно важно для уразумѣнія истинной природы института, поэтому представляется необходимымъ прослѣдить въ общихъ чертахъ основные моменты этой исторіи.

Прежде всего необходимо имѣть въ виду, что судъ присяжныхъ развился въ Англіи сначала для гражданскихъ дѣлъ. Первоначальной формой явилась т. наз. assisa. Въ спорахъ о земельныхъ участкахъ и т. п. отвѣтчикъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ вмѣсто того, чтобы защищаться обычнымъ способомъ,

а именно—судебнымъ поединкомъ, могъ se ponere in assisam et petere recognitionem. Тогда избиралось 12 человѣкъ изъ мѣстныхъ жителей, хорошо знающихъ предметъ спора, и судъ предлагалъ имъ вопросъ по существу дѣла (напр.: utrum A. vel B. majus jus habeat in terra illa?); вопросъ этотъ присяжные, какъ представители общины, должны были рѣшить единогласно на основаніи личнаго знанія всѣхъ обстоятельствъ дѣла.

Въ 13 столѣтіи образовалась путемъ практики новая форма присяжныхъ—jurata. Когда во время процесса возникали споры по поводу существованія того или другого факта, стороны могли просить предоставить разрѣшеніе этихъ споровъ призваннымъ для assisa присяжнымъ, которые въ такихъ случаяхъ назывались jurata.

Судья формулировалъ спорные пункты и предлагалъ ихъ на разрѣшеніе присяжныхъ, причемъ опять таки и здѣсь вердиктъ долженъ быть постановленъ единогласно и исключительно на основаніи личнаго знакомства съ обстоятельствами дѣла. Существенное различіе вердикта assisa отъ вердикта jurata заключалось въ томъ, что первый давалъ отвѣтъ по существу дѣла, а второй—лишь на частные, возникающіе во время хода процесса, вопросы чисто фактическаго характера.

Такъ какъ assisa допускалась лишь для извѣстной, точно опредѣленной категоріи дѣлъ, а jurata могла примѣняться во всякомъ дѣлѣ, то практика все болѣе и болѣе расширяла этотъ, оказавшійся столъ цѣлесообразнымъ, способъ доказательства. Судьи все чаще и чаще стали поручать присяжнымъ разрѣшеніе фактическихъ вопросовъ, контролируя это разрѣшеніе и въ случаѣ сомнѣнія требуя указанія мотивовъ, приведшихъ къ тому или иному рѣшенію. *Jurata, вырабатывающая подъ контролемъ судьи фактическій матеріалъ, какъ основу для постановляемаго судомъ рѣшенія, и превратилась въ конецъ концовъ въ современный судъ присяжныхъ по гражданскимъ дѣламъ.*

Мало по малу присяжные теряютъ характеръ свидѣтелей и превращаются въ судей, разрѣшающихъ предлагаемые имъ фактическіе вопросы уже не на основаніи личнаго знанія дѣла, а на основаніи предъявляемыхъ имъ доказательствъ. Этотъ процессъ превращенія присяжныхъ въ судей совершался очень медленно. Еще во время Фортескью (1460 г.) присяжные были от-

части свидѣтелями, могущими постановлять вердикты на основаніи личнаго знакомства съ обстоятельствами дѣла. И лишь къ 1650 году твердо установился порядокъ, при которомъ соединеніе въ одномъ лицѣ свидѣтеля и присяжнаго стало невозможнымъ: если присяжный имѣлъ о дѣлѣ какія нибудь свѣдѣнія, онъ не могъ сообщать ихъ другимъ присяжнымъ во время совѣщанія, а долженъ былъ выступить въ роли свидѣтеля и подвергаться перекрестному допросу.

Въ уголовномъ процессѣ судъ присяжныхъ появился позже. До начала XIII вѣка обычными способами доказательства являлись судебный поединокъ и ордалии. Въ XII вѣкѣ изрѣдка, въ видѣ исключенія бывали случаи, когда король за извѣстную плату давалъ обвиняемому разрѣшеніе ссылаться въ свое оправданіе на вердиктъ присяжныхъ. Когда въ началѣ XIII вѣка ордаліи были отмѣнены, единственно нормальнымъ способомъ доказательства остался судебный поединокъ*). Но судебный поединокъ могъ примѣняться лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда въ качествѣ обвинителя выступало опредѣленное лицо. Поэтому для той категоріи дѣлъ, гдѣ обвинителемъ выступала община въ видѣ спеціальныхъ присяжныхъ (Rugejury), необходимо было въ виду отмѣны ордалій создать новую процессуальную форму, соотвѣтствующую упраздненному институту. Такой формой и явился уже давно примѣнявшійся въ гражданскомъ процессѣ судъ присяжныхъ *въ видѣ jurata*.

Эти присяжные, какъ и въ гражданскихъ дѣлахъ, очень долгое время носили характеръ свидѣтелей, рѣшая дѣло на основаніи личнаго знакомства съ обстоятельствами его. И только къ 1650 году окончательно установился за присяжными характеръ судей. При этомъ необходимо имѣть въ виду: 1) что съ самаго возникновенія своего до настоящаго времени присяжные рѣшаютъ вопросы фактическаго характера **) и 2) впервые у

*) Формально отмѣненный лишь въ 1819 году.

**) Въ 1582 г было формулировано положеніе: matters in fact shall be tried by jurors, and matters in law by the judges. („Sicut ad quaestionem facti non respondent judices, ita ad quaestionem juris non respondent juratores") —Напрасно ссылаются на законъ 1792 г. о libel'яхъ въ доказательство того, что по англійскому праву присяжные *являются* судьями и факта, и права· упомянутый законъ подчеркнулъ лишь вопреки противоположной тенденціи нѣкоторыхъ англійскихъ судей, что и въ процессахъ о libel'яхъ присяжные должны пользоваться *такими же* правами, какъ и во всѣхъ остальныхъ процессахъ.

Блэкстона (1769 г.) мы встрѣчаемъ разсужденія о политическомъ значеніи суда присяжныхъ: этотъ институтъ всегда имѣлъ и нынѣ имѣетъ въ Англіи чисто—юридическое значеніе.

Такимъ образомъ исторія даетъ намъ слѣдующіе важные результаты. 1) судъ присяжныхъ возникъ изъ особаго вида судебныхъ доказательствъ; 2) въ компетенцію присяжныхъ входили вопросы факта и 3) судъ присяжныхъ носилъ чисто-юридическій, техническій характеръ.

Указанные результаты имѣютъ самое важное значеніе для уразумѣнія сущности современнаго англійскаго суда присяжныхъ: и въ настоящее время судъ присяжныхъ носитъ чисто-юридическій характеръ и есть лишь въ концѣ концовъ способъ доказательства, причемъ присяжные разрѣшаютъ преимущественно фактическіе вопросы.

Лучшимъ доказательствомъ сказаннаго являются два весьма характерныя положенія англійскаго права 1) Когда подсудимый признаетъ себя виновнымъ, когда стало быть нечего доказывать, присяжные не привлекаются вовсе къ дѣлу и судья постановляетъ приговоръ безъ ихъ участія 2) Судья имѣетъ право предложить присяжнымъ постановить т. наз. спеціальный вердиктъ, т. е. не рѣшать вопросъ о виновности, а установить доказанность или нѣтъ извѣстныхъ фактическихъ обстоятельствъ, а затѣмъ предоставить судьѣ на основаніи этихъ данныхъ рѣшить вопросъ юридическій. Спеціальный вердиктъ присяжные имѣютъ право постановить и по собственному почину.

Ближайшее изученіе современнаго англійскаго суда присяжныхъ еще больше укрѣпляетъ предыдущіе выводы.

Англійскій присяжный никогда, ни при какихъ обстоятельствахъ не считаетъ себя призваннымъ быть судьею надъ закономъ Онъ свято чтитъ этотъ законъ и, видя въ судьѣ олицетвореніе его, съ величайшимъ уваженіемъ относится къ даваемымъ имъ указаніямъ и разъясненіемъ. Огромное вліяніе судьи на исходъ дѣла и его власть („exorbitant“ по выраженію Glasson'a) *) единодушно засвидѣтельствованныя всѣми изслѣдователями, не только не возбуждаютъ у англичанъ опасеній, но считаются явленіями совершенно нормальными. Что касается разграниченія

*) Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre etc 1883. VI, 795

компетенціи судьи и присяжныхъ, то въ этомъ отношеніи можно считать твердо установленнымъ, что процессуальные вопросы и вопросы о примѣненіи наказанія рѣшаются исключительно судьей, всѣ же остальные вопросы рѣшаются судьей при участіи присяжныхъ, причемъ въ вопросахъ чисто-фактическаго характера главная роль принадлежитъ присяжнымъ, а въ вопросахъ права присяжные подчиняются указаніямъ судьи.

Англійская практика неизмѣнно твердо держится принципа, по которому вопросы права рѣшаются судьей, наставленіямъ котораго въ этомъ отношеніи обязаны слѣдовать присяжные. Практика знаетъ случаи, когда, напр., присяжные вопреки наставленіямъ судьи два раза отвѣчали: „виновенъ", послѣ чего судья опять начиналъ объяснять имъ правовую сторону дѣла, заявивъ, что онъ не вмѣшивается въ разрѣшеніе фактическихъ вопросовъ, но и не позволитъ присяжнымъ вмѣшиваться въ сферу его компетенціи, т. е. въ юридическую часть дѣла*).

Нельзя, конечно, утверждать, что присяжные рѣшаютъ исключительно вопросы факта. Они даютъ отвѣтъ по существу обвинительнаго акта: „виновенъ" или „невиновенъ", конечно, заключаетъ въ себѣ отвѣтъ и на вопросъ права. Но при этомъ необходимо имѣть въ виду, что англійскій уголовный процессъ обладаетъ превосходнымъ средствомъ, позволяющимъ расчленить эти короткіе отвѣты „guilty" и „not guilty" на ихъ составные элементы, выдѣлить изъ этихъ элементовъ чисто фактическую сторону и слѣдить, чтобы присяжные не превышали своей компетенціи.

Средство это заключается въ слѣдующемъ. Когда вердиктъ покажется судьѣ неправильнымъ. или если у судьи возникаютъ сомнѣнія относительно того, правильно или нѣтъ поняты присяжными его наставленія, онъ требуетъ у присяжныхъ указанія мотивовъ вердикта; часто между судьей и присяжными начинается свободный обмѣнъ мыслей, причемъ судья задаетъ рядъ вопросовъ относительно фактическихъ обстоятельствъ, контролируя законность пути, который привелъ присяжныхъ къ признанію доказаннымъ того или иного обстоятельства и провѣряя правильность подведенія этихъ обстоятельствъ подъ опредѣленія закона (субсумцію). Въ случаѣ неудовлетворительности исполненія при-

*) См. Glaser. Anklage, Wahrspruch etc., 155—158

сяжными своихъ обязанностей, напр., признанія доказаннымъ какого-либо обстоятельства безъ законныхъ къ тому основаній (вопреки вѣками выработанной теоріи доказательствъ, хранителями которой являются судьи) или неправильной субсумціи, судья снова начинаетъ свое разъясненіе (cahrge) *) и присяжные выносятъ новый вердиктъ, послѣ котораго опять таки можетъ повториться та-же процедура до тѣхъ поръ, пока у судьи не останется никакихъ сомнѣній относительно того, что присяжные окончательно уяснили себѣ сущность дѣла и его разъясненій. Только тогда, когда вердиктъ присяжныхъ не возбуждаетъ у судьи никакихъ сомнѣній, онъ формулируется судьей и заносится секретаремъ въ протоколъ.

Такимъ образомъ объ „оракулоподобномъ", немотивированномъ вердиктѣ, могущемъ скрывать въ себѣ цѣлое гнѣздо ошибокъ, недоразумѣній, нарушеній закона, въ Англіи не можетъ быть и рѣчи. Человѣкъ можетъ быть признанъ виновнымъ лишь тогда, когда виновность его совершенно несомнѣнна и для судьи, и для 12 присяжныхъ (вердиктъ постановляется единогласно). Судья можетъ и во время судебнаго слѣдствія, не доводя его до конца, предложить присяжнымъ дать оправдательный вердиктъ, если представленныя обвиненіемъ доказательства недостаточны.

Встрѣчаются очень рѣдкіе случаи, когда присяжные, уяснивъ себѣ разъясненія судьи, не соглашаются съ ними и постановляютъ вердикты вопреки этимъ разъясненіемъ. Тогда судья (при обвинительномъ вердиктѣ) имѣетъ право распустить присяжныхъ и передать дѣло на разсмотрѣніе другого состава въ новой сессіи **). Случаи такого рода въ высшей степени рѣдки и вызываются чисто внѣшними причинами. При томъ огромномъ авторитетѣ, которымъ пользуются англійскіе судьи, о случаяхъ сознательнаго неподчиненія присяжныхъ указаніямъ судьи можно говорить лишь какъ о явленіяхъ совершенно исключительнаго характера.

---

*) Замѣтить надо, что въ этихъ разъясненіяхъ судья часто высказываетъ и свое мнѣніе по существу дѣла.

**) Относительно оправдательныхъ вердиктовъ власть судьи болѣе ограничена. Практика знаетъ случаи, когда послѣ неправильныхъ оправдательныхъ вердиктовъ судья заявлялъ присяжнымъ, что вердиктъ этотъ онъ и весь міръ будутъ считать нарушеніемъ присяжными своего долга.

Къ всему сказанному необходимо добавить слѣдующее. Въ Англіи отсутствуетъ сложная и искуственная система постановки вопросовъ: англійскіе присяжные даютъ одинъ отвѣтъ по существу обвинительнаго акта (обыкновенно очень сжато и кратко редактируемаго, что опять таки выгодно отличаетъ его отъ континентальныхъ обвинительныхъ актовъ). Далѣе судебное слѣдствіе въ англійскомъ процессѣ построено въ высшей степени разумно и цѣлесообразно: каждое судебное дѣйствіе производится такимъ образомъ, чтобы присяжные сразу могли бы уяснить себѣ связь его съ основнымъ вопросомъ процесса и степень его важности. Это достигается дѣленіемъ всего судебнаго слѣдствія на двѣ части. сначала обвинитель излагаетъ программу и планъ обвиненія и разрабатываетъ свои доказательства, а потомъ такимъ же образомъ поступаетъ защитникъ *) Каждое предъявляемое доказательство изслѣдуется и освѣщается всесторонне, причемъ стороны тутъ же обмѣниваются замѣчаніями по поводу даннаго доказательства. Центръ тяжести судебнаго слѣдствія и лежитъ въ разработкѣ доказательствъ, а не въ рѣчахъ адвокатовъ. которыя обыкновенно бываютъ кратки, дѣловиты, заключаютъ въ себѣ лишь краткій обзоръ добытыхъ слѣдствіемъ данныхъ и общее освѣщеніе ихъ О патетическихъ фразахъ, театральныхъ эффектахъ, стремленіи бить на чувство присяжныхъ, желаніи показать свою эрудицію или краснорѣчіе и т. подобныхъ печальныхъ явленіяхъ, такъ часто къ сожалѣнію встрѣчающихся на континентѣ, въ рѣчахъ англійскихъ адвокатовъ нѣтъ и помину **).

Наконецъ, немаловажнымъ факторомъ, содѣйствующимъ достиженію англійскимъ уголовнымъ процессомъ своей цѣли, яв-

*) Судья не вмѣшивается въ разработку доказательствъ и въ этомъ отношеніи представляетъ собою діаметральную противоположность французскому президенту ассизнаго суда, дѣятельно допрашивающему свидѣтелей, подсудимаго и т. д. Англійскій судья остается безпристрастнымъ зрителемъ разработки доказательствъ адвокатами

**) „Even when the circumstances of crimes are pathetic or terrible in the highest degree. the counsel on both sides are usually as quiet as if the case was an action on a bill of exchange". говоритъ Стивенъ (History of the criminal law, I, 454) Въ другомъ мѣстѣ онъ правильно замѣчаетъ: „To put sentiment in the place of law, or to allow the administration of criminal justice to be overriden or interrupted by appeals to sentiment, is to deprive the criminal law of its most characteristic, most effective, and most wholesome attributes". (ib, 553).

ляется своеобразная система доказательствъ. Главныя достоинства этой системы заключаются въ томъ, что изъ судебнаго слѣдствія устраняется все, что можетъ безъ нужды загромождать доказательственный матеріалъ, затемнять изслѣдованіе и вносить въ него свѣдѣнія, заимствованныя изъ мутныхъ источниковъ.

Если мы будемъ имѣть въ виду все сказанное, то мы поймемъ, почему въ англійскомъ процессѣ присяжные засѣдатели по общему правилу произносятъ вердикты, не выходя даже изъ залы засѣданія, послѣ 1—2 минутъ совѣщанія.

Для полноты картины слѣдуетъ упомянуть еще о томъ, что если судья во время хода процесса встрѣчаетъ какія-либо сомнѣнія или затрудненія юридическаго свойства, то онъ всегда имѣетъ возможность совѣщаться съ кѣмъ-либо изъ своихъ товарищей. Обыкновенно въ такихъ случаяхъ судья прямо заявляетъ, что для обсужденія такого-то вопроса онъ дѣлаетъ перерывъ засѣданія и идетъ посовѣтоваться съ „своимъ другомъ такимъ-то.“

Изслѣдованіе англійскаго суда присяжныхъ приводитъ насъ къ слѣдующимъ результатамъ. Не смотря на кажущуюся раздѣльность—судья и присяжные составляютъ одно гармоническое цѣлое, одну коллегію. Приговоръ есть результатъ совмѣстной работы судьи и присяжныхъ, работы, основанной на взаимномъ довѣріи, пониманіи и живомъ обмѣнѣ мыслей. Приговоръ не заключаетъ въ себѣ ничего неяснаго, недоговореннаго, скрытаго, а напротивъ, для всѣхъ присутствующихъ и читающихъ газетный отчетъ, совершенно ясны мотивы приговора. Главнымъ дѣятелемъ является судья, имѣющій возможность совѣщаться по каждому юридическому вопросу съ другимъ судьей. Присяжные обязаны слѣдовать юридическимъ указаніямъ судьи и рѣшаютъ преимущественно вопросы факта, служа главнымъ образомъ пробнымъ камнемъ представляемыхъ сторонами доказательствъ.

Если мы англійскій судъ присяжныхъ сравнимъ съ континентальнымъ, съ его двумя раздѣльными коллегіями, сплошь и рядомъ непонимающими другъ друга, съ его сложной и искусственной постановкой вопросовъ, съ его запутаннымъ и загроможденнымъ судебнымъ слѣдствіемъ, съ его преніями сторонъ, какъ самостоятельной (и часто рѣшающей) частью процесса, преніями, гдѣ произносятся длинныя рѣчи съ указанными выше

недостатками, съ его вердиктомъ, часто продиктованнымъ настроеніемъ. вердиктомъ немотивированнымъ, являющимся нерѣдко плодомъ недоразумѣнія, непониманія, заблужденія, а подчасъ и прямого желанія „исправить законъ", съ его формализмомъ, доведеннымъ до крайности, формализмомъ, препятствующимъ свободному обмѣну мнѣній между судьями и присяжными,—то мы будемъ имѣть право сдѣлать выводъ, что англійскій судъ присяжныхъ гораздо ближе стоитъ къ суду шеффеновъ, чѣмъ къ континентальному суду присяжныхъ.

Въ самомъ дѣлѣ. И гармоническое единство коллегіи, и свободный обмѣнъ мнѣній, и мотивировка вердикта, и руководящая роль судьи, и миссія присяжныхъ, какъ судей факта по преимуществу, обязанныхъ подчиняться юридическимъ указаніямъ судьи,—все это моменты, совершенно чуждые континентальному типу суда присяжныхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ характеризующіе судъ шеффеновъ. На континентѣ центръ тяжести переносится на скамью присяжныхъ, они являются вершителями судьбы обвиняемаго, они считаются гораздо болѣе пригодными, чѣмъ профессіональные судьи къ рѣшенію всѣхъ вопросовъ, кромѣ чисто-процессуальныхъ и вопроса о наказаніи.

Въ Англіи никогда не считали присяжныхъ болѣе способными сравнительно съ коронными судьями къ рѣшенію тѣхъ или другихъ вопросовъ; присяжные никогда не были вершителями судьбы обвиняемаго, всегда обязаны были давать судьѣ отчетъ, указывать мотивы вердикта, обязаны подчиняться юридическимъ наставленіямъ судьи; присяжные всегда служили для судьи пробнымъ камнемъ, на которомъ испытывалась сила представляемыхъ доказательствъ. Различіе между англійскимъ и континентальнымъ судомъ присяжныхъ, какъ видимъ, слишкомъ велико, и аргументировать въ пользу контитентальнаго типа суда присяжныхъ ссылками на Англію можно только по недоразумѣнію.

---

1. Обращаясь къ изученію аргументовъ защитниковъ суда присяжныхъ, мы замѣчаемъ, что громадное большинство этихъ аргументовъ доказываетъ лишь необходимость участія общественныхъ представителей въ составѣ уголовнаго суда, но вовсе непри-

годно для рѣшенія вопроса о формѣ этого участія. Къ такимъ аргументамъ относятся всѣ, сущность которыхъ приведена выше при изслѣдованіи вопроса объ участіи общественныхъ представителей, какъ объ основномъ принципѣ судоустройства. Возьмемъ напр., аргументъ объ увеличеніи довѣрія населенія къ суду, благодаря участію общественныхъ представителей. Самъ по себѣ аргументъ неотразимъ, но изъ него вовсе не слѣдуетъ, что общественные представители должны составлять особую коллегію и рѣшать главный вопросъ въ процессѣ, вопросъ о виновности. Точно также изъ того, что общественные представители, какъ мѣстные люди, могутъ знать нѣкоторыя неизвѣстныя кореннымъ судьямъ бытовыя особенности и мѣстныя условія, слѣдуетъ лишь первостепенная важность участія такихъ свѣдующихъ лицъ въ составѣ суда, но не выдѣленіе этихъ лицъ въ особую коллегію съ весьма обширными полномочіями.

Такимъ образомъ первая, самая обширная группа аргументовъ, аргументовъ очень сильныхъ, не имѣетъ непосредственнаго отношенія къ суду присяжныхъ. какъ къ особой формѣ участія общественнаго элемента въ уголовномъ судѣ.

II. Вторая группа аргументовъ бьетъ дальше своей цѣли. Эти аргументы направлены противъ профессіональныхъ судей. Утверждаютъ, что профессіональные судьи утрачиваютъ чуткость къ жизни, дѣлаются рутинерами, не способными надлежащимъ образомъ оцѣнивать доказательства, не способными индивидуализировать каждый данный случай, всегда предубѣждены противъ обвинямаго и склонны къ обвиненію, подвержены сильному вліянію со стороны правительства, не знакомы съ тѣми слоями населенія, которые даютъ наибольшій континенгтъ преступниковъ.

Если бы все это было вѣрно, то слѣдовало бы совершенно упразднить классъ профессіональныхъ судей, а не прилагать столько заботъ къ созданію гарантій ихъ независимости, знаній, опыта и т. д., т. к. очевидно, что кромѣ вреда эти рутинеры-чиновники ничего принести не могутъ. И уже во всякомъ случаѣ представляется въ высшей степени нелогичнымъ, когда писатели такъ порицающіе коронныхъ судей, находятъ необходимымъ ввѣрять имъ контроль надъ дѣятельностью присяжныхъ, даютъ имъ право отмѣнять обвинительные вердикты, находятъ, что присяжные, отправляя свои обязанности подъ руководствомъ судей, пріобрѣтаютъ знанія въ области права и т. п.

На самомъ дѣлѣ рутина, узкій формализмъ, склонность къ шаблонамъ и т. п. нежелательныя явленія, столь свойственныя чиновничеству, вовсе не обусловлены профессіональнымъ характеромъ судейскихъ функцій. Чѣмъ больше судьи отличаются отъ чиновниковъ, тѣмъ меньше опасности, что среди судейской корпораціи разовьются указанныя выше явленія. Утрата чуткости къ жизни можетъ развиться и дѣйствительно развивается у коронныхъ судей, но опять таки вовсе не подъ вліяніемъ профессіи, какъ таковой. Недостаточная степень интеллигентности и интереса къ общественно-политической жизни, слабая прикосновенность къ наукѣ, переобремененіе служебной работой, отсутствіе возстановляющаго силы отдыха — вотъ причины, которыя въ связи съ „чиновничествомъ“ самымъ роковымъ образомъ вліяютъ на притупленіе чуткости къ жизни. Зло надо лѣчить, вліяя на эти причины, и тогда возможность притупленія чуткости къ жизни сведется къ минимуму.

Что же касается предубѣжденія противъ обвиняемаго, неспособности къ индивидуализированію, къ оцѣнкѣ доказательствъ, незнакомства съ извѣстными слоями населенія и т. д., то всѣ эти обвиненія совершенно неосновательны. Достаточно сравнить статистическія данныя репрессивности судовъ присяжныхъ и коронныхъ судовъ, достаточно имѣть въ виду огромное количество оправдательныхъ приговоровъ единоличныхъ судей, склонность (сплошь и рядомъ имѣющую вредныя послѣдствія для интересовъ правосудія) апелляціонныхъ инстанцій къ пониженію назначеннаго первой инстанціей наказанія*), вспомнить упреки въ „сантиментальности“, въ пристрастіи къ минимуму при опредѣленіи размѣровъ наказанія, упреки такъ часто (и далеко на всегда неосновательно) дѣлаемые коронным судьямъ, чтобы видѣть всю несправедливость фразъ о „предубѣжденіи противъ обвиняемаго“. Мнимая неспособность къ индивидуализированію есть въ сущности обладаніе массой накопленнаго опыта и умѣніе обобщать,—

*) Я имѣю въ виду тѣ, къ сожалѣнію нерѣдкіе, случаи, когда въ апелляціонной инстанціи не устанавливается никакихъ новыхъ обстоятельствъ, могущихъ служить къ смягченію наказанія, и когда апелляціонный судъ, утверждая приговоръ, понижаетъ размѣръ опредѣленнаго первой инстанціей наказанія, приводя единственный мотивъ: судъ находитъ данную мѣру наказанія слишкомъ строгой и не соотвѣтствующей степени виновности.

качества въ высшей степени цѣнныя для судьи, и каждый, кому дороги интересы правосудія, предпочтетъ спокойствіе и нѣкоторый скептицизмъ опытнаго судьи той впечатлительности присяжнаго, которая такъ часто дѣлаетъ его безпомощнымъ противъ злоупотребленій сторонъ. А сказать, что человѣкъ, обладающій большимъ спеціальнымъ опытомъ, владѣющій научными пріемами оцѣнки свидѣтельскихъ показаній, выслушавшій многія сотни различныхъ свидѣтелей при различныхъ обстоятельствахъ, будетъ менѣе пригоденъ разобраться въ показаніяхъ, отличить истину отъ лжи, чѣмъ человѣкъ, впервые занявшій судейское кресло и не обладающій никакими спеціальными знаніями, можно только въ пылу увлеченія предвзятой мыслью.

Большимъ недоразумѣніемъ является утвержденіе, что судьи, какъ люди, принадлежащіе къ одному классу общества, классу, не соприкасающемуся близко съ низшими слоями населенія, менѣе знакомы съ тою средой, которая даетъ наибольшій контингентъ преступниковъ. Уголовный судья, теоретически изучившій міръ преступниковъ и причины преступности, ежедневно имѣющій возможность наблюдать и преступниковъ, и окружающую ихъ среду, конечно, гораздо больше знакомъ съ этой средою, чѣмъ присяжный, избирающійся обыкновенно изъ числа гражданъ съ незапятнанной репутаціей, обладающихъ извѣстнымъ цензомъ и мало соприкасающихся со „сливками черни".

Точно также представляется недоразумѣніемъ утвержденіе, что судьи, какъ люди, принадлежащіе къ культурному классу общества, не могутъ такъ хорошо знать условія жизни, духовный складъ, образъ мыслей, нравы и т. д. людей низшихъ классовъ, не могутъ поэтому надлежащимъ образомъ оцѣнивать мотивы ихъ поступковъ, какъ присяжные, принадлежащіе къ различнымъ классамъ общества. Въ связи съ этимъ иногда можно встрѣтиться и теперь еще съ аргументомъ, заимствованнымъ изъ ложно понятой идеи „суда равныхъ". Говорятъ что самымъ естественнымъ судомъ является судъ лицъ, одного класса съ обвиняемымъ: если эти лица осуждаютъ обвиняемаго, приговоръ пріобрѣтаетъ высшую степень репрессивности и авторитетности. Для оцѣнки этихъ аргументовъ достаточно имѣть въ виду, что судья, стоящій на высшей ступени духовнаго развитія, скорѣе и легче пойметъ и надлежащимъ образомъ оцѣнитъ мотивы поведенія и душевныя движенія человѣка средняго или низшаго уровня, чѣмъ при-

сяжный, принадлежащій къ тому же уровню *). Несостоятельность же идеи „суда равныхъ“ въ вышеуказанной его постановкѣ видна уже изъ того, что если бы даже согласиться на минуту съ правильностью положенія, что лучшимъ судьею можетъ быть не человѣкъ, стоящій духовно выше, а человѣкъ одинаковаго съ обвиняемымъ уровня, то пришлось бы требовать, чтобы злостнаго банкрота судили 12 купцовъ, наиболѣе приближающихся по своимъ нравамъ, воззрѣніямъ и интеллекту къ судимому ими преступнику, чтобы редактора газеты, напечатавшаго пасквиль, судили 12 журналистовъ одинаковаго съ нимъ „направленія“ и т. д.

III. Переходимъ теперь къ третьей группѣ аргументовъ. Аргументы этой группы непосредственно относятся къ суду присяжныхъ, какъ особой формѣ участія общественныхъ представителей въ уголовномъ судѣ и поэтому заслуживаютъ особенно тщательнаго изученія. Ученые, употребляющіе эти аргументы, очень часто оперируютъ и аргументами первой и второй групы, иногда не давая себѣ яснаго отчета относительно природы употребляемыхъ ими аргументовъ, и лишь у немногихъ авторовъ мы встрѣчаемъ ясное расчлененіе аргументаціи.

Изучая все многообразіе доказательствъ въ пользу выдѣленія общественныхъ представителей въ особую отъ коронныхъ судей коллегію съ обширными полномочіями, мы приходимъ къ заключенію, что въ основѣ всѣхъ этихъ доказательствъ лежатъ двѣ рѣзко отличающіяся другъ отъ друга теоріи: 1) теорія т. н. omnipotence du jury и 2) теорія раздѣленія труда между коронными судьями и присяжными.

Ad 1) Теорія omnipotence du jury въ ея многообразныхъ оттѣнкахъ, природа которыхъ часто не замѣчается, сводится къ слѣдующему. Судъ присяжныхъ есть судъ общественной совѣсти, судъ олицетворяющій собою живущее въ народѣ правосознаніе. Онъ призванъ сглаживать, исправлять и даже отмѣнять уголовные законы, несоотвѣтствующіе этому правосознанію. Онъ можетъ

*) Кто понимаетъ явленія болѣе сложныя, болѣе высокаго порядка, тотъ eo ipso пойметъ явленія простѣйшія; человѣкъ, обладающій богатымъ и широкимъ міровоззрѣніемъ, всегда пойметъ и оцѣнитъ по достоинству духовную жизнь и поведеніе человѣка съ ограниченнымъ кругозоромъ и бѣднымъ интеллектомъ. Здѣсь еще разъ обнаруживается вся важность солидной, всесторонней научной подготовки, важность духовныхъ богатствъ. Можно сказать, не боясь преувеличенія, что степень гуманности судьи прямо пропорціональна степени его научной подготовки и богатства его духовной жизни.

оправдать подсудимаго при полной доказанности его вины и осудить, хотя бы представленныхъ доказательствъ было недостаточно.

Логическимъ завершеніемъ этой теоріи было бы упраздненіе уголовнаго кодекса и предоставленіе присяжнымъ права создавать ad hoc карательные законы, руководствуясь живущимъ въ народѣ правосознаніемъ, т. е. возвращеніе къ первому періоду народныхъ судовъ съ ихъ абсолютизмомъ. Едва ли нужно доказывать полную несостоятельность этой теоріи и ея несовмѣстимость съ основными принципами правового государства, гдѣ не можетъ быть допущенъ абсолютизмъ какой бы то не было власти, гдѣ основой общежитія является законъ, гдѣ судъ есть надежнѣйшій охранитель этого закона, а посему и не можетъ стоять надъ нимъ, гдѣ гражданинъ можетъ быть подвергнутъ наказанію не иначе, какъ на основаніи уже существовавшаго до совершенія преступленія уголовнаго закона и послѣ несомнѣннаго установленія его вины судомъ.

Судъ, стоящій надъ закономъ, имѣющій право отмѣнять его, есть contradictio in adjecto. И если такого права нельзя признать за судомъ изъ профессіональныхъ судей-юристовъ, судомъ отражающимъ въ себѣ высшую степень культуры, достигнутой страною, то тѣмъ болѣе это относится къ суду, состоящему изъ 12 случайно попавшихъ на судейскія кресла человѣкъ, сплошь и и рядомъ принадлежащихъ къ менѣе культурнымъ классамъ общества. Культурная миссія уголовнаго законодателя заключается между прочимъ въ томъ, чтобы усиленно подчеркивать несовмѣстимость нѣкоторыхъ дѣяній съ общежитіемъ, хотя бы эти дѣянія вполнѣ одобрялись народнымъ правосознаніемъ: законодатель долженъ воспитывать народъ, долженъ идти впереди него, указывая ему пути, а не подчиняться отжившимъ правовоззрѣніямъ*). Мы сплошь и рядомъ видимъ, что обмѣръ, обвѣсъ и другіе обманы при продажѣ товаровъ считаются нормальными явленіями среди многихъ торговцевъ; что кулачная расправа, дуэль и т. п. проявленія дикости находятъ очень многихъ защитниковъ среди недостаточно культурнаго населенія; что антисанитарное содержаніе дворовъ представляется совершенно естественнымъ положеніемъ для людей, привыкшихъ жить въ гря-

*) Я, конечно не могу здѣсь касаться вопроса о гарантіяхъ, обезпечивающихъ изданіе разумныхъ уголовныхъ законовъ. Общія указанія сдѣланы въ первой части книги.

зи, что масса такихъ и имъ подобныхъ явленій не заслуживаютъ по народнымъ воззрѣніямъ никакого вмѣшательства уголовнаго законодателя И несомнѣнно, что культурная миссія этого законодателя сведется къ нулю, если предоставить суду присяжныхъ, какъ выразителю народныхъ воззрѣній, отмѣнять соотвѣтствующіе уголовные законы.

Конечно, могутъ встрѣтиться случаи совершенно устарѣлыхъ законовъ, примѣненіе коихъ рѣзко оскорбляло бы правовое чувство руководящей части общества. Если бы, напр, культурному судьѣ пришлось примѣнять уголовные законы, карающіе принадлежность къ религіозной сектѣ, перемѣну религіи, конкубинатъ, выраженіе мнѣній, несогласныхъ съ существующимъ государственнымъ строемъ и т. п., положеніе такого судьи было бы весьма и весьма тяжелымъ. Но во всякомъ случаѣ онъ долженъ былъ бы или выйти въ отставку, или исполнить свой долгъ. Единственнымъ проявленіемъ его личнаго отношенія къ отжившему закону могло бы быть назначеніе минимальнаго наказанія и обращеніе къ верховной власти съ ходатайствомъ о помилованіи. Уголовная политика можетъ рекомендовать предоставить суду право указывать въ такихъ случаяхъ на необходимость отмѣны закона *).

При нормальной правовой жизни такіе случаи всегда будутъ имѣть исключительный характеръ, а если суду будетъ предоставлено право при опредѣленіи наказанія за очень многія преступленія спускаться до общаго минимума, то эти случаи никакого вреда гражданской свободѣ принести не могутъ. А между тѣмъ неизмѣримо велика разница между примѣненіемъ хотя бы отжившаго закона съ назначеніемъ какого-нибудь минимальнаго штрафа и оправданіемъ подсудимаго на томъ лишь основаніи, что законъ устарѣлъ и долженъ быть отмѣненъ: въ первомъ случаѣ судъ чтитъ законъ, является его хранителемъ, подчерки-

*) Слишкомъ извѣстные факты существованія законовъ устарѣлыхъ, отжившихъ, находящихся въ противорѣчіи съ правосознаніемъ культурнаго общества вовсе не даютъ основанія для снабженія суда правомъ отмѣнять законы и создавать новые. Эти факты указываютъ лишь на необходимость такъ организовать законодательную власть, чтобы въ ней принимали участіе всѣ общественныя силы страны, чтобы въ ней были представлены всѣ интересы. Кромѣ того безусловно необходимо, чтобы правовая жизнь народа, всѣ зарождающіяся правовыя образованія своевременно находили бы свое отраженіе въ работахъ законодательной власти. Въ числѣ средствъ, ведущихъ къ этой цѣли, одно изъ важнѣйшихъ мѣстъ могли бы занять сообщенія судовъ о желательныхъ законодательныхъ измѣненіяхъ.

ваетъ, что законы вообще должны быть всѣми соблюдаемы и уважаемы до ихъ отмѣны законодателемъ, во второмъ—судъ вноситъ заразу въ правовую жизнь и изъ органа, охраняющаго правопорядокъ, дѣлается органомъ произвола. *Разъ вступивъ на скользкій и опасный путь нарушенія закона, судъ теряетъ подъ собою почву, развращается самъ и развращаетъ все населеніе, наглядно показывая всѣмъ и каждому полное безсиліе закона. О величайшей и благороднѣйшей задачѣ суда—быть воспитателемъ въ народѣ драгоцѣннѣйшаго чувства законности, при такомъ порядкѣ вещей не можетъ быть и рѣчи.*

Точно также представляется ненормальнымъ предоставленіе суду права безконтрольнаго и немотивированнаго обвиненія и оправданія Защитники теоріи omnipotence du jury дѣлаютъ логическій выводъ изъ своей теоріи по отношенію къ суду присяжныхъ и говорятъ, что въ отличіе отъ кореннаго суда, обязаннаго мотивировать приговоръ, не имѣющаго права оправдывать при наличности установленной виновности и обвинять безъ надлежаще представленныхъ доказательствъ, присяжные ничѣмъ, кромѣ своей совѣсти, не стѣснены въ произнесеніи вердикта, и требовать отъ нихъ мотивовъ было бы искаженіемъ самой идеи суда присяжныхъ. Къ этому иногда прибавляютъ, что вообще мотивировка приговоровъ есть призрачная гарантія, т к. мотивы обыкновенно пишутся послѣ состоявшагося уже приговора, пишутся однимъ членомъ коллегіи и „подгоняются“ къ резолюціи, и что невозможно дать ясный, точный и исчерпывающій отчетъ о томъ духовномъ процессѣ, который въ концѣ концовъ приводитъ къ образованію убѣжденія въ виновности, или невинности подсудимаго.

Всѣ эти разсужденія глубоко ошибочны. Если современное правосознаніе не мирится съ абсолютизмомъ власти, если оно такъ болѣзненно-чутко къ проявленіямъ произвола, то ни къ какой области все это не можетъ относиться въ болѣе сильной степени, чѣмъ къ области правосудія. И это понятно: 1) какъ мы видѣли изъ первой части, судъ монополизируетъ въ своихъ рукахъ распоряженіе столь опасными и столь чувствительно задѣвающими личную свободу функціями власти, какъ принудительныя функціи, и 2) судъ есть органъ законности по преимуществу; усмотрѣніе, „общее благо“, польза, цѣлесообразность, эти руководящія начала администраціи, причины и ея силы, и

ея слабости,—совершенно непригодны для суда, дѣйствующаго по прямолинейнымъ принципамъ правомѣрности. Характерная особенность судебной дѣятельности, особенность, рѣзко выдѣляющая эту дѣятельность изъ всѣхъ остальныхъ, заключается именно въ ея руководящемъ принципѣ и въ подчиненіи цѣлому ряду процессуальныхъ формъ и обрядовъ, гарантирующихъ ее отъ вырожденія въ произволъ. Указанная особенность судебной дѣятельности служитъ причиной сложности, громоздкости, медленности, вызываетъ нерѣдко упреки въ формализмѣ, въ созданіи тормазовъ для осуществленія ближайшихъ цѣлей внутренней политики, въ излишнемъ консерватизмѣ, даже иногда упреки въ благопріятствованіи развитію преступности, но благодаря этой своей особенности судъ и можетъ выполнить свою задачу—быть охранителемъ правопорядка, охранителемъ правъ личности, *быть тѣмъ началомъ въ государственной жизни, которое вноситъ устойчивость и спокойствіе въ кипучій водоворотъ борьбы страстей, интересовъ и стремленій.*

И если каждый шагъ судебной дѣятельности обставленъ гарантіями, позволяющими контролировать законность любого. хотя бы самаго незначительнаго судебнаго акта, то было бы болѣе чѣмъ непослѣдовательнымъ, если в а ж н ѣ й ш і й актъ судебной дѣятельности, приговоръ о виновности или невиновности, превратился бы въ актъ произвола. А ничѣмъ инымъ нельзя назвать такой порядокъ, при которомъ судья имѣетъ право сказать: „я оправдываю обвиняемаго, или приговариваю его къ наказанію, а почему,—это мое дѣло и никто не можетъ требовать у меня отчета; sic volo, sic jibeo, sit pro ratione voluntas". Къ чему послужитъ самое тщательное соблюденіе всѣхъ процессуальныхъ гарантій, если судья имѣетъ полную возможность игнорировать весь разработанный передъ нимъ доказательственный матеріалъ, и произнести кратко: „нѣтъ, не виновенъ", оставивши для всѣхъ въ глубокой тайнѣ свое отношеніе ко всему происходившему передъ нимъ на судебномъ слѣдствіи и тѣ причины, которыя привели его къ постановленію оправдательнаго приговора. Свобода судейской совѣсти, независимость судьи въ дѣлѣ постановленія приговора выражаются въ томъ, что ни одно доказательство не можетъ имѣть для судьи о б я з а т е л ь н а г о характера, что вѣрить, или не вѣрить свидѣтелю, предпочитать одно показаніе другому и т. п. зависитъ исключительно отъ внутренняго убѣжденія судьи;

что въ толкованіи и примѣненіи законовъ судья ничѣмъ, кромѣ своихъ знаній, совѣсти и признанныхъ имъ доказанными фактовъ не связанъ.—Но все это вовсе не значитъ, что отъ судьи никто не вправѣ потребовать доказательствъ того, что приговоръ произнесенъ имъ на основаніи тщательнаго изученія всѣхъ обстоятельствъ дѣла, всего разработаннаго передъ нимъ матеріала. А доказательства эти могутъ быть представлены единственно путемъ мотивировки приговора.

Что касается невозможности изобразить душевный процессъ, приведшій въ концѣ концовъ къ опредѣленному воззрѣнію, то не надо забывать, что судебный приговоръ не есть художественное произведеніе, раскрывающее тайники души человѣческой. Задача судебнаго приговора гораздо проще, и въ огромномъ большинствѣ случаевъ можно, не исписывая большого количества бумаги, изложить мотивы, на которыхъ основывается окончательный выводъ, съ исчерпывающей полнотою, изложить такъ, чтобы для всѣхъ было бы очевиднымъ: 1) отсутствіе произвола, 2) изученіе судомъ всего матеріала, добытаго судебнымъ слѣдствіемъ, 3) рѣшеніе дѣла исключительно на основаніи этого матеріала и 4) согласіе приговора съ существующими законами. Единственной задачей мотивировки приговора и является доказательство наличности всѣхъ четырехъ только что указанныхъ моментовъ. Вотъ почему никто не вправѣ требовать отъ судьи отчета, почему онъ предпочитаетъ одного свидѣтеля другому, почему онъ не вѣритъ свидѣтелю и т. п., но судья обязанъ дать отчетъ въ томъ, какіе факты онъ признаетъ доказанными, какія изъ представленныхъ доказательствъ имъ приняты и какія отвергнуты.

Для избѣжанія такихъ ненормальныхъ явленій, какъ изложеніе мотивовъ однимъ членомъ коллегіи и притомъ уже послѣ объявленія резолюціи (приговоръ въ такихъ случаяхъ далеко не выражаетъ собою мнѣнія всей коллегіи и мотивы сплошь и рядомъ „подгоняются“ къ резолюціи) необходимо создать надлежащія процессуальныя гарантіи. Лучшей гарантіей могло бы быть требованіе закона, чтобы мотивы вырабатывались сообща всею коллегіей и провозглашались вмѣстѣ съ резолюціей.

Значительная трата времени на эту работу съ избыткомъ вознаградилась бы основательностью и внутреннею цѣнностью приговора: ни одно обстоятельство, ни одинъ фактъ не могъ бы ускользнуть отъ вниманія суда, не могъ бы остаться не изслѣдо-

ваннымъ При раціональной постановкѣ судебнаго слѣдствія (англійскій типъ) техническія трудности указанаго порядка могли бы въ огромномъ большинствѣ случаевъ свестись къ минимуму: судъ перечисляетъ факты, которые онъ признаетъ доказанными и противъ каждаго факта отмѣчаетъ, какія доказательства, относящіяся къ этому факту, имъ приняты, и какія отвергнуты.

И несомнѣнно, что судья, обязанный дать такой отчетъ, съ гораздо большимъ вниманіемъ и серьезностью отнесется ко всему, происходящему передъ нимъ на судебномъ слѣдствіи. Такимъ образомъ и съ этой стороны мотивировка приговора является важной гарантіей правосудія. Уже одно то, что система мотивированныхъ приговоровъ совершенно исключаетъ возможность осужденія обвиняемаго на основаніи данныхъ, не бывшихъ предметомъ судебнаго изслѣдованія, а также исключаетъ возможность осужденія на основаніи слишкомъ легковѣсныхъ доказательствъ, заставляетъ признать громадную цѣнность мотивированія приговора. Съ другой стороны необходимость мотивировать приговоръ дѣлаетъ невозможнымъ оправданіе только на томъ основаніи, что сотвѣтствующій уголовный законъ устарѣлъ и подлежитъ отмѣнѣ по мнѣнію суда; или потому, что обвиняемый, хотя и виновенъ въ совершеніи приписываемаго ему преступленія, но по особенностямъ даннаго дѣла не заслуживаетъ наказанія. Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ коррективомъ могло бы быть указанное въ первой части право суда освобождать отъ наказанія. Такой порядокъ во всякомъ случаѣ больше содѣйствовалъ бы укрѣпленію чувства законности, больше свидѣтельствовалъ бы объ уваженіи суда къ закону, чѣмъ современное положеніе дѣла въ континентальномъ судѣ присяжныхъ, гдѣ краткій, немотивированный вердиктъ „нѣтъ, не виновенъ“, сплошь и рядомъ скрываетъ въ себѣ и отмѣну закона, и помилованіе, и освобожденіе отъ наказанія. Съ другой стороны вердиктъ „да, виновенъ“ нерѣдко произносится присяжнымъ на основаніи обстоятельствъ, не бывшихъ предметомъ судебнаго изслѣдованія. И по странной непослѣдовательности нѣкоторые процессуалисты, отрицательно относящіеся къ теоріи omnipotence du jury, находятъ обвинительные вердикты такого рода нормальнымъ явленіемъ, не замѣчая, что эти вердикты представляютъ собою одинъ изъ логическихъ выводовъ отвергаемой ими теоріи. Такъ напр., Фойницкій, совершенно правильно указывая на то, что судъ присяжныхъ, какъ и каждый

судъ вообще, не имѣетъ права исправлять законы, обязанъ подчиняться закону и не долженъ рѣшать дѣла подъ диктовку общественнаго мнѣнія*) въ числѣ достоинствъ суда присяжныхъ выставляетъ слѣдующее: (стр. 400) „присяжные, обвиняя подсудимаго, нерѣдко руководствуются вѣдомымъ имъ качествомъ его какъ лихаго человѣка. Пробѣлъ въ доказательствахъ дополняется общественною совѣстью и т. д.“ Подчеркнутыя слова представляютъ собою ничто иное, какъ проявленіе теоріи omnipotence du jury. Отвергается самая драгоцѣнная гарантія правосудія, заключающаяся въ томъ, что подсудимый можетъ быть осужденъ единственно и исключительно на основаніи разработаннаго передъ судомъ матеріала, и присяжнымъ дается право осуждать на основаніи лично имъ извѣстныхъ обстоятельствъ, слуховъ и т. п. мутныхъ источниковъ. Отъ такого права „дополненія пробѣла въ доказательствахъ“ до произвола слишкомъ недалеко.

Все сказанное приводитъ къ признанію полной несостоятельности теоріи omnipotence du jury. А стало быть и основанные на этой теоріи аргументы, въ пользу выдѣленія общественныхъ представителей въ особую, отдѣльную отъ коронныхъ судей коллегію, падаютъ.

ad 2) Гораздо серьезнѣе и солиднѣе является вторая теорія, лежащая въ основѣ требованій о выдѣленіи общественныхъ представителей въ особую коллегію, теорія раздѣленія труда между присяжными и коронными судьями.

Сторонники этой теоріи говорятъ, что общественные представители призываются потому, что обладаютъ спеціально имъ присущими качествами, выгодно отличающими ихъ отъ профессіональныхъ судей, почему гораздо лучше, чѣмъ ученые судьи — спеціалисты могутъ рѣшать извѣстные вопросы. Относительно того, какіе же вопросы присяжные могутъ рѣшать лучше, чѣмъ профессіональные судьи, мнѣнія расходятся. 1) Одни писатели (ближе всего стоящіе къ теоріи omnipotence du jury) находятъ, что профессіональнымъ судьямъ должно быть пре-

*) Курсъ, I 392

доставлено только разрѣшеніе чисто-процессуальныхъ вопросовъ и вопроса о наказаніи, всѣ остальные вопросы должны рѣшать присяжные. 2) Другіе предоставляютъ присяжнымъ рѣшеніе всѣхъ фактическихъ вопросовъ и подведеніе установленныхъ фактовъ подъ опредѣленія закона (субсумція). 3) Наконецъ третьи ограничиваютъ задачу присяжныхъ рѣшеніемъ однихъ лишь вопросовъ факта.

Всѣ эти теоріи не могутъ выдержать критики. Начнемъ съ третьей теоріи, какъ теоріи наиболѣе ограничивающей роль присяжныхъ.

Теорія эта несостоятельна вовсе не потому, что будто бы въ уголовномъ процессѣ невозможно выдѣленіе вопросовъ факта отъ вопросовъ права. Вопреки господствующему мнѣнію такое раздѣленіе вполнѣ возможно. Утвержденіе, что вопросы факта и права связаны неразрывно, что въ каждомъ вопросѣ факта заключается и вопросъ права, вѣрно лишь въ томъ отношеніи, что, напр., для обвиненія въ какомъ либо преступленіи необходимо доказать точно опредѣленный рядъ фактовъ, изъ которыхъ каждый имѣетъ юридическое значеніе, какъ одно изъ слагаемыхъ той суммы, которыя называются мошенничествомъ, присвоеніемъ, поджогомъ и т. д. Но это вовсе не исключаетъ возможности и даже необходимости при наличности опредѣленной чисто-юридической программы доказыванія намѣченныхъ этой программой фактовъ, какъ таковыхъ. Юристъ можетъ сказать: „дай мнѣ факты, и я дамъ тебѣ право“. При этомъ необходимо имѣть въ виду, что къ области фактовъ относятся не только факты внѣшняго міра (напр., Иванъ ударилъ Петра, былъ тогда-то тамъ-то, и т. п.), но и факты внутреняго міра (напр. Иванъ зналъ, что вещь уже перешла въ собственность Петра, Иванъ хотѣлъ убить Петра и т. п.).

Но изъ того, что въ уголовномъ процессѣ вполнѣ возможно отдѣленіе вопросовъ факта отъ вопросовъ права, вовсе не слѣдуетъ, что каждая группа вопросовъ должна рѣшаться спеціально для этого созданной судебной коллегіей. Защитники такого раздѣленія выставляютъ аргументъ о большей пригодности присяжныхъ къ рѣшенію вопросовъ факта сравнительно съ профессіональными судьями. Но, какъ мы видѣли раньше, утвержденія, что профессіональные судьи теряютъ чуткость къ жизни, теряютъ способность индивидуализировать, превращаются въ рутинеровъ, отор-

ванныхъ отъ жизни и т. п.,—оказываются въ значительнѣйшей части плодомъ недоразумѣнія. Надо приступать къ дѣлу съ предвзятымъ мнѣніемъ, для того, чтобы сказать, что профессіональный судья, получившій научную подготовку между прочимъ и въ области психологіи свидѣтельскихъ показаній, обладающій теоретическими знаніями, относящимися къ оцѣнкѣ и разработкѣ представляемыхъ на судѣ доказательствъ и выслушавшій въ теченіи своей практической дѣятельности огромную массу свидѣтелей при всевозможныхъ условіяхъ и комбинаціяхъ, чтобы такой судья былъ бы менѣе способенъ отличать правду отъ лжи въ показаніи свидѣтеля, чѣмъ мелкій торговецъ, впервые посаженный на судейское кресло

Все это въ связи съ бросающимся въ глаза фактомъ существованія множества судовъ (единоличныхъ и коллегіальныхъ), состоящихъ изъ однихъ только профессіональныхъ судей и совершенно удовлетворительно рѣшающихъ фактическіе вопросы, заставляетъ защитниковъ раздѣленія коллегій измѣнить характеръ своей аргументаціи. Они говорятъ: конечно о д и н ъ присяжный нисколько ни лучше (и даже хуже) можетъ рѣшить вопросъ факта, чѣмъ о д и н ъ профессіональный судья; но дѣло совершенно измѣняется, если въ рѣшеніи вопроса участвуютъ 12 присяжныхъ.

Оставимъ въ сторонѣ логическую непослѣдовательность этого аргумента (перенесеніе центра тяжести съ качества на количество) и обратимся къ его цѣннымъ моментамъ. Дѣйствительно, если свидѣтель производитъ впечатлѣніе правдивости на 12 свѣжихъ людей, взятыхъ изъ различныхъ классовъ общества, то это обстоятельство можетъ считаться очень надежнымъ критеріемъ достовѣрности показанія. Но, не говоря уже о томъ, что большая часть авторовъ, употребляющихъ этотъ аргументъ, подрываютъ цѣнность его, допуская рѣшеніе предложеннаго присяжнымъ вопроса по большинству голосовъ, вмѣсто того, чтобы требовать единогласія, совершенно непонятно, почему профессіональный судья долженъ быть устраненъ отъ участія въ обсужденіи и рѣшеніи вопроса. Казалась бы, что своими теоретическими знаніями и практическимъ опытомъ онъ можетъ принести только одну пользу. А когда защитники раздѣленія коллегій предоставляютъ профессіональнымъ судьямъ право отмѣнять обвинительные вердикты присяжныхъ, т. е. другими словами признаютъ профессіональныхъ судей не только способными къ рѣшенію фактическихъ вопросовъ,

но даже способными контролировать въ этомъ отношеніи присяжныхъ,—то этимъ самымъ они обнаруживаютъ, что ихъ аргументація построена на пескѣ.

Наконецъ, въ пользу цѣнности коллегіи присяжныхъ для рѣшенія фактическихъ вопросовъ указываютъ на то, что въ числѣ присяжныхъ могутъ быть люди, хорошо знающіе мѣстныя бытовыя условія, а это обстоятельство сплошь и рядомъ является незамѣнимымъ пособіемъ, безъ котораго невозможно рѣшить многіе вопросы. Конечно, все это въ высокой степени справедливо. Но изъ этого, какъ уже сказано выше, слѣдуетъ лишь необходимость участія общественныхъ представителей въ составѣ суда, а вовсе не выдѣленія ихъ въ особую коллегію.

Въ пользу раздѣленія коллегій приводятся еще аргументы, не вытекающіе изъ теоріи преимущества присяжныхъ передъ профессіональными судьями. 1) Говорятъ, что было бы опасно ввѣрять профессіональнымъ судьямъ слишкомъ обширныя полномочія, соединять въ ихъ рукахъ слишкомъ большую власть; поэтому необходимо выдѣлить изъ ихъ компетенціи разрѣшеніе извѣстныхъ вопросовъ и поручить это дѣло присяжнымъ. 2) Это раздѣленіе компетенцій принесетъ дѣлу правосудія большую пользу, т. к. каждая коллегія, будучи занята своимъ спеціальнымъ дѣломъ и неся за исходъ этого дѣла нравственную и юридическую отвѣтственность, очевидно отнесется къ исполненію своихъ обязанностей съ бо́льшимъ вниманіемъ и серіозностью. Въ частности, профессіональные судьи, которымъ поручено разрѣшеніе процессуальныхъ вопросовъ, совершенно иначе взглянутъ на это дѣло, когда они знаютъ, что отъ добросовѣстнаго и внимательнаго ихъ отношенія къ нему зависитъ доброкачественность матеріала, оперировать которымъ будутъ не они сами, а другіе.

Доводы эти не убѣдительны. Прежде всего нельзя забывать, что о чрезмѣрныхъ полномочіяхъ современнаго судьи не можетъ быть и рѣчи. Это съ полнымъ основаніемъ можно было говорить о судьяхъ инквизиціоннаго процесса, гдѣ въ лицѣ судьи соединялись роли и обвинителя, и защитника, и судьи, гдѣ обвиняемый не былъ равноправною стороною въ процессѣ, а объектомъ изслѣдованія. Власть суда была дѣйствительно слишкомъ велика и представляла большую опасность для гражданской свободы. Но теперь, когда повидимому недалеко время полнаго господства во всѣхъ законодательствахъ обвинительнаго принципа въ его

чистомъ видѣ, когда судья есть лишь безпристрастный третій въ спорѣ между двумя сторонами, когда онъ рѣшаетъ этотъ споръ исключительно на основаніи представленныхъ ему сторонами данныхъ, о чрезмѣрныхъ полномочіяхъ судьи можно говорить только по недоразумѣнію, въ особенности, если принять во вниманіе гласность (публичность) процесса, необходимость соблюденія цѣлаго ряда процессуальныхъ гарантій и полную возможность самаго строгаго контроля законности дѣйствій суда.

Но кромѣ этихъ соображеній, неправильность устраненія профессіональныхъ судей отъ разрѣшенія какихъ бы то ни было вопросовъ процесса очевидна еще вотъ почему. Всѣ защитники раздѣленія коллегій единогласно предоставляютъ рѣшеніе вопроса о наказаніи профессіональнымъ судьямъ. Но нельзя забывать, что судья только тогда можетъ опредѣлить справедливое и соотвѣтствующее индивидуальнымъ особенностямъ дѣла наказаніе, когда онъ изучитъ дѣло во всѣхъ его подробностяхъ, т. е. другими словами, когда онъ самъ рѣшитъ всѣ входящіе въ составъ этого дѣла вопросы. Это справедливо не только при господствующей нынѣ системѣ широкаго простора между максимумомъ и минимумомъ наказанія, но и при системѣ абсолютно-опредѣленной санкціи. Въ самомъ дѣлѣ, судья только тогда можетъ, не насилуя своей совѣсти, примѣнить указанную въ законѣ санкцію, когда онъ убѣжденъ въ томъ, что обвиняемый совершилъ дѣяніе, описанное въ соотвѣтствующей диспозиціи, т. е опять таки другими словами, когда судья самъ рѣшилъ вопросы: совершилось ли данное преступленіе и виновенъ ли обвиняемый въ совершеніи его. Если заставить судью быть механическимъ примѣнителемъ санкціи, если онъ долженъ подчиняться рѣшеніямъ другого судьи, установившаго наличность совершенія преступленія и виновность обвиняемаго, то для такого слишкомъ простого дѣла вовсе не надо быть судьей: эту обязанность съ большимъ успѣхомъ можетъ выполнить любой канцелярскій чиновникъ суда.

Что же касается внимательнаго и добросовѣстнаго отношенія профессіональныхъ судей къ разрѣшенію процессуальныхъ вопросовъ и тщательнаго соблюденія всѣхъ предписанныхъ закономъ формъ и обрядовъ процесса, то лучшей гарантіей въ этомъ отношеніи можетъ служить вовсе не то обстоятельство, что профессіональные судьи наблюдаютъ за образованіемъ доброкачествен-

наго матеріала для другихъ судей, а главнымъ образомъ контроль сторонъ, контроль стоящей на высотѣ своей задачи, свободной и независимой адвокатуры, въ связи съ публичностью засѣданій и отсутствіемъ внѣшнихъ неблагопріятныхъ условій (напр., обремененіе работой, некультурная и несоотвѣтствующая достоинству правосудія обстановка засѣданія, заставляющая торопиться поскорѣе окончить и т. п.) Весьма важнымъ факторомъ въ этомъ отношеніи является и личность судьи: чѣмъ болѣе высокимъ духовнымъ уровнемъ обладаетъ судья, чѣмъ меньше онъ имѣетъ сходства съ чиновникомъ, зависимымъ отъ временныхъ теченій внутренней политики, тѣмъ менѣе способенъ онъ нарушать законныя права сторонъ и не соблюдать установленныя процессуальныя формы.

Если такимъ образомъ оказалась несостоятельной теорія, отводящая самостоятельной, отдѣленной отъ профессіальныхъ судей коллегіи присяжныхъ самую скромную роль судей факта, роль, къ которой присяжные несомнѣнно пригодны, то тѣмъ болѣе несостоятельны теоріи, расширяющія компетенцію присяжныхъ.

Говорить, что присяжные гораздо лучше, чѣмъ профессіональные судьи могутъ рѣшить вопросъ,—подходитъ ли конкретная физіономія дѣянія подъ абстрактный составъ опредѣленнаго преступленія (сумбсумція), это значитъ совершенно забыть извѣстный каждому студенту-юристу фактъ: сколько времени и труда долженъ потратить этотъ студентъ на практическихъ занятіяхъ по уголовному праву (обладая уже нѣкоторой теоретической подготовкой), чтобы научиться выдѣлять изъ фактической обстановки дѣянія факты, имѣющіе юридическое значеніе, и подводить эти факты подъ абстрактные признаки, характеризующіе отдѣльныя преступленія!

Но, говорятъ, вѣдь для того, чтобы ознакомить присяжныхъ съ правомъ (насколько такое знакомство необходимо для субсумціи), существуетъ резюме предсѣдателя, сообщающаго присяжнымъ юридическія свѣдѣнія. Если-бы это говорилось чисто-кабинетными теоретиками, можно было бы не особенно удивляться, но когда такіе аргументы приводятъ ученые, хорошо знакомые съ практикой, невольно возникаютъ подозрѣнія или о недостаточно

внимательномъ наблюденіи этой практики, или объ ослѣпленіи предвзятой теоріей. Если такъ легко людей, не обучавшихся праву, научить въ какіе нибудь четверть часа производить сложныя юридическія операціи, научить ихъ различать отдѣльные признаки любого преступленія и т. п., то чѣмъ объяснить, что на выпускномъ экзаменѣ студенты, прошедшіе цѣлые курсы соотвѣтствующихъ практическихъ занятій, сплошь и рядомъ дѣлаютъ ошибки въ субсумціи, а нерѣдко кассаціонные суды изобличаютъ въ такихъ ошибкахъ и профессіональныхъ судей. Многіе авторы, искренніе приверженцы суда присяжныхъ, свидѣтельствуютъ о частыхъ случаяхъ полной безпомощности присяжныхъ усвоить даваемыя имъ предсѣдателями юридическія наставленія, не смотря на неоднократныя возвращенія въ совѣщательскую комнату *).

И это вполнѣ понятно: вопросы субсумпціи въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ принадлежатъ къ числу вопросовъ, которые менѣе всего усваиваются путемъ лекціонной системы. И если это вѣрно относительно студентовъ-юристовъ, обладающихъ уже и извѣстной теоретической подготовкой, и нѣкоторыми пріемами юридическаго мышленія, то тѣмъ болѣе это вѣрно относительно совершенно неподготовленныхъ лицъ, никогда не имѣвшихъ ничего общаго съ чисто-техническими вопросами права **). А вѣдь резюме предсѣдателя это та-же лекція, но только

*) Я лично долгое время въ различныхъ мѣстностяхъ Россіи принималъ участіе въ составѣ суда съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей и могу засвидѣтельствовать, что подобные случаи бываютъ нерѣдко Изъ частыхъ разговоровъ съ присяжными я могъ убѣдиться, что даже наиболѣе интеллигентные изъ нихъ нерѣдко ровно ничего не понимали изъ юридической части резюме, а между тѣмъ послѣ взаимнаго обмѣна мыслей и вызваннаго имъ объясненія въ формѣ наглядныхъ примѣровъ, вопросовъ и отвѣтовъ, усваивали эту часть. Не могу кстати не отмѣтить замѣченныхъ мною нерѣдкихъ фактовъ (засвидѣтельствованныхъ признаніемъ самихъ присяжныхъ) произнесенія вердиктовъ на основаніи свѣдѣній, ничего общаго съ данными судебнаго слѣдствія не имѣющихъ, обвиненій, не имѣвшихъ никакихъ основаній, оправданій, носившихъ характеръ отмѣны законовъ Я имѣлъ возможность наблюдать массу примѣровъ самаго добросовѣстнаго отношенія присяжныхъ къ своимъ обязанностямъ, примѣровъ постановленія замѣчательныхъ по своей внутренней правдѣ вердиктовъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и массу примѣровъ полной безпомощности присяжныхъ разобраться въ обстоятельствахъ дѣла, а также вердиктовъ, постановленныхъ подъ вліяніемъ совершенно случайныхъ обстоятельствъ.

**) Убѣжденный защитникъ суда присяжныхъ—Гейнце (l. c., 68) говоритъ: „Je ernster die Rechtsnormen bestrebt sind, das innerste Wesen der Digne zu erfassen und

читанная при наиболѣе неблагопріятныхъ условіяхъ. Предсѣдатель совершено незнакомъ ни съ общей подготовкой своихъ слушателей, ни съ количествомъ ихъ спеціальныхъ знаній, ни даже со степенью усвоенія ими всего матеріала судебнаго слѣдствія. Онъ можетъ останавливаться надъ тѣмъ, что не возбуждаетъ сомнѣній у присяжныхъ, считать совершенно простымъ, яснымъ и не требующихъ подробныхъ разъясненій то, что на самомъ дѣлѣ служитъ обильнымъ источниковъ всевозможныхъ недоразумѣній. Для того, чтобы достигнуть успѣха въ этомъ отношеніи, безусловно необходимъ самый непосредственный, живой обмѣнъ мыслей между профессіальнымъ юристомъ и присяжнымъ, необходимо, чтобы юристы имѣли возможность контролировать шагъ за шагомъ весь процессъ усвоенія присяжнымъ вопросовъ права, необходимо, чтобы каждое сомнѣніе было немедленно выяснено, чтобы цѣлый рядъ вопросовъ, которыхъ никогда невозможно предусмотрѣть напередъ, былъ бы разрѣшенъ сейчасъ же при ихъ возбужденіи и притомъ разрѣшенъ въ извѣстномъ логическомъ порядкѣ. Но все это совершенно невозможно при раздѣльности коллегій, непонимающихъ другъ друга.

Послѣ всего сказаннаго едва ли нужно говорить о полной несостоятельности теоріи, по которой профессіональные судьи рѣшаютъ только одни процессуальные вопросы и вопросъ о наказаніи, а присяжные всѣ остальные вопросы. Эта теорія превращаетъ судей въ механическихъ примѣнителей закона, а присяжныхъ—въ старо-германскихъ шеффеновъ; она отвергаетъ всякое значеніе спеціально-научной подготовки и страдаетъ всѣми недостатками теоріи omnipotenee du jury.

IV. Намъ остается разсмотрѣть четвертую и послѣднюю группу аргументовъ въ пользу суда присяжныхъ. Это группа направлена спеціально противъ соединенія въ одну коллегію про-

---

in den Grund sich zu vertiefen, je vollstandiger die individuellen Gestaltungen zu Begriffen verallgemeinert auftreten (т. е другими словами: чѣмъ болѣе высокой степени развитія достигаетъ законодательство), desto schwieriger muss es werden an dem concreten Falle gleichzeitig die allgemeinen Merkmale aufzufinden und die characteristischen Sonderzuge im Auge zu behalten“

фессіональныхъ судей и общественныхъ представителей, т. е. противъ шеффенскаго суда.

Сущность этихъ аргументовъ сводится къ слѣдующему. Ученые профессіональные судьи и общественные представители—два весьма и весьма трудно соединимые элемента Если и возможно ихъ соединеніе, то оно будетъ механическимъ, а не химическимъ; о взаимномъ пониманіи обоихъ элементовъ и довѣріи ихъ другъ къ другу едва ли можно говорить. Въ результатѣ получится развитіе одного въ ущербъ другому, причемъ этимъ другимъ явится общественный элементъ; общественные представители превратятся въ ненужныхъ статистовъ. На судѣ присяжныхъ воздѣйствіе профессіональныхъ судей на скамью присяжныхъ производится гласно, въ присутствіи сторонъ, подвергается контролю, между тѣмъ какъ при соединеніи обоихъ элементовъ въ одну коллегію это воздѣйствіе совершается въ тайнѣ совѣщательной комнаты и не поддается контролю. Соединеніе присяжныхъ въ одну коллегію съ профессіональными судьями опасно для послѣдовательнаго проведенія обвинительнаго принципа: на судѣ присяжныхъ вопросы, подлежащіе разрѣшенію, ставятся при участи сторонъ и до ухода въ совѣщательную комнату, между тѣмъ какъ на шеффенскомъ судѣ вопросы могутъ возбуждаться и ставиться уже во время совѣщанія, а слѣдовательно безъ участія сторонъ и по иниціативѣ самого суда Ко всему этому добавляютъ, что при смѣшанной коллегіи адвокатамъ чрезвычайно трудно найти надлежащій способъ давать свои объясненія какъ по формѣ, такъ и по содержанію: напр., если расчитывать все на профессіональный судей, то является слишкомъ много шансовъ, что адвокатъ не будетъ понятъ общественными представителями. Наконецъ, ставятъ на видъ тѣ затрудненія, которые могутъ возникнуть во время совѣщанія, если профессіональные судьи разойдутся между собою въ мнѣніяхъ по поводу вопроса права: на судѣ присяжныхъ юридическое наставленіе дается однимъ судьею и въ силу этого имѣетъ авторитетъ, какъ мнѣніе спеціалиста; если присяжные будутъ имѣть передъ собою нѣсколько противоположныхъ мнѣній, то уже одно это обстоятельство можетъ поколебать въ ихъ глазахъ внутреннюю цѣнность положеній науки права.

Всѣ эти аргументы представляются неубѣдительными. Если профессіональные судьи будутъ приближаться къ установленному наукой идеальному типу судьи, если они дѣйствительно будутъ

судьями просвѣщенными и вполнѣ культурными, а не чиновниками (т. е. зависимыми отъ правительства и проникнутыми бюрократическими тенденціями, въ числѣ которыхъ недовѣріе къ общественной самодѣятельности и общественному контролю занимаетъ столь видное мѣсто), то, конечно, они будутъ понимать всю важность участія общественнаго элемента въ составѣ суда и надлежащимъ образомъ относиться къ этому элементу. Если къ тому же общественные представители будутъ тщательно избираться изъ числа наиболѣе достойныхъ во всѣхъ отношеніяхъ гражданъ, если количество общественныхъ представителей въ коллегіи будетъ по крайней мѣрѣ вдвое больше, чѣмъ количество профессіональныхъ судей и если все общество достигнетъ необходимой для каждой культурной страны степени самосознанія, не допускающей административной опеки и какого бы то ни было стѣсненія закономъ гарантированныхъ правъ, то возможность „давленія“ со стороны профессіональныхъ судей сведется къ нулю, въ особенности, если будутъ созданы надлежащія процессуальныя гарантіи. Для этой послѣдней цѣли необходимо точно опредѣлить въ законѣ взаимное отношеніе обоихъ элементовъ коллегіи и опредѣлить роль общественныхъ представителей. Казалось бы, что имъ должны быть предоставлены совершенно одинаковыя съ профессіональными судьями права при рѣшеніи всѣхъ фактическихъ вопросовъ, которые такимъ образомъ должны рѣшаться по большинству голосовъ. Такія же права должны быть предоставлены общественнымъ представителямъ и при рѣшеніи вопросовъ: заслуживаетъ ли обвиняемый наказанія, о мѣрѣ наказанія, о возбужденіи ходатайства о помилованіи. Всѣ вопросы права должны рѣшаться профессіональными судьями, причемъ общественные представители могутъ пользоваться совѣщательнымъ голосомъ. При такихъ условіяхъ профессіональные судьи будутъ оказывать на присяжныхъ вліяніе только благодаря своему нравственному авторитету, а такого рода вліяніе нельзя не признать въ высшей степени желательнымъ.

Что касается постановки вопросовъ, то институтъ этотъ въ томъ видѣ, какъ онъ существуетъ на континентѣ, является однимъ изъ тормазовъ нормальнаго хода процесса. Примѣръ Англіи доказываетъ, что можно съ большою пользой для дѣла обойтись безъ этого въ высшей степени искуственнаго, сложнаго и ведущаго къ столькимъ недоразумѣніемъ института. Англійская

система гораздо болѣе соотвѣтствуетъ обвинительному принципу, чѣмъ система, при которой самъ судъ, хотя бы съ участіемъ сторонъ, вырабатываетъ вопросы, подлежащіе его разрѣшенію. Опасаться же тѣхъ вопросовъ, которые возникаютъ и старятся на разрѣшеніе во время совѣщанія, не только нельзя, но такой порядокъ слѣдуетъ привѣтствовать, какъ порядокъ наиболѣе пригодный для всесторонняго изученія всѣхъ представленныхъ доказательствъ и для достиженія полнаго взаимодѣйствія обоихъ элементовъ судебной коллегіи. Къ тому же мотивированный приговоръ всегда даетъ полную возможность контролировать основные моменты хода совѣщанія.

Возражающіе о трудности давать объясненія передъ такой разнородной по составу коллегіей забываютъ, что такая же трудность возникаетъ и на судѣ присяжныхъ, гдѣ въ составъ скамьи сплошь и рядомъ входятъ представители самыхъ разнообразныхъ классовъ съ безконечно разнообразнымъ уровнемъ развитія. Кромѣ того, при выдѣленіи изъ вѣдѣнія общественныхъ представителей процессуальныхъ вопросовъ и вопросовъ права, по поводу которыхъ адвокаты должны обращаться исключительно къ судьямъ, остаются такіе вопросы, для объясненій по которымъ можно найти вполнѣ подходящій къ составу коллегіи языкъ. И нельзя упускать изъ виду, что присутствіе въ коллегіи нѣсколькихъ профессіональныхъ судей несомнѣнно окажетъ благотворное вліяніе на характеръ и содержаніе адвокатскихъ рѣчей, придастъ этимъ рѣчамъ дѣловитость, спокойствіе и предохранитъ адвокатовъ отъ стремленія дѣйствовать на чувства присяжныхъ. Наконецъ, о колебаніи престижа права вслѣдствіе участія въ совѣщаніи нѣсколькихъ судей--юристовъ, могущихъ имѣть различные взгляды на каждый данный юридическій вопросъ, можно говорить лишь по недоразумѣнію.

Такимъ образомъ въ результатѣ анализа всѣхъ доводовъ въ пользу суда присяжныхъ оказывается, что доводы эти далеко не отличаются такою силою и убѣдительностью, какъ это кажется съ перваго взгляда. Напротивъ, континентальный типъ суда присяжныхъ страдаетъ весьма существенными недостатками, которые дѣлаютъ этотъ судъ менѣе соотвѣтствующимъ идеѣ правосудія, чѣмъ судъ шеффеновъ съ его единствомъ коллегіи, обезпечиваю-

щимъ полную возможность взаимнаго пониманія обоихъ ея элементовъ и гармоническаго ихъ соединенія, обезпечивающимъ строгую законность дѣйствій суда и дающимъ возможность мотивировать приговоры Нельзя не отмѣтить въ высшей степени характерныхъ попытокъ реформированія суда присяжныхъ въ такой свободолюбивой, культурной и дорожащей демократическими учрежденіями странѣ, какъ Швейцарія. Въ Женевѣ и Тессинѣ эти попытки сдѣланы именно въ смыслѣ объединенія коллегій профессіональныхъ и народныхъ судей.

Но было бы большимъ заблужденіемъ думать, что существующіе суды присяжныхъ могутъ быть вездѣ сразу замѣнены судами смѣшанныхъ коллегій безъ вреда для интересовъ правосудія Такая замѣна могла бы повлечь за собою самыя печальныя для правосудія послѣдствія. Въ вопросѣ о судѣ присяжныхъ надо строго различать юридическую точку зрѣнія съ одной стороны и политически-историческую съ другой Пока страна не обладаетъ классомъ профессіональныхъ судей, принадлежащихъ къ высшей духовной аристократіи, стоящихъ на высотѣ своего призванія и заслужившихъ полное уваженіе и довѣріе народа, пока судьи ничѣмъ не отличаются отъ чиновниковъ, пока государственный строй не знаетъ политической свободы, пока существуетъ рознь между правительствомъ и обществомъ, пока, наконецъ, уголовный кодексъ, изданный безъ всякаго участія народныхъ представителей, будетъ заключать въ себѣ массу статей, расходящихся и съ требованіями науки, и съ общественнымъ правосознаніемъ, до тѣхъ поръ требованія упраздненія судовъ присяжныхъ во имя теоретическаго идеала лучшей формы суда должны разсматриваться, какъ проявленія научной близорукости. Вполнѣ естественно, что такія требованія находятъ рѣзкій и страстный отпоръ со стороны тѣхъ, кто ясно понимаетъ важную политическую роль суда присяжныхъ, кто не безъ основанія видитъ въ этомъ судѣ палладіумъ гражданской свободы (при наличности всѣхъ указанныхъ выше темныхъ сторонъ государственной жизни).

При такомъ положеніи дѣла уголовная политика не можетъ рекомендовать замѣну суда присяжныхъ смѣшанными коллегіями, т. к. вполнѣ естественно ожидать подавленія общественнаго элемента коронным. Уголовная политика должна лишь указать на необходимость частичныхъ исправленій суда присяжныхъ, направленныхъ на устраненіе темныхъ его сторонъ. Въ этомъ от-

ношеніи большую услугу можетъ оказать внимательное изученіе англійскаго типа.

И лишь съ теченіемъ времени, когда измѣнятся условія государственной жизни въ указанномъ отношеніи, общественные представители, получивъ на скамьѣ присяжныхъ засѣдателей привычку къ самостоятельности, могутъ войти въ составъ одной коллегіи съ профессіональными судьями и между обоими элементами произойдетъ столь цѣнное для правосудія гармоническое соединеніе.

Часть III.

Часть III.

ГЛАВА I.

Разсмотримъ теперь въ общихъ чертахъ положеніе вещей въ нашемъ отечествѣ съ точки зрѣнія изложенныхъ выше принциповъ. Мы не будемъ останавливаться на томъ, что представляло собою русское дореформенное „правосудіе“. Основныя черты стараго порядка сводились къ слѣдующему: полная зависимость судей отъ администраціи, ничтожное матеріальное содержаніе судей, ихъ низкое служебное положеніе, отсутствіе научнаго ценза; множество разнородныхъ судебныхъ мѣстъ, множество инстанцій, полное господство слѣдственнаго принципа, при которомъ въ лицѣ судьи соединялись и судья, и обвинитель, и защитникъ, при которомъ личность обвиняемаго была лишь объектомъ изслѣдованія; тайное и письменное производство, система формальныхъ доказательствъ Въ результатѣ—господство произвола, продажность суда, превращеніе этого суда въ послушное орудіе администраціи и всеобщая антипатія населенія къ суду. „Въ судахъ была Россія черна неправдой черной“,—эти слова могутъ служить лучшимъ эпиграфомъ къ мрачной и глубоко-печальной эпохѣ дореформеннаго суда; а этотъ судъ въ свою очередь былъ лишь однимъ изъ проявленій общей дезорганизаціи государственной и общественной жизни, однимъ изъ проявленій того режима безправія и произвола, который привелъ Россію къ печальнымъ результатамъ крымской кампаніи.

Сознаніе всей опасности такого режима, сознаніе необходимости кореннаго обновленія всего государственнаго и общественнаго строя привело къ преобразованіямъ начала царствованія Александра II, реформы котораго Чичеринъ справедливо называетъ „фундаментомъ, на которомъ зиждется вся будущность Россіи“ *).

*) Курсъ госуд науки, III, 319.

Судебная реформа должна быть разсматриваема какъ важнѣйшій шагъ на пути къ превращенію дореформенной Россіи въ правовое государство Въ своей книгѣ „Судебная реформа“ І. В. Гессенъ указываетъ на весьма опредѣленно обнаружившееся стремленіе правительства считать ближайшія реформы (освобожденіе крестьянъ, земскую и судебную реформы) только началомъ предположенныхъ коренныхъ реформъ политическаго характера*). И дѣйствительно, основные принципы судебной реформы до такой степени рѣзко противорѣчили принципамъ дореформеннаго полицейски-бюрократическаго государства съ его безправіемъ населенія передъ всесильной властью, въ жертву усиленія которой приносились всѣ остальные интересы, съ его недовѣріемъ къ личной и общественной самодѣятельности, съ его административной опекой надъ всею внутреннею жизнью государства, съ его порабощеніемъ мысли, совѣсти и т. д., что о мирномъ сожитіи такихъ двухъ принципіально-различныхъ порядковъ не могло быть и рѣчи.

Взамѣнъ прежней пародіи на судъ великій памятникъ, именуемый „Судебные Уставы 1864 года“ создалъ настоящій судъ, судъ „скорый, правый и милостивый“, судъ независимый, равный для всѣхъ, авторитетный, просвѣщенный и обладающій достаточными средствами для защиты правъ гражданъ. Только съ этой эпохи можно говорить о существованіи въ Россіи правосудія въ томъ смыслѣ, какъ понимаетъ это слово наука **)

Огромное значеніе Судебныхъ Уставовъ, ихъ замѣчательная нравственная сила, оказавшая такое могучее вліяніе на все общество, заключаются главнымъ образомъ въ основныхъ принципахъ этого великаго законодательнаго акта. Въ частности, что касается судоустройства, то „*Учрежденіе судебныхъ установленій*“ *имѣетъ въ основѣ тѣ же принципы, какіе я старался установить во второй части настоящей книги.*

---

*) Судебная реформа. 1905. стр 54 и слѣд

**) Конечно, было бы большой ошибкой сказать, что судебные уставы 1864 года не имѣли въ исторіи русскаго права корней, явились какъ deus ex machina Основные принципы Судебныхъ Уставовъ и вообще принципы правоваго государства находятся въ такой же гармоніи съ правосознаніемъ русскаго народа, какъ и каждаго другаго. Фразы о какихъ то особенностяхъ русскаго народа, якобы коренныммъ образомъ отличающихъ этотъ народъ отъ западно-европейскихъ народовъ и обусловливающихъ непригодность для Россіи западно-европейскихъ учрежденій — не имѣютъ съ наукой ничего общаго.

Для доказательства этого положенія обратимся къ законодательнымъ мотивамъ, лучше всего раскрывающимъ духъ закона. Первостепенная важность суда для государственной жизни, необходимость обезпечить независимость суда и самостоятельность судей, ихъ авторитетъ, создать судей интеллигентныхъ, научно подготовленныхъ и опытныхъ, поставить судъ въ наиболѣе благопріятныя условія для дѣятельности,—все это выражено авторами мотивовъ въ ясностью, точностью и убѣдительностью, не оставляющими желать ничего лучшаго *).

„Правильное устройство судебныхъ мѣстъ столь же необходимо, какъ и хорошее судопроизводство: ибо безъ судоустройства и самыя совершенныя формы судопроизводства оставались бы безъ всякаго исполненія, или же исполнялись бы несогласно съ существенною своею цѣлью“ **). (Стр. VII).

„Удовлетворительное отправленіе правосудія зависитъ болѣе отъ достоинства судей, чѣмъ отъ совершенства законовъ. (Стр. XXXIV). Для успѣха въ судебномъ преобразованіи необходимо изыскать способы къ привлеченію на службу по судебному вѣдомству и къ удержанію въ ономъ лицъ, достойныхъ носить высокое званіе судей. Выборъ ихъ требуетъ особенной осмотрительности, а служба по судебному вѣдомству должна представлять соотвѣтственныя важности ея преимущества (стр. 160).

„Желая устроить судъ на прочныхъ основаніяхъ, необходимо тщательно избѣгать всего, что можетъ возбуждать подозрѣніе, или хотя только сомнѣніе на счетъ безпристрастія судьи, дабы не подорвать довѣріе къ суду, а съ тѣмъ вмѣстѣ вѣру въ правосудіе (стр. 117). Для правильной организаціи суда необходимо, чтобы значеніе судьи и въ собственныхъ его глазахъ и въ мнѣніи общества, зависѣло единственно отъ его званія, а не отъ какого либо иного почета. Тогда только судья будетъ сознавать достоинство и важность своего призванія, а общество будетъ видѣть въ немъ судью въ настоящемъ смыслѣ слова (стр. 173). Большое по судебному

*) Я буду цитировать по изданію Государственной Канцеляріи III т. 1867 г.

**) Мѣста, напечатанныя въ разрядку, отмѣчены мною.

вѣдомству и ничѣмъ не отвратимое зло можетъ произойти во 1-хъ, отъ нераздѣльнаго съ чинами преимущества однихъ судей надъ другими, уничтожающаго необходимое въ дѣлѣ суда равенство между ними и 2-хъ, отъ аттестацій и представленій, могущихъ подорвать довѣріе къ самостоятельности и независимости судей. .. Нѣтъ сомнѣнія, что такой порядокъ установитъ нѣкоторое различіе между службою по судебному и другимъ вѣдомствамъ. Но это различіе справедливо и естественно. Чиновники административные, по самому свойству исполнительной ихъ дѣятельности, всегда іерархически подчинены ближайшимъ своимъ начальникамъ, отвѣтственнымъ за исправность ихъ по службѣ, и потому, въ такой только мѣрѣ могутъ быть признаны полезными и достойными, въ какой ими довольны начальники Отсюда необходимость въ аттестаціяхъ и представленіяхъ къ наградамъ тѣхъ изъ нихъ, которыхъ начальство отличаетъ Напротивъ, судья тогда только можетъ соотвѣтствовать своему назначенію и пользоваться довѣріемъ общества когда онъ поставленъ въ положеніе независимое; получая свою власть непосредственно отъ Государя Императора, судья не можетъ имѣть никакого посредствующаго начальника, который былъ бы въ правѣ судить и аттестовать о заслугахъ его въ употребленіи этой переданной ему свыше власти. Наконецъ опасеніе, не помѣшаютъ ли эти правила замѣщенію судебныхъ должностей людьми способными и достойными, такъ какъ многіе изъ нихъ готовы предпочесть иные роды службы, гдѣ они могутъ пользоватся чинами и легче получать другія награды, едва ли основательно, ибо если судьямъ обезпечена дѣйствительная несмѣняемость и самостоятельность, если всѣмъ служащимъ по судебному вѣдомству назначено такое содержаніе, которое обезпечило бы ихъ средства къ жизни, если сверхъ того ... эмеритальная касса обезпечитъ участь заслуженныхъ судебныхъ чиновъ и ихъ семействъ, трудно допустить, чтобы кто-либо изъ положительныхъ людей могъ пренебречь столь существенными средствами для добросовѣстной дѣятельности на пользу общества. (Стр. 174—175).

„Самостоятельность судей, избранныхъ съ осмотрительностью, есть безъ всякаго сомнѣнія одно изъ надежныхъ руча-

тельствъ въ правильномъ совершеніи правосудія, а потому и одно изъ главныхъ условій хорошаго судоустройства. Дѣла судебнаго вѣдомства касаются важнѣйшихъ интересовъ частныхъ лицъ: ихъ гражданской жизни, чести и достоянія; въ дѣлахъ этого рода могутъ быть нерѣдко заинтересованы, или непосредственно, или въ качествѣ покровителей подсудимыхъ и тяжущихся, лица, сильныя по своему положенію въ обществѣ; поэтому судьи должны быть поставлены въ положеніе сколь возможно болѣе независимое.... Что же касается прокуроровъ, то при всей важности возлагаемыхъ на нихъ обязанностей, они все-таки будутъ только органами блюстительной власти, сосредоточивающейся въ лицѣ министра юстиціи, котораго довѣріе къ нимъ необходимо и въ отношеніи къ которому они не могутъ имѣть совершенно независимаго положенія. (Стр. 169).

„Нѣтъ вѣдомства или управленія, нѣтъ должностного лица, которыя не могли бы быть привлечены къ суду, или сами искать суда, и посему, соединеніе въ одномъ и томъ же лицѣ должностей по судебному и другому вѣдомствамъ можетъ имѣть то послѣдствіе, что такое лицо, принадлежа къ управленію по какому-либо вѣдомству, можетъ въ тоже время быть судьею въ дѣлѣ, возникшемъ изъ сего управленія, а слѣдовательно въ дѣлѣ иногда болѣе или менѣе касающемся его самого. (Стр. 171). Что же касается совмѣщенія въ одномъ и томъ же лицѣ двухъ судебныхъ должностей, то о невозможности сего едва ли можетъ быть какое либо сомнѣніе (ibid).

„..... Во первыхъ,—для правильнаго устройства суда необходимо, сверхъ присвоеннаго судьямъ основными положеніями несмѣняемости, слѣдовательно и независимости, доставить должности судьи такое значеніе, чтобы и въ глазахъ самихъ судей, и въ глазахъ всего общества важность оной зависѣла не отъ того или другого чина, пріобрѣтеннаго ими на службѣ, а отъ сущности тѣхъ обязанностей, которыя неразрывно связаны съ званіемъ судьи, и которыя состоятъ въ огражденіи какъ частныхъ лицъ, такъ и всего общества отъ нарушенія ихъ правъ, и въ охраненіи въ государствѣ общественной и частной безопасности, спокойствія и законнаго

порядка; во-вторыхъ, какъ посему обязанности каждаго судьи независимо отъ того, состоитъ ли онъ членомъ низшаго или высшаго суда... суть совершенно тождественныя, то необходимо, чтобы всѣ судьи были равны другъ другу и по званію, и по классу должностей;.. въ третьихъ, какъ постоянное и продолжительное нахожденіе въ одной и той же должности способствуетъ пріобрѣтенію основательныхъ практическихъ знаній въ производствѣ и рѣшеніи дѣла, составляющихъ предметъ непрерывныхъ занятій должностнаго лица, необходимо принять мѣры, чтобы судьи не имѣли никакого особенно важнаго побужденія къ частой перемѣнѣ мѣстъ, или переходу съ одной должности на другую и тѣмъ менѣе къ оставленію судебной службы. (Стр. 161).

„Въ новыхъ штатахъ судебнаго вѣдомства должно быть назначено всѣмъ означеннымъ лицамъ такое содержаніе, которое доставляло бы имъ положеніе, соотвѣтствующее важности ихъ назначенія. Никакая цифра расхода не должна останавливать введеніе въ дѣйствіе судебнаго преобразованія*), безусловная важность и безотлагательная потребность котораго не подлежатъ сомнѣнію. Доставленіе чинамъ судебнаго вѣдомства средствъ приличнаго существованія принадлежитъ къ важнѣйшимъ условіямъ правильнаго судоустройства и едва-ли не болѣе всего можетъ содѣйствовать привлеченію хорошихъ судей. Если хорошее содержаніе и можетъ привлечь къ судебной службѣ людей съ желаемыми качествами, то одного этого не всегда будетъ достаточно для того, чтобы достигнуть другой, не менѣе важной цѣли—удержанія ихъ въ судебномъ вѣдомствѣ. Для удержанія ихъ на службѣ необходимо, чтобы положеніе ихъ могло со временемъ улучшаться. (Стр. 162—163).

---

*) „Необходимость увеличить содержаніе была по мнѣнію Замятнина (первый министръ юстиціи при реформированномъ судѣ) такъ настоятельна, что если, какъ писалъ онъ, по какимъ либо соображеніямъ признано будетъ необходимымъ уменьшить оклады и отмѣнить (періодическія) прибавки, то лучше отказаться отъ судебной реформы“ Изъ очерка А. Кони: „Дмитрій Николаевичъ Замятнинъ“ („Главные дѣятели и предшественники судебной реформы“. 1904. Сборникъ подъ редакціей К. Арсеньева).

„При распространеніи основаній надзора на судебное вѣдомство слѣдуетъ постоянно имѣть въ виду главныя условія правильнаго судоустройства: самостоятельность суда и независимость судьи, безъ чего собственно не можетъ быть суда въ настоящемъ значеніи этого слова. Чтобы судъ могъ быть самостоятельнымъ, а судья независимъ, необходимо поставить ихъ внѣ всякаго вліянія какой либо личной подчиненности... Посему надзоръ за судебными мѣстами и составляющими оныя судьями, съ правомъ исправлять замѣченныя упущенія и привлекать виновныхъ къ отвѣтственности, принадлежитъ исключительно суду въ порядкѣ подчиненности Надзоръ за ними со стороны предсѣдателей или первоприсутствующихъ, прокуроровъ и министра юстиціи долженъ ограничиться заявленіемъ объ извѣстныхъ имъ нарушеніяхъ закона и установленныхъ правилъ надлежащему суду для дальнѣйшихъ съ его стороны распоряженій (стр. 177—178). Дозволеніе подвергать предсѣдателей, товарищей предсѣдателей, членовъ судебныхъ мѣстъ и мировыхъ судей не только предостереженіямъ, но и замѣчаніямъ и выговорамъ безъ суда. было бы несогласно съ достоинствомъ званія судьи и могло бы поколебать то уваженіе, которое желательно и необходимо утвердить въ обществѣ къ званію судьи. Посему означенныя выше лица могутъ быть подвергаемы въ дисциплинарномъ порядкѣ однимъ только предостереженіямъ. (Стр. 186).

„На такомъ важномъ поприщѣ, каково судебное, должны быть употреблены въ дѣйствіе всѣ силы, поддерживающія нравственное достоинство человѣка, а образованность имѣетъ безспорно благодѣтельное на нравственныя качества вліяніе (стр. XXX). Къ занятію должностей по судебному вѣдомству слѣдуетъ допускать... только такія лица, которыя имѣютъ нужныя для того познанія, пріобрѣтенныя какъ изученіемъ юридическихъ наукъ, такъ и достаточной въ дѣлахъ практикою... Правило это принадлежитъ къ важнѣйшимъ началамъ судоустройства (ст. 134). Но одно изученіе законовъ не создаетъ еще хорошаго судью; для отправленія этой трудной обязанности недостаточно кончить курсъ юридическихъ наукъ, надобно сверхъ того пріобрѣсть извѣстную степень опытности въ примѣненіи

законовъ, и пріобрѣсть ее не въ стѣнахъ университета., а на самомъ дѣлѣ, въ приложеніи законовъ къ живой практикѣ (стр. 135). Судъ не школа: допустить противное, значило бы развивать способности однихъ на счетъ другихъ, т. е. что судьи образовавались бы на счетъ тяжущихся и подсудимыхъ, которые и должны были бы выносить на себѣ всѣ ихъ промахи". (Стр. 153.)

Какъ видимъ, въ приведенныхъ выпискахъ прекрасно выражены основные принципы судоустройства независимость судей, ихъ матеріальная обезпеченность, отличіе ихъ отъ чиновниковъ, необходимость поднятія ихъ авторитета, нравственныхъ качествъ, знаній и опыта.

Насколько удачно, полно и послѣдовательно эти законодательные мотивы выражены въ самомъ законѣ?

Если мы примемъ во вниманіе историческія причины, препятствовавшіе создать у насъ такихъ судей, какими гордится Англія, если мы примемъ во вниманіе ужасное положеніе нашего дореформенаго суда, всесиліе администраціи, низкое состояніе культуры, а также и состояніе отечественной науки права, то мы должны будемъ на только что поставленный вопросъ отвѣтить въ самомъ благопріятномъ для авторовъ Судебныхъ Уставовъ смыслѣ. они сдѣлали все, что могли, для воплощенія въ законѣ исповѣдуемыхъ ими основныхъ принциповъ*). Судебные Уставы самымъ рѣзкимъ образомъ порвали съ укоренившимися традиціями и поставили судей на небывалую доселѣ высоту во всѣхъ отношеніяхъ. Ст. 212 Учрежд. суд. уст. гласитъ, что судьи назначаются Высочайшею властью; ст. 237 ясно и опредѣленно указываетъ на равенство всѣхъ судей; ст. 238 обезпечиваетъ ихъ вполнѣ достаточнымъ (если принять во вниманіе экономическія условія страны 40 лѣтъ тому назадъ) содержаніемъ и

*) Кромѣ того необходимо имѣть въ виду, 1) что названныя выше прогрессивныя реформы были сами по себѣ недостаточны для созданія изъ Россіи правоваго государства, а слѣдовательно для созданія суда, удовлетворяющаго *всѣмъ* требованіямъ теоріи. и 2) что многочисленная и сильная реакціонная партія парализовала прогрессивную дѣятельность правительства съ самаго начала. весьма замѣтные признаки кореннаго измѣненія этой дѣятельности наблюдаются уже съ 1861 года, т. е. за нѣсколько лѣтъ до опубликованія Судебныхъ Уставовъ.

ставитъ ихъ очень высоко въ общей служебной лѣстницѣ: послѣ низкаго положенія дореформенныхъ судей, судьи реформированнаго суда поставлены въ одномъ классѣ (V) съ представителями высшей администраціи губерніи, т. е. съ предсѣдателями казенныхъ палатъ, контрольныхъ палатъ, управленія государственными имуществами и т. д.; ст 239 и 248 достаточно ярко подчеркиваютъ различіе судей и чиновниковъ; наконецъ ст. 243 выражаетъ принципъ несмѣняемости съ точностью и полнотою, оставляющими желать очень немногаго.

Остановимся немного на этой послѣдней статьѣ, къ сожалѣнію давно уже сдѣлавшейся достояніемъ исторіи, и посмотримъ, достаточно ли она гарантируетъ судей отъ произвольнаго увольненія и перемѣщенія Ст. 226 говоритъ, что увольненіе отъ службы должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства зависитъ отъ той власти, коею они опредѣлены на должности. Такъ какъ судьи назначаются Высочайшею властью (ст. 212), то, казалось-бы, что по докладу министра юстиціи эта власть можетъ въ любое время уволить судью Но статья 226 оканчивается слѣдующимъ очень важнымъ положеніемъ: „При этомъ соблюдаются правила, постановленныя ниже въ статьѣ 243-й". Эта послѣдняя статья помѣщена въ раздѣлѣ „о правахъ и преимуществахъ должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства*) и звучитъ такъ: „Предсѣдатели, товарищи предсѣдателей и члены судебныхъ мѣсть не могутъ быть ни увольняемы безъ прошенія, кромѣ случаевъ, указанныхъ въ статьяхъ 228—230, 295 и 296-й, ни переводимы съ одной мѣстности въ другую безъ ихъ согласія. Временное устраненіе отъ должностей допускается только въ случаѣ преданія ихъ суду, а совершенному удаленію или отрѣшенію отъ должностей они подвергаются *не иначе*, какъ по приговорамъ уголовнаго суда". Изъ сопоставленія ст. 226 и 243 съ ихъ столь ясными и категорическими заключеніями въ связи со ст. 47, 1 п. 66, 73 и 77 основ. государ. законовъ очевидно, что Государь Императоръ можетъ увольнять судей отъ должности не иначе, какъ путемъ изданія сепаратнаго закона за собственноручною подписью.

*) Это чрезвычайно важно для выясненія юридической конструкціи начала, выраженнаго въ ст. 243.

Если бы статью 243 дополнить постановленіемъ, гарантирующимъ судей отъ опасности быть выброшенными на улицу вслѣдствіе оставленія за штатомъ, то едва ли можно было бы сдѣлать судебнымъ уставамъ упрекъ въ недостаточно полномъ и послѣдовательномъ проведеніи принципа судейской несмѣняемости. Нѣкоторыя сомнѣнія можетъ возбуждать ссылка на ст. 295 и 296 (предоставленіе сенату права увольненія судей въ дисциплинарномъ порядкѣ въ случаяхъ осужденія уголовнымъ судомъ за какой бы то ни было проступокъ или въ случаяхъ гражданской несостоятельности). Но высокая авторитетность учрежденія, обладающаю этимъ правомъ (общее собраніе кассаціонныхъ департаментовъ) и обязательное истребованіе отъ судьи объясненія могутъ служить гарантіями, обезпечивающими судью отъ произвола, въ особенности если имѣть въ виду точную опредѣленность случаевъ, могущихъ повлечь за за собою удаленіе судьи.

Что Судебные Уставы уже въ самый день ихъ появленія не удовлетворили вполнѣ всѣхъ пожеланій прогрессивной части общества, видно хотя бы изъ входящихъ въ составъ монументальнаго „Дѣла о преобразованіи судебной части въ Россіи“ (74 фоліанта), шести томовъ замѣчаній разныхъ лицъ на „Основныя положенія“ реформы. Въ этихъ замѣчаніямъ мы находимъ, напр, указанія на недостаточно полное проведеніе великаго принципа, по которому гражданинъ можетъ быть подвергнутъ какому бы то ни было стѣсненію, имѣющему характеръ наказанія, только судомъ. Есть указанія на недостаточно полно проведенный принципъ отдѣленія судебной власти отъ административной (напр, въ смыслѣ нѣкотораго вліянія министерства юстиціи), на большую ненормальность привиллегированнаго положенія должностныхъ лицъ при возбужденія противъ нихъ судебнаго преслѣдованія, на необходимость единства суда для всѣхъ родовъ преступленій, на неполноту отдѣленія обвинительной власти отъ судебной, на непослѣдовательное проведеніе принципа равенства всѣхъ передъ закономъ.

Не смотря на всю справедливость этихъ замѣчаній, не смотря на то, что въ Судебныхъ Уставахъ есть положенія, очевидно носящія характеръ компромисса, великій законодатель 1864 года

заслуживаетъ вѣчной благодарности русскаго общества. Россія справедливо можетъ гордиться созданіемъ судебныхъ уставовъ, т. к. хотя за образецъ законодатель взялъ не англійскій порядокъ, а французскій *), но во многихъ отношеніяхъ сталъ выше своего образца, исправивъ и измѣнивъ къ лучшему нѣкоторые неудачные институты французскаго права, и самостоятельно (и удачно) переработавъ соотвѣтственно потребностямъ русской жизни цѣлый рядъ положеній **).

Само собою разумѣется, что каждый истинный почитатель Судебныхъ Уставовъ преклоняется не передъ буквой этого памятника, не предъ отдѣльными положеніями его, а главнымъ образомъ передъ животворящимъ духомъ его, передъ основными принципами. Объ этихъ принципахъ прекрасно говоритъ Фойницкій: „Святая обязанность каждаго русскаго юриста отнынѣ ясна: состоитъ она въ томъ, чтобы оберегать начала судебныхъ уставовъ *въ ихъ первоначальной чистотѣ*, ограждать животворящій ихъ духъ, внутренній ихъ смыслъ отъ всякихъ искаженій и передѣлокъ, составляющихъ ясный или прикрытый поворотъ къ старому порядку вещей, *и содѣйствовать дальнѣйшему развитію законодательства въ духѣ этихъ началъ* ***)

---

*) Такой свѣдущій и опытный практикъ, какъ сенаторъ Буцковскій объясняетъ слѣдующимъ образомъ причины этого явленія: „Нечего и говорить, что при судебномъ преобразованіи въ нашемъ отечествѣ невозможно было помышлять о заимствованіи изъ англійской системы уголовнаго судопроизводства тѣхъ порядковъ, которые зависятъ отъ высокаго положенія англійскихъ судей, отъ обширной власти, предоставленной имъ въ опредѣленіи наказаній. Наши судьи пользовались доселѣ слишкомъ слабымъ довѣріемъ общества, чтобы можно было ожидать въ этомъ отношеніи крупнаго поворота въ общественномъ мнѣніи вслѣдъ за преобразованіемъ судебной части. Кромѣ того, если бы правительство и рѣшилось основать систему уголовнаго процесса на одномъ предположеніи о такой внезапной перемѣнѣ въ общественномъ мнѣніи, то и тогда этого нельзя было бы сдѣлать иначе, какъ измѣнивъ отъ начала до конца дѣйствующее у насъ уложеніе о наказаніяхъ, въ которомъ подъ вліяніемъ недовѣрія къ судьямъ, старались опредѣлить въ каждомъ родѣ преступленій не только различныя степени и оттѣнки вины, но и самую мѣру ея въ предѣлахъ одной и той же степени, предоставляя судьямъ въ опредѣленіи наказаній одинъ, такъ сказать, математическій разсчетъ". Очерки судебныхъ порядковъ. 1874. Стр 236—237.

**) Справедливо замѣчаетъ проф. В. Ивановскій, что система судебныхъ установленій, созданныхъ Судебными Уставами, есть лишь *отраженіе* общихъ началъ судоустройства, господствующихъ въ настоящее время у цивилизованныхъ народовъ. (Русск. государств. право. 1896 Вып III, 213).

***) Курсъ, I 50. Не могу отказать себѣ въ удовольствіи привести здѣсь и прекрасныя слова проф Тальберга (l. c., I, 83) „Но частные недостатки Судебныхъ Уставовъ нисколько не подрываютъ значенія тѣхъ общихъ началъ, которыя положены въ осно-

Этотъ животворящій духъ заключается въ стремленіи создать изъ дореформенной Россіи правовое государство, ограничить всемогущество власти, поднять личность гражданина, сдѣлать эту личность равноправною стороною съ государствомъ во взаимномъ ихъ спорѣ, создать судъ, который былъ бы дѣйствительно безпристрастнымъ третьимъ въ этомъ спорѣ, и обставить дѣятельность суда наилучшими гарантіями законности.

Очевидно, что все это находилось въ самомъ непримиримомъ противорѣчіи съ устоями полицейскибюрократическаго государства. И вполнѣ естественно, что широко задуманныя реформы 60-хъ годовъ вызвали самое энергическое противодѣйствіе со стороны сильной и многочисленной партіи приверженцевъ стараго режима. Это противодѣйствіе отразилась уже на первоначальномъ текстѣ судебныхъ уставовъ (компромиссы, неполнота проведенія нѣкоторыхъ принциповъ и т. п.).

Совершенно справедливо замѣчаетъ г. Гессенъ: „Моментъ опубликованія основныхъ положеній судебнаго преобразованія несомнѣнно составляетъ поворотный пунктъ въ развитіи правительственныхъ стремленій къ проведенію назрѣвшихъ и всѣми сознанныхъ реформъ.... Съ этого момента начинается уже diminuendo, которое непрерывно идетъ вплоть до нашихъ дней и заканчивается комиссіей Н. В Муравьева для пересмотра законоположеній по судебной части, комиссіей, которая подводитъ окончательные итоги“? *).

Рядъ новеллъ, приникнутыхъ духомъ реакціи, начинается уже съ первыхъ дней существованія Судебныхъ Уставовъ. Нѣкоторыя изъ этихъ новеллъ представляютъ собою съ перваго взгляда мелочи, но на самомъ дѣлѣ эти мелочи въ высшей степени характерны Возьмемъ, напр, законъ 4 іюня 1869 года, предоставляющій многимъ высокопоставленнымъ лицамъ (въ томъ числѣ губернаторамъ и архіереямъ) право не являться въ засѣданія суда

ваніе этого законодательнаго памятника, онѣ остаются неизмѣнно правильными, какъ положенія, добытыя человѣчествомъ путемъ величайшихъ жертвъ и заблужденій въ прошломъ и пользующіяся общимъ признаніемъ во всемъ цивилизованномъ мірѣ Всякое посягательство на эти основныя положенія несомнѣнно свидѣтельствуетъ о понятномъ движеніи общественной мысли и упадкѣ правосудія въ странѣ“.

*) l. c, 107

въ качествѣ свидѣтелей, и требовать допроса на дому. Нечего и говорить, что законъ этотъ самымъ рѣзкимъ образомъ нарушаетъ великій принципъ равенства всѣхъ передъ судомъ во имя ложно понятаго принципа „престижа власти".

Далѣе слѣдуютъ многочисленныя изъятія дѣлъ изъ подсудности общихъ судовъ, сокращеніе компетенціи суда присяжныхъ, замѣна несмѣняемыхъ судебныхъ слѣдователей чиновниками министерства, превратившимися въ подчиненные органы прокуратуры, расширеніе права судебной администраціи ограничивать публичность судебныхъ засѣданій, ограниченіе правъ адвокатуры, смертельный ударъ принципу судейской несмѣняемости (законъ 20 мая 1885 г.) и наконецъ законъ 12 іюня 1889 (о земскихъ начальникахъ *).

Общая тенденція всѣхъ этихъ мѣръ заключалась въ томъ, чтобы превратить независимый судъ въ орудіе власти, а изъ судей сдѣлать чиновниковъ. Весьма характерной въ этимъ отношеніи является чрезвычайно продуктивная дѣятельность министерства юстиціи за послѣдніе 10 лѣтъ, направленная на внѣшнее уподобленіе судей чиновникамъ: многочисленность законовъ о „формѣ одежды чиновъ судебнаго вѣдомства" невольно поражаетъ наблюдателя. А насколько эта внѣшняя мѣра развращающимъ образомъ подѣйствовала на нравы судебнаго сословія, видно напр., изъ того, что на столбцахъ спеціальной юридической прессы стали появлятся статьи, принадлежащія перу судей, и посвященныя „вопросу".... о плечевыхъ знакахъ лицъ судебнаго вѣдомства. Увлеченіе форменной одеждой дошло до того, что очень многіе судьи начали носить эту одежду не только въ судебныхъ засѣданіяхъ, но и въ частной жизни (для прокуратуры такое явленіе сдѣлалось почти общимъ правиламъ), а судебное „начальство" стало даже рекомендовать такой порядокъ. Насколь-

*) Иногда законъ не отмѣнялся, но сопровождался рядомъ ограничительныхъ разъясненій и циркуляровъ, которые въ концѣ концовъ совершенно парализовали законъ, превращая его въ пустой звукъ. Такая судьба постигла напр. прекрасный законъ, выраженный въ ст. 10 и 11 уст. угол. судопр. Я нисколько не преувеличу, если скажу, что судья, который пожелалъ бы воспользоваться въ настоящее время предоставленнымъ ему закономъ правомъ и распорядился бы объ освобожденіи изъ тюрьмы незаконно арестованнаго, навлекъ бы на себя цѣлый рядъ серьезныхъ непріятностей, которыя относительно нѣкоторыхъ категорій арестованныхъ могли бы окончиться предложеніемъ выйти въ отставку (не говоря уже о томъ, что въ большинствѣ случаевъ его распоряженіе осталось бы неисполненнымъ)

ко важное значеніе „начальство“ придавало этому внѣшнему символу чиновничества, видно изъ того, что нѣкоторые окружные суды въ наказахъ для городскихъ судей „предписываютъ“ въ судебныхъ засѣданіяхъ обязательно „быть въ установленной формѣ“, и тѣ судьи, которые придерживались прежняго прекраснаго обычая мировыхъ судей—засѣдать въ партикулярномъ платьѣ, надѣвъ лишь судейскую цѣпь, навлекали на себя неудовольствіе „начальства“

Масса министерскихъ циркуляровъ развила и дополнила начала, заключающіяся въ указанныхъ выше новеллахъ, а общая политика министерства неизмѣнно шла въ строго-опредѣленномъ направленіи: создать изъ судебнаго вѣдомства іерархически-стройную бюрократическую систему, всецѣло подчиненную министру юстиціи и дѣйствующую по его указаніямъ. И политика эта увѣнчалась полнымъ успѣхомъ: „взгляды и воззрѣнія министерства“ сдѣлались руководящимъ принципомъ всей судебной дѣятельности страны. А такъ какъ эти взгляды и воззрѣнія представляли собою лишь отраженіе общей внутренней политики, направленной на усиленіе власти, политики, недовѣрчиво относящейся къ общественной самодѣятельности и не признававшей за личностью никакихъ правъ, кромѣ дарованныхъ ей всемогущимъ государствомъ, опекающимъ всѣхъ и вся, то вполнѣ естественно, что охрана законности и охрана правъ личности отошли въ судебной должности на второй планъ, уступивъ первый планъ „поддержанію престижа власти“ и „содѣйствію видамъ правительства“.

Судебная хроника переполнена примѣрами, доказывающими справедливость только что сказаннаго.

Мы видимъ предсѣдателя прибалтійскаго мироваго съѣзда, увлекающагося политикой обрусѣнія и по телеграфу сообщающаго попечителю учебнаго округа, что народный учитель не желалъ давать показаніе на русскомъ языкѣ. Мы видимъ старшаго предсѣдателя судебной палаты, находящаго, что для сыщиковъ существуетъ профессіональная тайна, и что поэтому сыщикъ, допрашиваемый въ качествѣ свидѣтеля и показавшій, что „по имѣющимся у него свѣдѣніямъ“ обвиняемые принадлежатъ къ опредѣленному преступному сообществу, не обязанъ отвѣчать на вопросы защиты: откуда свидѣтель имѣетъ эти свѣдѣнія и въ чемъ

они состоятъ? (а между тѣмъ такого рода показаніе кладется въ основу обвинительнаго приговора *).

Мы видимъ систематическое стѣсненіе правъ защиты въ процессахъ, гдѣ мало-мальски заинтересована власть. Мы видимъ рѣзкое и „начальственное" обращеніе предсѣдателей съ обвиняемыми и свидѣтелями. Мы видимъ предсѣдателя, грубо обрывающаго на каждомъ словѣ защитника, принадлежащаго къ сословію присяжныхъ повѣренныхъ, и приказывающаго вывести его изъ залы засѣданія**). Мы видимъ лихорадочную погоню за количествомъ обвинительныхъ приговоровъ, которые считаются лучшимъ мѣриломъ доброкачественности суда. Мы видимъ примѣры, когда судьямъ прямо рекомендуется избѣгать назначенія слишкомъ мягкихъ наказаній по извѣстнымъ дѣламъ. Мы видимъ, наконецъ, примѣры увольненія судей отъ должности вслѣдствіе сообщеній мѣстной администраціи, находящей, что дѣятельность судьи систематически подрываетъ престижъ власти***).

Позволю себѣ сдѣлать еще одну выписку изъ книги І. В. Гессена, ярко характеризующую печальное положеніе дѣла. Свидѣтельство г. Гессена тѣмъ болѣе цѣнно, что авторъ нижеприводимыхъ строкъ—не только юристъ-теоретикъ, но самъ непосредственно принималъ участіе въ судебной практикѣ въ провин-

---

*) „Право". 1905. № 7, стр. 510—511. Просто не вѣришь глазамъ, когда читаешь о такомъ нарушеніи азбучныхъ истинъ процесса, превращающемъ судъ въ орудіе правительства. И если это дѣлается старшимъ предсѣдателемъ палаты, сенаторомъ (И. К. Максимовичъ), т. е. человѣкомъ совершенно независимымъ, то насъ не должны особенно возмущать засѣданія городскаго судьи 1 уч. г. Пскова г. Тихонова, описанныя въ №№ 13 и 14 „Права" за текущій годъ (по дѣламъ объ избіеніи учащихся представителями „черной сотни"): и мотивы оправдательныхъ приговоровъ при полной доказанности обвиненія, и эта энергичная охрана престижа полиціи, неразрѣшеніе выяснить роль полиціи въ избіеніи, и эти совѣщанія судьи по телефону во время писанія приговора,—все это неизбѣжные результаты системы превращенія судей въ чиновниковъ, которыхъ завтра можно уволить за несогласіе ихъ дѣятельности съ „видами правительства". Само собою разумѣется, оправдать поведеніе такихъ судей нельзя, но тѣмъ не менѣе значительная часть вины должна быть отнесена на счетъ общаго бюрократическаго режима

**) До чего можно дойти въ этомъ направленіи, показываетъ прямо невѣроятный случай, зарегистрованный печатью недавно: предсѣдательствующій въ засѣдани харьковской судебной палаты г. Левенстимъ (авторъ нѣсколькихъ юридическихъ работъ) приказалъ вывести изъ зала засѣданія присяжнаго повѣреннаго, не пожелавшаго исполнить приказаніе снять крепъ съ адвокатскаго значка.

***) У меня имѣются двѣ огромныя папки, наполненныя примѣрами, характеризующими наши судебные порядки. Въ настоящей книгѣ я привожу лишь нѣкоторые, наиболѣе по моему мнѣнію рельефные, примѣры.

ціи, а въ послѣдствіи долго служилъ въ центральномъ управленіи министерства юстиціи помощникомъ юрисконсульта. „Вообще, пишетъ г. Гессенъ, министерство принимало самыя разнообразныя мѣры къ бюрократизаціи судебнаго вѣдомства, установленію іерархической подчиненности и усиленію вмѣшательства министра въ судебную жизнь. Подъ давленіемъ этихъ условій воззрѣнія постепенно такъ измѣнились, что въ 1885 г. Госуд. Совѣтъ исходилъ изъ того соображенія, что „находясь во главѣ судебнаго вѣдомства и неся отвѣтственность передъ Верховною властью за правильный ходъ правосудія въ Имперіи, министру юстиціи, очевидно, должно располагать вполнѣ достаточными способами къ устраненію усматриваемыхъ имъ въ дѣятельности судебныхъ чиновъ уклоненій отъ законнаго порядка". Въ этомъ направленіи въ 1872 г. министру юстиціи было предоставлено измѣнять правила о распредѣленіи занятій между судебными слѣдователями въ Петербургѣ. Законъ 20 мая 1885 г. предоставилъ министру юстиціи право требовать отъ чиновъ судебнаго вѣдомства доставленія нужныхъ ему свѣдѣній и объясненій письменно, а въ необходимыхъ случаяхъ также и личнаго представленія оныхъ, и дѣлать подлежащимъ лицамъ соотвѣтственныя указанія и напоминанія. Вмѣстѣ съ тѣмъ радикально измѣнено положеніе старшаго предсѣдателя судебной палаты, который изъ primus inter pares превращенъ въ мѣстное начальство Госуд. Совѣтъ призналъ, согласно съ представленіемъ министра юстиціи, что „надзирающая дѣятельность судебныхъ коллегій всегда соединена съ формальностями, неизбѣжно лишающими ея распоряженія надлежащихъ быстроты и рѣшительности". „Для усиленія надзора въ судебномъ вѣдомствѣ представлялось необходимымъ созданіе на мѣстахъ такихъ единоличной власти, которая была бы уполномочена прекращать усматриваемые безпорядки и дѣлать всѣмъ подчиненнымъ (характерно это опредѣленіе!) вызываемыя обстоятельствами указанія и напоминанія". Всѣмъ, хотя бы поверхностно знакомымъ съ судебной жизнью, хорошо извѣстно, къ чему привело на практикѣ установленіе этой „единоличной власти". Пріемная старшаго предсѣдателя это въ миніатюрѣ министерская пріемная; она полна судебныхъ чиновниковъ; одинъ представляется по случаю назначенія, другой благодаритъ, третій ходатайствуетъ о назначеніи, четвертый проситъ поддержать представленіе суда, ибо всѣ эти представленія проходятъ черезъ руки старшаго предсѣ-

дателя и безъ поклона никому не получить желаемаго назначенія (конечно если не имѣть непосредственной протекціи во всемогущемъ центральномъ управленіи)“ *).

Къ этому необходимо добавить для полноты картины, что нѣкоторые старшіе предсѣдатели заходятъ такъ далеко въ своемъ стремленіи осуществить идею быстрой и рѣшительной власти, что позволяютъ себѣ требовать личной явки судей для объясненій изъ другихъ городовъ, во время этихъ объясненій принимаютъ начальническій тонъ и даже даютъ указанія, какъ надо понимать и толковать извѣстный законъ **) Практика твердо установила обычай, по которому каждое должностное лицо судебнаго вѣдомства обязательно представляется старшему предсѣдателю по случаю назначенія на должность. Судья, который бы уклонился отъ исполненія этого обычая, рисковалъ бы навлечь на себя неудовольствіе. А громадное большинство судей представляется не только старшему предсѣдателю, но и прокорору палаты и даже прокурору окружнаго суда. Дальше казалось бы некуда идти, но жизнь показываетъ, что разъ ставши на почву чиновничества и преслѣдованія идеала іерархической подчиненности, судебная практика погружается все глубже и глубже въ эту засасывающую почву. И дѣйствительно, мы видимъ примѣры, что прокуроры судебныхъ палатъ вызываютъ къ себѣ на вокзалъ для ревизіи судебныхъ слѣдователей изъ камеръ ихъ, отстоящихъ за нѣсколько десятковъ верстъ отъ вокзала. А если бы слѣдователь отказалъ прокурору въ исполненіи такого незаконнаго требованія, онъ рисковалъ бы по доносу прокурора быть причисленнымъ къ министерству черезъ нѣсколько дней и притомъ безъ истребованія объясненій по содержанію доноса.

Такое господство принциповъ чиновничества самымъ печальнымъ образомъ отразилось на внутренней дѣятельности судовъ и на общемъ уровнѣ судебныхъ дѣятелей. Угрожающее пониженіе интеллектуальнаго уровня нашихъ судебныхъ дѣятелей обратило на себя

*) l. c, 151—152.

**) Извѣстны даже случаи, когда старшій предсѣдатель дошелъ до того, что заявилъ непокорному мировому судьѣ, не раздѣлявшему его „воззрѣній“, что не можетъ служить въ одномъ съ нимъ округѣ.

вниманіе и министерства юстиціи*). Большинство нашихъ судебныхъ практиковъ—люди съ узкимъ кругозоромъ, потерявшіе всякій интересъ къ наукѣ, альфу и омегу юридическихъ знаній видящіе въ тезисахъ изъ кассаціонныхъ рѣшеній, боящіеся всякой самостоятельной, нарушающей установившуюся рутину мысли, отвыкшіе (а сплошь и рядомъ—непривыкшіе) отъ серьезнаго чтенія, чуждые широкимъ духовнымъ интересамъ. Неудивительно, что судебныя мѣста большею частью обращаютъ вниманіе на формальную и внѣшнюю сторону дѣла и все больше проникаются бюрократическими идеалами. Заботы о возможно большемъ количествѣ оконченныхъ производствомъ дѣлъ, о возможно меньшемъ количествѣ остатковъ, объ исполненіи всѣхъ формальностей, объ исписаніи возможно большаго количества бумаги,—вотъ главныя заботы судовъ. Къ единоличнымъ, подвѣдомственнымъ судьямъ наши суды проявляютъ сплошь и рядомъ самое безотрадное отношеніе. Если судья показываетъ въ вѣдомостяхъ массу оконченныхъ дѣлъ, если дѣлопроизводство у него съ чисто-канцелярской, чиновнической точки зрѣнія безукоризненно, если въ каждомъ рѣшенномъ дѣлѣ находится много листовъ бумаги, исписанной судьею, наконецъ, если судья проявляетъ по отношенію къ надзирающей инстанціи почтительное настроеніе,—то, какую бы духовную бѣдность онъ ни обнаруживалъ, онъ можетъ быть увѣреннымъ въ томъ, что „карьера“ его обезпечена. Но если всего этого нѣтъ, то сколько бы нервовъ и работы судья не тратилъ на вдумчивое, серьезное отношеніе къ своимъ обязанностямъ, какъ бы онъ ни любилъ дѣло, какимъ бы интеллектомъ ни обладалъ, онъ всегда рискуетъ испытать на себѣ результаты недовольства имъ со стороны „начальства“.

До какой степени затемнилось у насъ понятіе судьи, до какой степени бюрократическіе принципы овладѣли нашей судебной жизнью, видно изъ слѣдующихъ примѣровъ. Одинъ окружный судъ потребовалъ отъ „подчиненнаго“ ему мирового судьи объясненія по поводу „неправильныхъ дѣйствій“, выразившихся въ томъ, что, получивъ отъ суда „предписаніе“, мировой судья написалъ отвѣтъ по содержанію „предписанія“ не на отдѣль-

*) Ср вышеприведенную работу проф. Дерюжинскаго.

номъ листѣ бумаги, а на оборотѣ „предписанія“ *). Другой окружный судъ потребовалъ объясненія (и даже вызвалъ изъ уѣзднаго города для личныхъ объясненій) отъ судебнаго слѣдователя за то, что послѣдній не представился губернатору; затѣмъ этотъ судъ разослалъ всѣмъ „подчиненнымъ“ ему слѣдователямъ, судьямъ и др. циркуляръ, въ которомъ „предписывалъ“ неукоснительно представлятся губернаторамъ „въ полной парадной формѣ“. Въ округѣ третьяго суда была установлена практика ежегодныхъ ревизій городскихъ судей; послѣ одной изъ этихъ ревизій окружный судъ потребовалъ отъ городского судьи объясненія по поводу того, что въ одной изъ графъ настольнаго реестра не было сдѣлано отмѣтки о томъ, что дѣло представлено въ окружный судъ; а когда городской судья отвѣтилъ, что онъ не въ состояніи провѣрять каждый шагъ своего письмоводителя, окружный судъ постановилъ признать объясненіе „неумѣстнымъ“ и „предписать судьѣ своевременно дѣлать въ настольныхъ реестрахъ надлежащія отмѣтки“.

---

*) Не могу не привести назидательнѣйшаго примѣра, свидѣтельствующаго, до какой степени можетъ помрачаться сознаніе у судебныхъ дѣятелей подъ вліяніемъ бюрократически—канцелярскихъ идеаловъ и преклоненія передъ бумажною дѣятельностью. Недавно одинъ окружный судъ, получивъ отъ мироваго судьи представленное имъ въ апелляціонномъ порядкѣ дѣло (жалоба была принесена и въ установленномъ порядкѣ, и въ установленный срокъ), возвратилъ мировому судьѣ дѣло и „предписалъ“. вызвать стороны въ засѣданіе и объявить имъ порядокъ и срокъ обжалованія того приговора, который и былъ обжалованъ надлежащимъ образомъ. Другими словами,—судья долженъ вызвать въ засѣданіе апеллятора и сказать ему: „объявляю вамъ, что вы имѣете право подать на мой приговоръ ту самую апелляціонную жалобу, которую вы уже подали два мѣсяца тому назадъ“. (Дѣло въ томъ, что въ протоколѣ у мироваго судьи не было отмѣтки объ объявленіи порядка и срока обжалованія).

Казалось бы, что разъ приговоръ обжалованъ въ законномъ порядкѣ, апелляціонному суду остается только разобрать дѣло по существу и тѣмъ дать удовлетвореніе интересамъ правосудія. Но нѣтъ, оказалось, что въ протоколѣ не сдѣлано отмѣтки (кстати сказать закономъ не предписанной), и интересы бумажнаго производства оказались выше интересовъ правосудія, судьѣ предписывается продѣлывать закону совершенно неизвѣстную, смѣшную и въ лучшемъ случаѣ безполезную (а если принять во вниманіе трату времени и для судьи, и для его канцеляріи, и для полиціи, и для сторонъ,—то и вредную) процедуру только для того, чтобы въ дѣлѣ появилась наконецъ та отмѣтка, важности которой высшая инстанція придаетъ такое большое значеніе. Мировой судья не нашелъ возможнымъ исполнить это предписаніе суда и послѣдній представилъ дѣло въ судебную палату для возбужденія противъ непокорнаго судьи дисциплинарнаго производства. Чѣмъ окончилось дѣло, мнѣ неизвѣстно, но во всякомъ случаѣ ко всей этой бумажной эпопеѣ изъ за отмѣтки прибавится нѣсколько главъ: требованіе отъ судьи объясненія, обсужденіе палатой дѣла, писаніе рѣшенія объявленіе этого рѣшенія судьѣ и т. д.

Нѣкоторые наказы для мировыхъ и городскихъ судей, составленные окружными судами, изобилуютъ статьями, доказывающими желаніе регламентировать каждый шагъ дѣятельности „подчиненныхъ“ судей, опутать эту дѣятельность цѣлою сѣтью правилъ, довести канцелярщину до апогея. Нерѣдко въ наказахъ можно встрѣтить требованія понимать въ опредѣленномъ смыслѣ тотъ или иной законъ*); тутъ уже „начальство“ вторгается даже въ сферу внутренней чисто-судейской дѣятельности, забывая, что никто не въ правѣ приказать судьѣ понимать и толковать законы такъ, а не иначе —Выработался даже особенный языкъ въ сношеніяхъ надзирающихъ коллегій съ „подчиненными“ имъ судьями: вѣжливая форма обращенія считается „несоотвѣствующей достоинству“ надзирающихъ коллегій, а поэтому стиль оффиціальныхъ бумагъ изобилуетъ словами „предписываетъ“, „немедлено и въ точности исполнить“, „немедлено донести“, „судъ даетъ вамъ знать“ и т. п. Курьезнѣе всего, что такой порядокъ замѣчается даже въ мировыхъ съѣздахъ; хотя членами ихъ является мировые судьи, но эти судьи сразу превращаются въ „начальство“ надъ своими товарищами, охотно „предписывая“ имъ „немедлено и въ точности исполнить требованіе съѣзда“. Принципы „субординаціи“ переносятся даже и въ личныя отношенія: нерѣдко члены суда требуютъ, чтобы „подчиненные“ суду должностныя лица проявляли

*) Напр, одинъ окружный судъ „разъяснилъ“ городскимъ судьямъ и „предписалъ принять къ неукоснительному руководству“ слѣдующее правило. Если судья получаетъ отъ частнаго обвинителя жалобу съ обвиненіемъ, не подкрѣпленнымъ никакими доказательствами, или съ обвиненіемъ въ дѣяніи, не заключающемъ въ себѣ признаковъ уголовно-наказуемаго проступка, то онъ не имѣетъ права прекращать производство дѣла, не привлекая никого въ качествѣ обвиняемаго, а обязанъ вызвать стороны въ засѣданіе и постановить оправдательный приговоръ. Для того, чтобы понять всю пикантность такого „разъясненія“, представимъ себѣ, что Иванъ подаетъ мировому судьѣ жалобу на Петра, живущаго за нѣсколько тысячъ верстъ, обвиняя его въ мошенничествѣ выразившемся въ томъ, что Петръ купилъ часы, обѣщая уплатить деньги завтра, и уѣхалъ не исполнивъ такого обѣщанія. Такъ какъ Иванъ требуетъ наказанія Петра за обманъ, то по теоріи окружнаго суда мировой судья обязанъ привлечь Петра въ качествѣ обвиняемаго, подвергнуть его приводу въ случаѣ неявки и объявить ему въ засѣданіи что весь этотъ рядъ стѣсненій и страданій причиненъ для того, чтобы постановить оправдательный приговоръ, причемъ Иванъ не можетъ подвергнуться даже послѣдствіямъ за недобросовѣстное обвиненіе, т к былъ глубоко убѣжденъ, что въ дѣяніи Петра есть признаки мошенничества Весьма назидательный образчикъ послѣдствій плохаго знанія теоріи процесса, не говоря уже о совершенно ложномъ воззрѣніи на сущность порядка надзора,

къ нимъ особый піэтетъ *), а встрѣчаются предсѣдатели, протягивающіе судебнымъ слѣдователямъ два пальца и обнаруживающіе весьма замѣтные симптомы ольяненія властью. Объ отношеніяхъ къ „младшей братіи“: кандидатамъ на судебныя должности, секретарямъ, ихъ помощникамъ и т. д. нечего и говорить. Лучшей иллюстраціей положенія этихъ судебныхъ дѣятелей можетъ служить заявленіе о своихъ нуждахъ, недавно сдѣланное кандидатами Петербургской судебной палаты: въ числѣ предъявленныхъ требованій находится... „вѣжливое обращеніе“ **).

Само собою разумѣется, что изъ всего описаннаго есть исключенія: есть вполнѣ культурные предсѣдатели, держащіе себя какъ primus inter pares, есть члены судебныхъ мѣстъ, ясно понимающіе разницу между судьей и чиновникомъ, есть совершенно интеллигентные судебные дѣятели (въ особенности стараго закала, эпохи введенія Судебныхъ Уставовъ), которыми можетъ гордиться наша магистратура. Но тѣмъ разительнѣе контрастъ, тѣмъ безотраднѣе общее впечатлѣніе отъ пониженія духовнаго уровня нашего судебнаго міра, отъ превращенія нашихъ судей въ чиновниковъ ***).

Главная причина всѣхъ этихъ печальныхъ явленій заключается въ коренныхъ порокахъ законовъ, относящихся къ организаціи судебной власти. А эти пороки въ свою очередь обусловливаются несовмѣстимостью основныхъ принциповъ судоустройства Судебныхъ Уставовъ 1864 съ основными принципами полицейски—бюрократическаго государства. Конечно, нельзя сразу измѣнить къ лучшему людей, измѣнивши соотвѣтственные законы; но нигдѣ быть можетъ такъ наглядно не обнаруживается справедливость положенія, что хорошія учрежденія воспитываютъ людей, какъ въ области отправленія правосудія.

Если даже взять судей, обладающихъ солидной общенаучной и спеціальной подготовкой, одушевленныхъ идеальными воззрѣ-

*) Я знаю примѣры, когда предсѣдательствующій членъ суда считалъ ниже своего достоинства спрашивать мнѣніе участвовавшаго въ засѣданіи добавочнаго мироваго судьи: онъ совѣщался лишь съ другимъ членомъ суда и только давалъ мировому судьѣ подписывать составленную и подписанную членами суда резолюцію.

**) Весьма характерно, что старшій предсѣдатель палаты г. Максимовичъ отрицательно отнесся къ желанію кандидатовъ организоваться и предложилъ выйти въ отставку тѣмъ, кто предалъ гласности такое его отношеніе. („Наша Жизнь“. 1905 г. № 110).

***) Можно, не боясь преувеличенія, сказать, что судебные дѣятели первыхъ лѣтъ судебной реформы и современные—это два совершенно различные общественные типа.

ніями на задачи правосудія и поставить ихъ въ такія условія, какія мы наблюдаемъ въ настоящее время у насъ, то можно съ увѣренностью сказать, что съ теченіемъ времени немногіе изъ этихъ судей останутся вѣрными идеалу судьи.

Уже одно чрезмѣрное обремененіе работой разрушительнымъ образомъ дѣйствуетъ на психику судей. Работа эта треплетъ нервы, требуетъ большаго напряженія силъ, почти не оставляетъ досуга, столь необходимаго и для продуктивности самой работы, и для поддержанія и дальнѣйшаго развитія духовной жизни судьи. При этомъ необходимо имѣть въ виду, что всѣ наши судьи (а единоличные въ особенности) исполняютъ такія работы, которыя въ сущности не относятся къ чисто судейскимъ обязанностямъ. Столь необходимымъ ежегоднымъ вакаціоннымъ временемъ могутъ пользоваться (да и то не въ достаточномъ количествѣ) только члены судовъ и палатъ: для единоличныхъ судей и судебныхъ слѣдователей, несущихъ на своихъ плечахъ несравненно бо́льшую часть работы, изнывающихъ отъ этой работы, вакаціи считается излишней роскошью.—Содержаніе нашихъ судей таково, что большинство, не имѣющее личныхъ средствъ, влачитъ почти нищенское существованіе; въ особенности это относится къ единоличнымъ судьямъ: здѣсь сплошь и рядомъ можно встрѣтить среди лицъ семейныхъ примѣры самой гнетущей, ужасающей нужды.

Насколько мало авторитетно поставленъ нашъ судъ по отношенію къ администраціи, видно изъ практики нашихъ единоличныхъ судей: полиція систематически не исполняетъ законныхъ требованій суда, это исполненіе служитъ сильнѣйшимъ тормазомъ отправленію правосудія и тѣмъ не менѣе виновные остаются безнаказанными *). Я уже упоминалъ о недоразумѣніяхъ, возника-

*) Въ высшей степени назидательно сравнить случай, разсказанный г Хрулевымъ на стр. 37—38 своей книги„ Судъ присяжныхъ. Очеркъ дѣятельности судовъ и судебныхъ порядковъ“. 1886, съ описаніемъ порядка англійскихъ выѣздныхъ сессій у Франкевилля (l. c II, 19—23)· получается впечатлѣніе двухъ діаметрально противоположныхъ порядковъ Торжественная встрѣча пріѣхавшихъ судей на вокзалѣ первымъ лицомъ графства—шерифомъ, окруженнымъ подчиненными ему должностными лицами; парадная карета, окруженная почетной стражей и предшествуемая оркестромъ трубачей, привозитъ судей въ домъ шерифа, гдѣ приготовлены квартиры; звонъ церковныхъ колоколовъ во время переѣзда съ вокзала на квартиру; при посѣщеніи судьями собора епископъ встрѣчаетъ ихъ на порогѣ; мэръ и шерифъ обязаны присутствовать при открытіи судебныхъ засѣданій; цѣлый рядъ знаковъ вниманія и уваженія во время

ющихъ по поводу представленія судей губернаторамъ. Чтобы еще болѣе рельефно подчеркнуть ненормальность положенія дѣла въ этомъ отношеніи, отмѣчу, что наша практика знаетъ случаи, когда для судей возникали непріятности по поводу нежеланія кланяться губернатору на улицѣ при встрѣчѣ; а хроника отмѣтила даже случай вызова губернаторомъ телеграммой къ себѣ для личныхъ объясненій городскаго судью изъ уѣзднаго города по поводу признанія судьей незаконнымъ утвержденнаго губернаторомъ обязательнаго постановленія (ст. 29 Уст. о иск.).

Ко всему этому надо прибавить самое важное: у насъ несмѣняемость судей превратилась въ пустой звукъ. По отношенію къ единоличнымъ судьямъ о несмѣняемости не можетъ быть и рѣчи уже въ силу самаго закона, и практика знаетъ случаи увольненія судей министромъ *даже безъ истребованія отъ нихъ объясненій*. Что же касается судей коллегіальныхъ судовъ, то несмѣняемость ихъ отмѣнена новеллой 20 мая 1885 г. Статью 295^2 Учр. Суд Уст. нельзя иначе и назвать, какъ отмѣной элементарнаго условія независимости судей: разъ существуетъ право увольненія судей въ дисциплинарномъ порядкѣ, принципъ несмѣняемости подрывается въ самомъ корнѣ. Только что сказанное сдѣлается еще болѣе несомнѣннымъ, если мы примемъ во вниманіе, что это право осуществляется даже не общимъ собраніемъ подлежащихъ департаментовъ Сената, а особымъ

продолженія сессіи. А вотъ описаніе у Хрулева: „Сессія была назначена въ одномъ глухомъ уѣздномъ городѣ на шесть дней. Предсѣдатель, предполагая выѣхать на сессію, заранѣе написалъ городскому головѣ и исправнику любезныя письма, въ которыхъ, указывая на отсутствіе помѣщеній для пріѣзжихъ, просилъ ихъ ихъ найти за какую угодно плату какое нибудь помѣщеніе изъ трехъ комнатъ, для членовъ суда и канцеляріи. Просьба эта была оставлена безъ вниманія и предсѣдатель, членъ суда и товарищъ прокурора остановились на грязномъ постояломъ дворѣ. Разумѣется, спать никто не могъ и, по обычаю, всѣ питались чаемъ и яйцами Къ концу сессіи отъ безсонницы членъ суда заболѣлъ, а предсѣдатель и товарищъ прокурора совсѣмъ расклеились. Въ послѣдній день сессіи предсѣдатель пригласилъ къ себѣ городскаго голову и заявилъ ему, что онъ, предсѣдатель, требуетъ отъ него, городскаго головы чтобы въ слѣдующій разъ была отведена за плату сколько нибудь удобная квартира для членовъ суда, т. к. въ противномъ случаѣ судъ не будетъ выѣзжать въ этотъ городъ, а будетъ разбирать дѣла въ смежномъ уѣздѣ. Голова, богатый купецъ-кулакъ, отвѣтилъ, что это не его дѣло отводить квартиры".—Мнѣ лично извѣстенъ случай, когда не состоялась выѣздная сессія окружнаго суда и судьи должны были вернуться домой, т. к. предсѣдатель уѣзднаго съѣзда за полчаса до начала засѣданія вошелъ въ залъ уѣзднаго съѣзда съ земскими начальниками и открылъ закрытое административное засѣданіе, заявивъ, что онъ хозяинъ помѣщенія и до суда ему нѣтъ никакого дѣла.

дисциплинарнымъ присутствіемъ, т. е. коллегіей несравненно меньшей по численности, а стало-быть гораздо болѣе подверженной различнымъ вліяніямъ со стороны правительства и гораздо менѣе авторитетной какъ въ глазахъ судей, такъ и въ глазахъ населенія. Кромѣ того столь эластичныя и неопредѣленныя указанія, какъ „предосудительные поступки“ (да еще „внѣ службы“), „несовмѣстимые съ достоинствомъ судейскаго званія“,— оставляютъ слишкомъ широкій просторъ для произвола*). До какихъ нелѣпостей можно доходить при опредѣленіи области „несовмѣстимаго съ достоинствомъ судейскаго званія“, видно изъ того, что у насъ признавали „несовмѣстимымъ“ (привожу лично мнѣ извѣстные примѣры): участіе въ концертѣ въ качествѣ исполнителя, сожительство съ женщиной не въ формѣ оффиціальнаго брака, нежеланіе жить вмѣстѣ со своею женой, отказъ жертвовать на патріотическія цѣли, нежеланіе посѣщать церковь, дружба съ такъ называемыми „политически неблагонадежными“ лицами, подписаніе петиціи группы интеллигентныхъ лицъ съ указаніемъ необходимыхъ реформъ. Всякіе комментаріи къ этимъ примѣрамъ, конечно, излишни.

Но самой ненормальной стороной нашихъ судебныхъ порядковъ является „Положеніе о земскихъ начальникахъ“, эта печаль-

*) Нельзя не привести здѣсь слѣдующихъ прекрасныхъ словъ изъ мотивовъ къ Судебнымъ Уставамъ: „Понятіе поступковъ, противныхъ добрымъ нравамъ, благопристойности и приличію, весьма широко и неопредѣлительно, допускаетъ различное толкованіе его различными лицами и мѣняется смотря по времени и мѣсту. Такъ, иной можетъ считать несоблюденіе постовъ, занятіе торговлей, знакомство съ людьми другого класса или другой вѣры, посѣщеніе театровъ и другихъ увеселительныхъ заведеній, несоблюденіе моды и проч поступками, противными добрымъ нравамъ, благопристойности и приличію Исторія представляетъ много разительныхъ примѣровъ, до какихъ странностей доходили люди, увлекавшіеся религіозными, національными или сословными предразсудками. Законодатель не имѣетъ права вмѣшиваться въ частную жизнь гражданъ, и за свои безнравственныя поступки они могутъ отвѣчать только передъ своею совѣстью или общественнымъ мнѣніемъ, но отнюдь не передъ государствомъ; мнѣніе, будто дисциплинарное производство есть ничто иное какъ домашній судъ, представляется по взгляду большинства коммиссіи невѣрнымъ такого суда закону неизвѣстно: судьи—люди взрослые и находятся между собою не въ родственныхъ отношеніяхъ а въ отношеніяхъ служебныхъ, часто внѣшнихъ. Конечно, между судьями, какъ и въ каждомъ сословіи можетъ образоваться свое общественное мнѣніе, порицающее тотъ или другой поступокъ того-либо изъ ихъ среды; но мнѣніе это должно дѣйствовать только нравственными средствами, а не наказаніями положительнаго закона“.

ная страница въ исторіи русскаго права, законъ, принесшій столько вреда интересамъ правосудія и такъ затормозившій развитіе чувства законности у населенія

Остановимся подробнѣе на томъ, что представляютъ собою судебно-административныя учрежденія, созданныя у насъ закономъ 12 іюля 1889 г. Этотъ законъ есть кульминаціонный пунктъ стремленій, враждебныхъ основнымъ принципамъ Судебныхъ Уставовъ, стремленій, исходящихъ изъ принципа несовмѣстимости независимаго отъ правительства суда съ существующимъ государственнымъ строемъ и видящихъ въ усиленіи административной власти универсальное средство отъ всѣхъ золъ.

Какъ это ни странно, но „Положеніе о земскихъ начальникахъ“ есть чистѣйшій плодъ кабинетной фантазіи, хотя, конечно, авторы этого закона имѣли въ виду однѣ лишь практическія цѣли и энергично протестовали-бы противъ отождествленія ихъ съ кабинетными теоретиками. Законъ 12 іюля 1889 г. есть типичнѣйшій примѣръ законодательныхъ построеній, совершенно оторванныхъ отъ почвы дѣйствительности и проникнутыхъ чисто-утопическими идеалами Въ то время какъ всѣ государственныя учрежденія расчитываются на среднихъ людей, законъ 12 іюля, окончательно разрывая связь съ наукой и съ вѣковымъ опытомъ культурныхъ народовъ, не считаясь съ психологіей, создаетъ должности, пригодныя лишь для людей идеальныхъ, безгрѣшныхъ, не нуждающихся ни въ какихъ сдержкахъ, ни въ какомъ контролѣ, ни въ какой спеціальной подготовкѣ.

Отрицательное отношеніе нашей науки къ закону 12 іюля 1889 г. хорошо извѣстно. Напомню отзывъ проф. Даневскаго*), назвавшаго созданнный этимъ закономъ судъ судомъ худшимъ, чѣмъ былъ нашъ старый дореформенный судъ, отрицательные отзывы проф. Фойницкаго**), проф Случевскаго***), проф. Энгельмана †), проф. Духовскаго †*), проф. Свѣшникова †**), проф. Кузьмина-Караваева †***).

*) „По поводу предстоящей реформы нашего судоустройства“. 1896. стр. 18.
**) Курсъ I, 55, 201. 202.
***) Учебникъ, 95—97.
†) Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства 1904
†*) Русскій уголовн процессъ, 1897, 56, 61 и др.
†**) Докладъ С.-Петербургскому юридич обществу 22 янв 1901 г
†***) id.

Не стану напоминать множества аналогичныхъ отзывовъ изъ нашей періодической печати, т. к. отзывы эти, не внося ничего новаго по существу, имѣютъ значеніе иллюстрацій, часто приводя изумительные факты изъ дѣятельности земскихъ начальниковъ, уѣздныхъ съѣздовъ и губернскихъ присутствій, факты, безусловно невозможные при мировомъ институтѣ.—Весьма характернымъ является то, что отрицательное отношеніе къ закону 12 іюля проявлялось и среди лицъ, принадлежащихъ къ административному элементу учрежденій, созданныхъ этимъ закономъ. Напримѣръ въ чрезвычайно интересной брошюрѣ „О земскихъ начальникахъ, ихъ съѣздахъ и дѣятельности сихъ учрежденій“ (1898 г.) г. Ж. Б. (бывшій предсѣдатель уѣзднаго съѣзда, предводитель дворянства) указываетъ на большой вредъ смѣшенія судебныхъ и административныхъ функцій въ одномъ лицѣ, на печальныя результаты отсутствія контроля Сената, на „безусловно“ несостоятельную дѣятельность губернскихъ присутствій, требуетъ изъятія судебной власти изъ вѣдѣнія земскихъ начальниковъ и другихъ реформъ, говоря, что „только скорымъ принятіемъ указанныхъ мѣръ можно остановить дальнѣйшее паденіе нравственности въ темномъ царствѣ деревни, гдѣ понятія о правѣ, о собственности, все болѣе, годъ отъ года расшатываются“.

Но только непосредственное личное знакомство съ внутреннею стороною судебно-административныхъ учрежденій можетъ дать полное понятіе о всѣхъ аномаліяхъ этого „суда“, можетъ выяснить всю опасность его для правовой жизни страны. Каждый кто обладаетъ такимъ знакомствомъ, долженъ сознаться, что общая картина получается въ высшей степени неприглядная, наводящая на самыя грустныя размышленія.

Постараюсь нарисовать эту картину въ общихъ чертахъ, приводя изрѣдка примѣры лишь въ видѣ иллюстраціи, т. к. если бы я привелъ всѣ, имѣющіеся въ моемъ распоряженіи случаи, то потребовался бы объемистый томъ. Конечно, я ограничусь только судебной стороною дѣятельности разсматриваемыхъ учрежденій, но считаю необходимымъ начать изложеніе двумя примѣрами изъ административной практики по поводу примѣненія знаменитой ст. 61 Положенія. 1) Въ журналѣ административнаго засѣданія К. уѣзднаго съѣзда 21 декабря 1890 г. № 13 ст. 1 значится прошеніе крестьянина Ив. Ш объ оштрафованія его земскимъ начальникомъ 4 уч. на 5 руб. „за неснятіе шапки“ (въ

прошеніи Ш. объясняетъ, что онъ былъ оштрафованъ за то, что снялъ шапку не на должномъ разстояніи, и проситъ съѣздъ разъяснить ему, на какомъ именно разстояніи надлежитъ снимать шапку передъ земскимъ начальникомъ?) Съѣздъ постановилъ: „на основаніи 61 и 64 ст. Положенія настоящую жалобу Ш. оставить безъ послѣдствій, о чемъ и объявить ему черезъ К. волостное правленіе, что же касается до разъясненій, просимыхъ имъ у съѣзда, то за таковыми приказать (!) ему немедленно (sic) отправиться къ земскому начальнику 4 уч.". 2) Земскій начальникъ 3 уч. Н. уѣзда запретилъ одному извѣстному въ мѣстечкѣ Н. кулаку давать деньги крестьянамъ подъ большіе проценты. Когда кулакъ вопреки этому распоряженію явился къ земскому начальнику съ исковымъ прошеніемъ и векселемъ ростовщическаго характера, земскій начальникъ вексель порвалъ, сдѣлалъ кулаку слишкомъ энергическое напоминаніе о своемъ приказѣ и посадилъ на три дня „въ холодную", говоря: „тебя тамъ клопы давно уже ожидаютъ".

Общій принципъ, проникающій эти и сотни подобныхъ примѣровъ, кажется, ясенъ. Это не самодурство (за единичными исключеніями), какъ утверждаютъ многіе, а отрицаніе за огромной массой населенія правъ гражданина, проявленіе взгляда на „низшія сословія", какъ на людей, нуждающихся въ самой мелочной и безпрерывной опекѣ, и которымъ опасно предоставить свободу дѣйствій. Въ сущности это лишь reducio ad absurdum того принципа, который лежитъ въ основѣ закона 12 іюля.

Опасенія теретиковъ, что земскіе начальники на свою судебную дѣятельность будутъ смотрѣть съ точки зрѣнія административныхъ интересовъ, блестяще оправдались. Проф. Даневскій *). указывая на то, что земскіе начальники неизбѣжно вносятъ въ судъ произволъ и пристрастіе, говоритъ, что по личному знакомству съ отправленіемъ правосудія многими земскими начальниками разныхъ губерній онъ рѣшительно утверждаетъ, что могъ бы привести дѣла, въ которыхъ эти судьи—администраторы оказывались лицепріятными въ пользу помѣщиковъ и другихъ лицъ привиллегированнаго сословія. Съ своей стороны я могу вполнѣ подтвердить эти слова г. Даневскаго, добавивъ, что такое лицепріятіе сплошь и рядомъ проявляется земскими начальниками еще

*) l. c., 17—18.

и въ дѣлахъ, гдѣ можетъ рѣчь идти о подержаніи „престижа власти". Для поддержанія этого престижа земскіе начальники выносятъ обвинительные приговоры на основаніи самыхъ призрачныхъ уликъ, стѣсняя право защиты до невѣроятной степени.

Впрочемъ, нельзя не замѣтить, что требовать отъ земскихъ начальниковъ, т. е. отъ административныхъ чиновниковъ, подчиненныхъ губернатору, критическаго и самостоятельнаго отношенія къ административнымъ распоряженіямъ, исходящимъ отъ губернатора или имъ утверждаемымъ (дѣла по 29 ст. Уст. о нак.), это значитъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ требовать почти геройства. Прибавимъ къ этому отсутствіе юридическаго образованія и вполнѣ естественное стремленіе административнаго чиновника толковать всякое сомнѣніе въ пользу администраціи, и мы поймемъ, что за ничтожными исключеніями привлеченіе кого либо (и въ особенности лица „низшихъ сословій") у земскаго начальника къ отвѣтственности по 29, 30, 31 и т. п. статей уст. о нак. равносильно осужденію. Превращеніе суда въ средство для административныхъ цѣлей красною нитью проходитъ черезъ всю дѣятельность судебно-административныхъ учрежденій. Какъ часты, напр., обвинительные приговоры, основанные единственно на томъ, что обвиняемый лично извѣстенъ земскому начальнику, какъ „вредный человѣкъ", отъ котораго надо избавить населеніе. Изъ массы примѣровъ, имѣющихся въ моемъ распоряженіи, укажу на осужденіе земскомъ начальникомъ 9 уч. Е. уѣзда крестьянина Х. въ тюрьму на годъ за конокрадство; приговоръ мотивированъ такъ: „обвиняемый не могъ представить никакихъ доказательствъ своей невиновности и кромѣ того вполнѣ извѣстенъ, какъ человѣкъ, безусловно испорченный и вредно вліяющій на мѣстное населеніе".

Интересна и техническая сторона производства судебныхъ дѣлъ у земскихъ начальниковъ. Это производство изобилуетъ самыми грубыми ошибками противъ элементарныхъ процессуальныхъ правилъ. Сплошь и рядомъ изъ приговора даже не видно, к т о, к ѣ м ъ и в ъ ч е м ъ и м е н н о обвинялся. Приговоръ—это хаотическая груда сырого матеріала, переписаннаго изъ дознанія, которое прислано земскому начальнику „на распоряженіе". Не имѣя никакихъ данныхъ не только для привлеченія кого—либо въ качествѣ обвиняемаго, но даже и для принятія дѣла къ производству, земскіе начальники вызываютъ всѣхъ, допрошенныхъ на

дознаніи лицъ, причемъ для вызова въ качествѣ обвиняемаго достаточно, чтобы кто—либо изъ вышеназванныхъ лицъ заявилъ, что подозрѣваетъ такого—то. Во время судебнаго слѣдствія свидѣтели нерѣдко превращаются въ обвиняемыхъ, и въ концѣ концовъ постановляется резолюція, не имѣющая ни логической, ни юридической связи съ остальною частью приговора. Отождествленіе „подозрѣнія“ съ „обвиненіемъ“, превращеніе судьи въ обвинителя, соединеніе въ одно дѣло 50-ти разныхъ дѣлъ только потому, что противъ всѣхъ обвиняемыхъ предъявлено обвиненіе по одной и той же статьѣ закона (производство дѣла и огульные обвинительные приговоры въ такихъ случаяхъ представляютъ собою типичные примѣры полевого суда), приводъ обвиняемаго безъ посылки ему установленной повѣстки, замѣна вызывныхъ повѣстокъ „приказами о явкѣ“, объявляемыми массѣ лицъ одновременно волостными урядниками, разбирательство дѣла съ допросомъ многочисленныхъ свидѣтелей при полномъ отсутствіи въ дѣлѣ обвинителя и обвиняемаго (дѣло „объ опознанной у такого-то лошади, принадлежащей такому-то“[1]) и тысячи подобныхъ техническихъ промаховъ представляютъ обычныя явленія у земскихъ начальниковъ. При этомъ очень характерно, что въ большинствѣ случаевъ земскіе начальники очень недружелюбно относятся ко всѣмъ „юридическимъ тонкостямъ“, сознавая нерѣдко, что эти „тонкости“ служатъ тормазами для проведенія административныхъ принциповъ.

Въ особенности бросаются въ глаза внѣшніе пріемы разбирательства дѣла и форма обращенія земскихъ начальниковъ съ участвующими въ дѣлахъ лицами. Здѣсь сплошь и рядомъ дѣло доходитъ до явнаго соблазна, доступнаго пониманію наиболѣе невѣжественнаго человѣка: „тыканіе“, возведенное въ принципъ, грубое и рѣзкое обращеніе съ лицами низшихъ сословій, желаніе осязательно показать, что земскій начальникъ есть власть „сильная“ и грозная,—все это является одной изъ важнѣйшихъ причинъ, почему именно народъ нигдѣ не считаетъ земскихъ начальниковъ судьями. Поэтому, напр., въ народѣ не возбуждаютъ особеннаго негодованія случаи, когда земскій начальникъ назначаетъ засѣданіе въ 9 часовъ утра, а самъ пріѣзжаетъ изъ своего имѣнія лишь къ 7 часамъ вечера, причемъ наказываетъ старосту за то, что тотъ позволилъ людямъ, вызваннымъ къ разбору дѣлъ, разойтись по домамъ.

Судебная дѣятельность земскихъ начальниковъ подчинена контролю уѣздныхъ съѣздовъ. которые служатъ апелляціонной, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и кассаціонной инстанціей. Казалось-бы, что этотъ контроль, порученный учрежденію, въ составъ котораго входятъ независимые отъ администраціи и обладающіе спеціальными знаніями судебные дѣятели, можетъ до нѣкоторой степени гарантировать законность, столь часто нарушаемую земскими начальниками.

На самомъ дѣлѣ оказывается, что контроль уѣздныхъ съѣздовъ и гарантіи, ими доставляемыя, болѣе чѣмъ недостаточны. Прежде всего нельзя забывать, что подавляющее большинство членовъ уѣзднаго съѣзда—это тѣ же земскіе начальники, проникнутые убѣжденіемъ, что отмѣнять постановленные ими приговоры это значитъ „ронять престижъ земскаго начальника передъ населеніемъ". Очень характернымъ является, что уѣздный членъ окружнаго суда (должность, созданнная исключительно для охраны законности въ съѣздахъ), т. е. опытный судья-юристъ, назначаемый верховною властью, спеціалистъ своего дѣла, уступаетъ первенство въ засѣданіяхъ предводителю дворянства, т. е. человѣку, стоящему ниже его въ отношеніи спеціальныхъ знаній, опыта, а сплошь и рядомъ—и общаго образованія. Проф. Даневскій*), указывая на ненормальность такого порядка вещей, говоритъ: „предсѣдатели тактичные и дорожащіе пользами суда, не стѣсняются проявлять скромность и воздавать каждому должное: они уступаютъ, сознавая принципіально пользу первенства уѣздныхъ членовъ, предсѣданіе этимъ послѣднимъ; другіе только изрѣдка, уступая давленіямъ и просьбамъ заинтересованныхъ, выступаютъ въ роли предсѣдателя по громкимъ и щекотливымъ дѣламъ. Но были и имѣются (и не мало къ сожалѣнію!) предводители, которые тоже par principe и слышать не хотятъ о предсѣданіи узурпаторовъ—уѣздныхъ членовъ". Само собою разумѣется, что предсѣдательствующій въ съѣздахъ предводитель дворянства сплошь и рядомъ совершаетъ грубѣйшіе техническіе промахи и проявляетъ полнѣйшую безпомощность въ процессуальныхъ вопросахъ.

Не буду останавливаться на бросающемся въ глаза „смѣшеніи языковъ", царствующемъ въ засѣданіяхъ уѣздныхъ съѣздовъ:

*) l. c., 26.

рядомъ съ начальственными окликами и „тыканіемъ“ предводителя дворянства и земскихъ начальниковъ, сторонамъ и свидѣтелямъ предлагаются вопросы и представителями судебнаго вѣдомства, проникнутые совершенно инымъ характеромъ и носящіе совершенно иную форму. Эта сторона засѣданій уѣздныхъ съѣздовъ при всей своей непріятности еще не такъ важна. Есть сторона болѣе важная, сторона внутренняя, и она то не только не искупаетъ внѣшніе недостатки, но напротивъ, главнымъ образомъ способствуетъ нарушенію принципа законности.

Обыкновенно судебная дѣятельность уѣздныхъ съѣздовъ бываетъ проникнута тѣми же административными принципами, какъ и дѣятельность земскихъ начальниковъ. „Поддержаніе престижа власти“, интересы дворянства и т. п. сплошь и рядомъ замѣняютъ собою тотъ принципъ, который долженъ исключительно и нераздѣльно царствовать въ судѣ,—принципъ законности. Опять таки, и здѣсь „юридическія тонкости“ лишь терпятся, какъ необходимое зло (да и то лишь благодаря присутствію судебныхъ дѣятелей), но если только представляется малѣйшая возможность оставить эти „тонкости“ въ сторонѣ, торжествуютъ излюбленные принципы усмотрѣнія и цѣлесообразности. Лично мнѣ извѣстно не мало примѣровъ, когда рѣшенія съѣздовъ такъ рѣзко не соотвѣтствовали обстоятельствамъ дѣла, что, порождали мысль, не явились ли предводители (съ надлежащимъ составомъ земскихъ начальниковъ) съ предвзятою цѣлью—постановить заранѣе точно опредѣленное рѣшеніе.

Еще характерная особенность въ дѣятельности уѣздныхъ съѣздовъ—безпорядокъ, отсутствіе какихъ бы то ни было твердыхъ и постоянныхъ правилъ для работы, привычка все дѣлать халатно, на авось, случайность, какъ главный факторъ дѣятельности *). И все это совершенно понятно, если принять во вниманіе разношерстность состава уѣздныхъ съѣздовъ, чисто механическую связь между его членами, отсутствіе гармоніи и любви къ дѣлу.

*) Справедливость требуетъ признать, что въ этомъ отношеніи дѣло стоитъ лучше въ тѣхъ мѣстностяхъ Россіи, гдѣ нѣтъ предводителей дворянства. Назначаемые безсрочно предсѣдатели уѣздныхъ съѣздовъ, какъ люди спеціально занятые своимъ дѣломъ и обладающіе по большей части извѣстной подготовкой, вносятъ въ дѣятельность съѣздовъ нѣкоторый порядокъ и опредѣленность. Но и здѣсь дѣлу очень мѣшаетъ раздвоеніе власти относительно судебнаго отдѣленія съѣзда между предсѣдателемъ и уѣзднымъ членомъ суда: не много есть такихъ предсѣдателей, которые сознаютъ пользу невмѣшательства своего въ судебное отдѣленіе и предоставляютъ это отдѣленіе уѣзднымъ членамъ.

Вотъ напр. составъ присутствія въ распорядительныхъ засѣданіяхъ, гдѣ разрѣшаются и нѣкоторые вопросы по судебнымъ дѣламъ: предсѣдатель—предводитель дворянства; члены: уѣздный членъ окружнаго суда, городской судья, почетные мировые судьи, уѣздный исправникъ, земскіе начальники.

Надобно пробыть нѣсколько лѣтъ въ положеніи судебнаго дѣятеля, вынужденнаго принимать участіе въ засѣданіяхъ уѣздныхъ съѣздовъ, чтобы понять всѣ тѣ нравственныя мученія, на которыя обреченъ этотъ дѣятель, чтобы понять его страстное желаніе поскорѣе оставить навсегда учрежденія, представляющія собою искаженіе великой идеи суда! Уже одно то, что мировые съѣзды состояли подъ авторитетнымъ контролемъ Сената, дѣлало невозможнымъ халатность, случайность и произволъ, господствующіе въ уѣздныхъ съѣздахъ. „Да вѣдь все равно дѣло пойдетъ въ губернское присутствіе: стоитъ ли особенно стараться, все равно ничего путнаго не выйдетъ!“—слышится вѣчно одинъ и тотъ же мотивъ изъ устъ и секретарей, и адвокатовъ, и тяжущихся, и судей, и даже, нерѣдко, земскихъ начальниковъ.

Перехожу къ едва ли не самой темной сторонѣ закона 12 іюля, къ организаціи кассаціоннаго суда. Съ понятіемъ кассаціоннаго суда каждый юристъ привыкъ связывать высшія и наиболѣе солидныя гарантіи законности, даваемыя верховнымъ судебнымъ учрежденіемъ, абсолютно независимымъ, обладающимъ огромнымъ авторитетомъ, знаніями и опытомъ для успѣшнаго выполненія такой тонкой, деликатной, сложной, трудной и отвѣтсовенной задачи, какъ кассаціонное разсмотрѣніе дѣла, какъ разъясненіе истиннаго смысла законовъ, разъясненіе, конечно, убѣждающее не только ratione imperii, но также imperio rationis.

Даже отдаленнѣйшаго намека на всѣ эти свойства кассаціоннаго суда мы не находимъ въ губернскихъ присутствіяхъ. Нѣсколько административныхъ чиновниковъ (при чисто случайномъ участіи одного судьи) подъ предсѣдательствомъ губернатора должны разъяснять истинный смыслъ законовъ, охранять законность и давать руководящія указанія для судебной практики въ наиболѣе жизненномъ, важномъ ея проявленіи. Безъ всякаго преувеличенія можно сказать, что губернское присутствіе представляетъ собою пародію на кассаціонный судъ.

Легко можно было предвидѣть послѣдствія этого искаженія идеи кассаціоннаго суда. Но дѣйствительность превзошла всякія

ожиданія. Оказалось, что губернскія присутствія не могутъ охранять законность даже въ самыхъ простѣйшихъ, элементарныхъ случаяхъ, когда для отмѣны рѣшенія апелляціоннаго суда не требуется юридическихъ знаній, когда апелляціонный судъ допустилъ недосмотръ, очевидный для каждаго, кто далъ бы себѣ трудъ только прочесть кассаціонную жалобу и также только прочесть статью закона, на которую сдѣлана ссылка въ жалобѣ, гдѣ стало быть не нужно никакихъ толкованій, никакихъ размышленій, а нужна чисто механическая работа исправленія описки. Чтобы не заслужить упрека въ черезчуръ сильномъ сгущеніи красокъ, укажу на знаменитый случай, опубликованный въ „Правѣ“ за 1900 г. въ № 33: благодаря явно ошибочному приговору К. уѣзднаго съѣзда, жалоба на который была оставлена безъ послѣдствій губернскимъ присутствіемъ, обвиняемый просидѣлъ въ тюрьмѣ шесть мѣсяцевъ, а потомъ вслѣдствіе отмѣны опредѣленія губ. присутствія Сенатомъ и новаго разбора дѣла по существу—былъ оправданъ.

Что подобные случаи не представляютъ ничего сверхъестественнаго для губернскихъ присутстій, легко убѣдиться при ближайшемъ ознакомленіи съ ихъ дѣятельностью. Напр., въ одномъ губернскомъ присутствіи былъ заведенъ такой „порядокъ“: дѣла вовсе не докладывались въ засѣданіяхъ, а печатные бланки резолюцій объ оставленіи кассаціонныхъ жалобъ безъ послѣдствій подписывались членами присутствія, не знакомыми съ дѣлами даже по заголовкамъ. Отмѣнялись лишь рѣшенія по тѣмъ дѣламъ, гдѣ имѣлись въ виду частныя ходатайства вліятельныхъ лицъ, или гдѣ опять таки частнымъ образомъ было сообщено кому слѣдуетъ, что въ дѣлѣ необходимо поддержать „престижъ власти“; въ такихъ случаяхъ на обложкѣ дѣла ставился условный знакъ и тогда секретарь подкладывалъ резолюціи объ отмѣнѣ рѣшенія. Въ другомъ губернскимъ присутствіи назначалось обыкновенно по 200 дѣлъ въ одно засѣданіе, которое продолжалось часъ или два. Эти цифры уже достаточно свидѣтельствуетъ объ основательности разсмотрѣнія дѣлъ. И дѣйствительно, подавляющее количество жалобъ оставлялось безъ послѣдствій, причемъ для такихъ случаевъ отпечатанъ былъ бланкъ съ однимъ мотивомъ: „не находя кассаціонныхъ поводовъ“. Для случаевъ отмѣны былъ напечатанъ другой бланкъ съ мотивомъ: „въ виду того, что съѣздъ не вошелъ въ разсмотрѣніе всѣхъ обстоятельствъ дѣла“.

Бываютъ примѣры иной мотивировки кассаціонныхъ рѣшеній, но сплошь и рядомъ эти примѣры едвали не хуже вышеприведенныхъ формулъ Вотъ образчики такихъ мотивовъ: „т. к. для состава мошенничества необходимы особыя приготовленія (!), наличность которыхъ съѣздомъ не установлена"; „т. к. всякое утвержденное надлежащею властью обязательное постановленіе земскаго собранія должно почитаться законнымъ, пока оно не отмѣнено Правительствующимъ Сенатомъ". Иногда попадаются такіе мотивы, что они кажутся по ошибкѣ попавшими изъ другаго дѣла, а только по заголовку изумленный читатель убѣждается, что губернское присутствіе имѣло въ виду данное дѣло.— Есть губернскія присутствія, гдѣ кассаціонныя рѣшенія излагаются очень подробно по формѣ: слушали (обстоятельства дѣла) приказали (мотивы), опредѣлили (резолюція), но эти подробныя рѣшенія большею частью свидѣтельствуютъ лишь о полной безпомощности губернскихъ присутствій обращаться съ вопросами права.

Любопытнѣе всего тѣ случаи, когда губернскимъ присутствіямъ приходится дать окончательное разрѣшеніе вопроса о законности или незаконности административныхъ распоряженій, за неисполненіе которыхъ обвиняемые привлекаются къ отвѣтственности по 29 ст. Уст. о нак. Если уже отъ земскихъ начальниковъ, какъ подчиненныхъ губернатору чиновниковъ, нельзя ожидать критическаго отношенія къ утвержденнымъ губернаторомъ постановленіямъ, то требовать, чтобы тотъ же губернаторъ, который раньше утвердилъ обязательное постановленіе, или, быть можетъ, самъ издалъ таковое, теперь, какъ предсѣдатель кассаціоннаго суда, отнесся къ нему безпристрастно, это значитъ требовать невозможнаго. Практика блестяще подверждаетъ это положеніе: сплошь и рядомъ постановленія, признанныя апелляціонной инстанціей незаконными, объявляются губернскимъ присутствіемъ законными. При этомъ случаи вызова къ себѣ земскихъ начальниковъ по поводу тѣхъ или иныхъ постановленныхъ ими приговоровъ (единолично, или въ качествѣ члена съѣзда) бываютъ очень часто, оканчиваясь соотвѣтствующими указаніями.

Если ко всему сказанному о современномъ состояніи правосудія въ Россіи мы прибавимъ, что даже въ практику Сената ино-

гда начинаютъ проникать начала, не имѣющія ничего общаго съ началомъ законности *), то мы будемъ имѣть право выставить слѣдующее положеніе: не смотря на то, что со дня опубликованія Судебныхъ Уставовъ прошло болѣе сорока лѣтъ**), не смотря на то, что за это время наука и жизнь далеко ушли впередъ и дали много цѣнныхъ указаній для дальнѣйшаго прогрессивнаго развитія нашего судебнаго права, наиболѣе прогрессивнымъ актомъ законодателя въ настоящее время была бы отмѣна почти всѣхъ законовъ, вышедшихъ послѣ 20 ноября 1864 года и возстановленіе Судебныхъ Уставовъ во всей ихъ первоначальной чистотѣ.

Сознаніе безусловной необходимости улучшенія существующихъ судебныхъ порядковъ привело къ образованію коммисіи Н. В. Муравьева, которой порученъ былъ полный пересмотръ Судебныхъ Уставовъ. Проектъ новыхъ судебныхъ уставовъ уже внесенъ на разсмотрѣніе Государственнаго Совѣта и Россія въ настоящій моментъ находится наканунѣ новой судебной реформы.

Къ оцѣнкѣ работъ коммисіи Н. В. Муравьева въ области судоустройства мы теперь и переходимъ.

---

*) Ср. напр. I. Гессенъ l. c., 191—219.

**) У насъ ежегодно 20 ноября бываетъ судебный праздникъ, но уже давно празднованіе годовщины созданія Судебныхъ Уставовъ потеряло въ сущности смыслъ; великолѣпное зданіе Судебныхъ Уставовъ представляетъ изъ себя въ настоящее время руину, ожидающую своего реставратора.

ГЛАВА II.

Отъ коммисіи Н. В. Муравьева общество ожидало многаго: оно ожидало очищенія нашихъ судебныхъ порядковъ отъ всѣхъ несвойственныхъ духу Судебныхъ Уставовъ элементовъ, возстановленія нарушенныхъ послѣдующими новеллами принциповъ и дальнѣйшаго развитія основныхъ началъ Уставовъ соотвѣтственно указаніямъ науки и практики за истекшія десятилѣтія.

Были очень серіозныя основанія для такихъ ожиданій. Въ лицѣ предсѣдателя коммисіи Н. В. Муравьева общество видѣло бывшаго университетскаго преподавателя и извѣстнаго почитателя Судебныхъ Уставовъ. Въ его работахъ мы читаемъ, напр., такое мѣсто: „Съ насъ довольно этой книги, малой по объему, великой по содержанію. Начала, въ ней проведенныя, такъ высоки и чисты, вліянія и послѣдствія ихъ такъ благодѣтельны для русской жизни, что дальше ихъ намъ незачѣмъ и некуда идти“*).

Работы коммисіи начинаются заявленіемъ, что „Судебные Уставы 20 ноября 1864 года, представляющіеся однимъ изъ знаменательнѣйшихъ памятниковъ славнаго царствованія Императора Александра II, кореннымъ образомъ измѣнили дѣйствовавшіе дотолѣ судебные порядки и внесли, безспорно, существеннѣйшія улучшенія въ нашъ судебный строй, возвысивъ судебную власть, обезпечивъ ей подлежащую самостоятельность и утвердивъ судъ скорый, правый, милостивый и равный для всѣхъ“**).

„Общею характеристическою задачею предстоящаго усовершенствованія и улучшенія судебной части“, читаемъ дальше,

---

*) Изъ прошлой дѣятельности. I, 77.

*) Объяснительная записка къ проекту новой редакціи учрежденія Судебныхъ установленій. 1900 I. 1. Въ дальнѣйшемъ я буду цитировать это важное изданіе такъ. „Об. Зап.“ съ указаніемъ соотвѣствующаго тома и страницы

„должно быть, такимъ образомъ, именно улучшеніе ея, а отнюдь не ломка и даже не реформа“ *). Въ частности, что касается судоустройства, коммисія признаетъ, что существуетъ извѣстныя непоколебимыя начала, „устои правосудія“, о которыхъ не можетъ быть принципіальнаго спора, и которыя должны лечь въ основу работъ пересмотра **).

Къ такимъ началамъ коммисія между прочимъ относитъ слѣдующія.

„п. 4) Судъ долженъ быть государственный, правительственный (?) и вмѣстѣ независимый отъ постороннихъ вліяній и давленій, такъ чтобы судья могъ исполнять свою обязанность, ничего не опасаясь и не руководствуясь и не стѣсняясь ничѣмъ инымъ, кромѣ закона, совѣсти и фактовъ“.

„п. 8) Государство, олицетворяемое правительствомъ, должно имѣть въ судѣ своего особаго представителя или агента, въ лицѣ прокурора—блюстителя законности (?) и органа публичнаго преслѣдованія преступленій“ ***).

Если оставить въ сторонѣ неправильность отождествленія понятій „государственный“ и „правительственный“ и весьма спорное положеніе о прокурорѣ, какъ блюстителѣ законности при судѣ,—то въ вышеприведенныхъ двухъ пунктахъ принципъ независимости—суда *и* отъ правительства выраженъ достаточно ясно. Въ самомъ дѣлѣ, если судья долженъ исполнять свои обязанности не руководствуясь ничѣмъ, кромѣ закона, совѣсти и фактовъ, если правительство имѣетъ при судѣ своего агента въ видѣ прокурора, то очевидно, что судьи никоимъ образомъ не могутъ быть также агентами правительства, не могутъ руководствоватся указаніями правительства.

Что коммиссія ясно понимаетъ кореннное различіе между судьею и чиновникомъ, видно изъ слѣдующаго мѣста: „Производство предварительныхъ слѣдствій поручается то слѣдователю облеченному правами судьи, то слѣдователю-чиновнику“ †).

---

*) Об. Зап. I 2.
**) ibid., 3, 5.
***) ib. 4.
†) ib., 10

„Выполненіе этой задачи“, читаемъ на стр. 57, „требуетъ прежде всего такой независимости судьи, которая дозволяла бы ему руководиться въ своихъ рѣшеніяхъ только закономъ и чувствомъ справедливости “

Коммиссія признаетъ первостепенную важность принципа судейской несмѣняемости*) и говоритъ, что „ограждающія независимость суда и самостоятельность судей постановленія закона, помѣщенныя въ раздѣлѣ о преимуществахъ судебной службы, подавали однако поводъ къ—вполнѣ впрочемъ неосновательнымъ—указаніямъ на несогласованность ихъ съ коренными основами нашего государственнаго строя.“

Яркими красками рисуя бѣдственное матеріальное положеніе массы нашихъ судебныхъ дѣятелей, коммиссія говоритъ: „Правильное отправленіе правосудія, составляющее одну изъ насущнѣйшихъ потребностей государства, возможно лишь при томъ условіи, когда личныя свойства дѣятелей, принадлежащихъ къ судебному сословію, соотвѣтствуютъ высокому ихъ призванію. Между тѣмъ для пополненія рядовъ судебнаго вѣдомства честными и способными дѣятелями необходимо, чтобы тяжелая и отвѣтственная ихъ служба давала имъ надлежащее обезпеченіе, соотвѣтствующее занимаемому ими общественнному положенію.... Дѣло успѣшнаго отправленія правосудія и связанные съ нимъ высшіе государственные интересы требуютъ поэтому, чтобы судебные чины въ смыслѣ матеріальнаго обезпеченія были поставлены въ такія условія, при которыхъ судебная служба привлекала бы по прежнему лучшія силы страны“ **).

Я не буду приводить дальнѣйшихъ примѣровъ, доказывающихъ, что коммиссія Н. В. Муравьева вполнѣ признавала правильность основныхъ принциповъ судоустройства, господствующихъ въ наукѣ, вполнѣ признавала и значеніе Судебныхъ Уставовъ 1864 года для правовой жизни Россіи.

Однако въ разсужденіяхъ коммиссіи иногда попадаются мѣста проникнутыя совершенно инымъ духомъ. Эти мѣста доказываютъ, что работы коммиссіи находились подъ вліяніемъ борьбы двухъ принципіально противоположныхъ порядковъ идей.

---

*) Стр. 283 и слѣд.

**) l. c., II, 353.

Наиболѣе характернымъ въ этомъ отношеніи мѣстомъ объяснительной записки является слѣдующее: „Призванное къ завѣдыванію дѣломъ правосудія и отвѣтственное за успѣшное его отправленіе, правительство несомнѣнно должно имѣть возможность вліять надлежащимъ образомъ на составъ лицъ, которымъ ввѣряется судебная власть, и направлять ихъ дѣятельность соотвѣтственно интересамъ цѣлаго государства, представителемъ котораго оно является“ *).

Въ связи съ этимъ положеніемъ находится и слѣдующее заявленіе министра юстиціи Муравьева: „Съ другой стороны, судъ, какъ одинъ изъ органовъ правительства, долженъ быть солидаренъ съ другими его органами во всѣхъ законныхъ ихъ дѣйствіяхъ и начинаніяхъ. На семъ основаніи онъ обязанъ оберегать не только существующій законный порядокъ, но и достоинство государства и его правительственной власти всюду, гдѣ это достоинство можетъ быть затронуто въ дѣлахъ судебнаго вѣдомства“ **).

Къ этому необходимо добавить, что даже нынѣ дѣйствующія постановленія о порядкѣ увольненія судей считались недостаточными. „При дѣйствіи означенныхъ постановленій правительство лишено достаточно сильныхъ средствъ къ немедленному водворенію въ судѣ нарушеннаго порядка или къ избавленію судебнаго вѣдомства отъ недостойныхъ дѣятелей“ ***).

Итакъ, съ одной стороны коммисія согласно съ требованіями науки признаетъ, что судья долженъ быть независимъ, несмѣняемъ и исполнять свои обязанности, не руководствуясь ничѣмъ, кромѣ закона, совѣсти и фактовъ, а съ другой—считаетъ необходимымъ вооружить правительство „достаточно сильными“ средствами для того, чтобы оно имѣло возможность „вліять надлежащимъ образомъ“ на судей и „направлять ихъ дѣятельность“, т. е. другими словами сдѣлать изъ суда орудіе власти.

Очевидно, такіе два діаметрально противоположные принципа не могли быть примиримы: одинъ изъ нихъ долженъ былъ восторжествовать и указать путь для всѣхъ работъ коммиссіи. Къ сожалѣнію восторжествовалъ второй принципъ и поэтому всѣ

*) Об. Зап. I, 54.

**) Истор. оч. мин. юст, 224—225.

***) Об. Зап., II, 284.

работы коммиссіи въ области судоустройства оказались пораженными кореннымъ и неизлѣчимымъ порокомъ.

Коммисія Н. В. Муравьева не только не очистила наше судебное законодательство отъ чуждыхъ духу Судебныхъ Уставовъ началъ, не только не сдѣлала ничего для прогрессивнаго развитія судебныхъ порядковъ въ области судоустройства, но наоборотъ—окончательно порвала съ традиціями Судебныхъ Уставовъ и упразднила основныя принципы этого памятника.

Разсмотрѣніе важнѣйшихъ сторонъ проектируемаго судоустройства послужитъ доказательствомъ только что сказаннаго.

Прежде всего нельзя не отмѣтить, что коммисія не сдѣлала ничего для прогрессивнаго развитія важнѣйшаго изъ началъ, характеризующихъ судебную власть, а именно начала единства и исключительности этой власти.

Въ этомъ отношеніи и Судебные Уставы 1864 года были далеко не безупречны: рядомъ съ общими судами они оставили съ одной стороны возможность наказаній, налагаемыхъ въ административномъ порядкѣ, а съ другой—существованіе спеціальныхъ судовъ (напр., военные, духовные). Нынѣ, когда за нѣсколько десятковъ лѣтъ правовая жизнь Россіи пошла такъ далеко впередъ, когда такъ поднялось общественное самосознаніе и когда практика обнаружила все страшное зло административныхъ взысканій и существованія полной безнаказанности напр. военныхъ благодаря подсудности ихъ военнымъ судамъ и за общія преступленія,—коммиссія, призванная къ коренному пересмотру судебнаго права, должна была, казалось бы, въ первую очередь заняться разсмотрѣніемъ этого животрепещущаго вопроса. Безъ единства и исключительности судебной власти, безъ строгаго и послѣдовательнаго проведенія принципа, по которому всякая стѣснительная мѣра, имѣющая характеръ наказанія, можетъ быть принята только судомъ, которому подсудны всѣ граждане безъ различія ихъ классовъ и профессій, не можетъ быть и рѣчи о твердомъ правовомъ порядкѣ. Всѣ благія пожеланія правительства, направленныя на обезпеченіе законности, на поднятіе достоинства личности и т. п., не достигнутъ своихъ цѣлей, пока у насъ будетъ продолжаться

порядокъ, по которому, напр., жандармскій офицеръ можетъ явиться къ гражданину ночью, арестовать и продержать его въ тюрьмѣ нѣсколько недѣль; весь составъ сотрудниковъ газеты можетъ оказаться безъ куска хлѣба вслѣдствіе прекращенія газеты администраціей; гражданинъ можетъ быть высланъ изъ предѣловъ губерніи мѣстною административною властью; офицеръ, убившій мирнаго гражданина, можетъ быть вполнѣ увѣренъ въ безнаказанности, т. к. отлично знаетъ, что его будетъ судить не общій для всѣхъ судъ, а военный; чиновникъ, совершившій вопіющее нарушеніе правъ гражданина, можетъ спать спокойно, т. к. знаетъ что привлеченіе его къ уголовной отвѣтственности не только не зависитъ отъ желанія потерпѣвшаго, но въ огромномъ большинствѣ случаевъ не зависитъ и отъ желанія прокуратуры и т. п.

Коммисія Н В. Муравьева даже не касалась вопроса о такой легко устранимой аномаліи нашего права, какъ судебная власть земскихъ начальниковъ. Вмѣсто всякихъ мотивовъ для оправданія такого съуженія своей задачи коммиссія говоритъ, что „въ кругъ задачъ ея не входитъ пересмотръ закона 12 іюля 1889 г., касающагося главнымъ образомъ министерства внутреннихъ дѣлъ“ *).

Такимъ образомъ коммисія, спеціально организованная для кореннаго пересмотра нашихъ с у д е б н ы х ъ порядковъ, находитъ, что изъятіе громадной массы населенія изъ подсудности органамъ судебной власти есть фактъ, обсуждать который она не вправѣ, какъ выходящій изъ сферы ея компетенціи. Нельзя не припомнить, что въ 1889 году при обсужденіи организаціи чисто административныхъ органовъ, нисколько не постѣснялись вручитъ этимъ органомъ судебныя функціи, т. е. войти въ сферу, „касающуюся“ уже не „главнымъ образомъ“, а и с к л ю ч и т е л ь н о министерства юстиціи.

Что касается другихъ вопросовъ, связанныхъ съ принципомъ единства и исключительности судебной власти, то въ работахъ коммиссіи Н. В. Муравьева нѣтъ ни малѣйшаго намека на попытки хотя бы ихъ постановки.

Но обратимся къ тому, чѣмъ занималась коммисія, и посмотримъ, что она сдѣлала для развитія самаго важнаго изъ основ-

*) Об. Зап., I. 15.

ныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ, а именно принципа независимости суда и самостоятельности судей.

Къ величайшему сожалѣнію въ этомъ отношеніи коммисія Н. В. Муравьева сдѣлала значительный шагъ назадъ даже по сравненію съ нынѣ существующими порядками. Мы видѣли, какіе успѣхи сдѣлало министерство юстиціи за послѣднее время въ дѣлѣ превращенія судей въ чиновниковъ и въ дѣлѣ обезпеченія себѣ возможности „вліять на составъ лицъ, коимъ ввѣряется судебная власть и направлять ихъ дѣятельность".

Проектъ новаго судоустройства ставитъ судей въ еще болѣе зависимое положеніе отъ министра юстиціи, чѣмъ они находятся въ настоящее время. Не касаясь пока единоличныхъ судей, посмотримъ, какія мѣры приняты для только что указанной цѣли по отношенію къ судьямъ коллегіальныхъ судовъ.

Прежде всего обращаетъ на себя вниманіе порядокъ назначенія судей. Проектъ удерживаетъ правило объ избраніи общими собраніями судебныхъ мѣстъ кандидатовъ на открывшуюся судейскую вакансію; онъ даже (ст. 273 и 275) старается внести въ дѣло избранія болѣе объективности. Но ст. 277 проекта сводитъ на нѣтъ всѣ постановленія объ избраніяхъ: эта статья гласитъ, что министръ юстиціи представляетъ Государю *или* указанныхъ судами кандидатовъ, *или* другихъ по своему усмотрѣнію. Между тѣмъ ст. 215 Учр. Суд. Уст. требуетъ, министръ представлялъ „*какъ* объ указанныхъ судебными мѣстами кандидатахъ, *такъ* и о другихъ и т. д.". Различіе, какъ видимъ, весьма существенное, имѣющее результатомъ полную зависимость отъ министра юстиціи дѣла назначенія судей.

Далѣе характерна ст. 306 проекта. Она трактуетъ объ упраздненіи судебныхъ должностей и объ оставленіи судей за штатомъ. Статья постановляетъ, что за штатомъ остается тотъ изъ судей сокращаемаго состава, который изъявитъ на то свое согласіе. Если же никто такого согласія не изъявляетъ, то оставленіе за штатомъ зависитъ отъ министра юстиціи. Среди членовъ коммиссіи нашлось только трое (В. А. Желеховскій, А. Ф. Кони и Н. Н. Мясоѣдовъ), которые не согласились съ проектируемымъ постановленіемъ и предлагали, чтобы за штатомъ оставался бы м л а д ш і й членъ сокращаемаго судебнаго мѣста *). Дѣйствитель-

*) Об. Зап, II, 313—315.

но такой порядокъ больше гарантировалъ бы судей отъ произвола и вносилъ бы въ дѣло объективность. Нельзя не замѣтить, что принципу независимости судьи не соотвѣтствуетъ правило ст. 334 проекта, по которому оставленный за штатомъ судья получаетъ „жалованье“ (т. е. часть содержанія) только въ теченіи двухъ лѣтъ. Если въ виду недостаточности средствъ нашего государственнаго казначейства у насъ представляется затруднительнымъ предоставленіе оставленнымъ за штатомъ судьямъ права получать пожизненно полное содержаніе, то слѣдовало бы по крайней мѣрѣ значительно увеличить сроки, опредѣливъ ихъ напр. въ десять лѣтъ, причемъ судья долженъ получать не только „жалованіе“, а все содержаніе, какое онъ получалъ по службѣ.

Слѣдующимъ постановленіемъ, направленнымъ на усиленіе власти министра юстиціи, является ст. 312 проекта. Эта статья предоставляетъ сенату право дѣлать предостереженія или замѣчанія цѣлому составу суда, а также отдѣльнымъ членамъ и единоличнымъ судьямъ, причемъ обязываетъ сенатъ сообщать копіи такихъ опредѣленій съ указаніемъ судей, коихъ они касаются, министру юстиціи.

Но наиболѣе важными постановленіями, направленными на ослабленіе самостоятельности судей и на усиленіе власти министра юстиціи, являются ст. 300, 302, 303 и 305 проекта.

Сравнительно съ нынѣ дѣйствующими постановленіями эти статьи вносятъ слѣдующія измѣненія. Право увольненія судей въ дисциплинарномъ порядкѣ (конечно, оставлены въ полной силѣ постановленія о внѣслужебныхъ поступкахъ судьи, „несовмѣстимыхъ съ достоинствомъ судейскаго званія“) проектируется передать соединенному присутствію перваго и „судебныхъ“ департаментовъ сената. Чтобы видѣть, на сколько этимъ уменьшаются гарантіи независимости судей, надо имѣть въ виду, что соединенное присутствіе перваго и судебныхъ департаментовъ состоитъ изъ семи сенаторовъ (ст. 60 проекта), между тѣмъ, какъ высшее дисциплинарное присутствіе, которому въ настоящее время принадлежитъ право увольненія судей, заключаетъ въ себѣ кромѣ этихъ семи сенаторовъ еще шесть, а именно: обоихъ первоприсутствующихъ кассаціонныхъ департаментовъ и четырехъ сенаторовъ тѣхъ-же департаментовъ (ст. 119[4] Учр. Суд. Уст.). Несомнѣнно, что такой составъ гораздо болѣе обезпечиваетъ без-

пристрастіе и объективность, и гораздо менѣе подверженъ вліяніямъ разнаго рода, чѣмъ составъ соединеннаго присутствія.

Но этимъ еще не ограничивается проектъ въ дѣлѣ уменьшенія гарантій независимости судей: постановленія соединеннаго присутствія повергаются черезъ министра юстиціи на благовоззрѣніе Императорскаго Величества (ст. 305 проекта). Казалось бы, что такой порядокъ представляетъ собою шагъ впередъ сравнительнаго съ дѣйствующимъ правомъ, увеличивая гаранціи независимости судей. Но при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается какъ разъ наоборотъ. Дѣло въ томъ, что на благовоззрѣніе Государя проектируется представлять не только постановленія, состоявшіяся *противъ* судьи (что было бы совершенно логично), но *всѣ вообще* постановленія. Такимъ образомъ сенатъ можетъ оправдать судью и тѣмъ не менѣе въ окончательномъ результатѣ этотъ судья будетъ уволенъ, т. к. министръ юстиціи при докладѣ Государю, отъ котораго при проектируемомъ порядкѣ будетъ зависѣть исходъ дѣла, имѣетъ полную возможность представить объясненія въ желательномъ для него смыслѣ.

Нынѣшній порядокъ, не смотря на то, что имъ въ корнѣ подрывается принципъ несмѣняемости, все таки несравненно лучше проектируемаго и гораздо больше обезпечиваетъ судью отъ произвольнаго увольненія: и составъ присутствія сената внушаетъ больше довѣрія, чѣмъ проектируемый, и *министръ не имѣетъ права испрашивать Высочайшее повелѣніе объ увольненіи судьи* Правда, коммиссія на этотъ счетъ держится противоположнаго мнѣнія. Вотъ что говоритъ она по поводу ст. 243 Учр. Суд. Уст. „*Само собою разумѣется*, что приведенное постановленіе ст. 243 Учр. Суд. Уст. ни въ чемъ не касается непосредственнаго проявленія Самодержавной воли. По самой сущности Самодержавнаго правленія въ Россійской Имперіи (ст. 1 и слѣд. Зак. Осн.) Монархъ Всероссійскій ограничивается только Собственною волею. Въ Законахъ Основныхъ изображены тѣ коренныя начала государственнаго управленія, которыя признала за благо установить сама Верховная власть; засимъ всѣ постановленія ограничительнаго характера, содержащіяся въ другихъ частяхъ свода законовъ, *имѣютъ въ виду исключительно органы правительства подчиненнаго*“ *).

*) Об. Зап. II, 285.

Въ приведенной цитатѣ не смотря на всю ея императивность и догматизмъ заключается одна изъ грубѣйшихъ ошибокъ, для юриста непростительныхъ: самодержавной образъ правленія смѣшивается съ чистѣйшимъ деспотизмомъ, не знающимъ никакихъ сдержекъ, не подчиненнымъ никакимъ правиламъ, руководящимся единственно капризомъ деспота. Утверждается вопреки элементарномъ положеніямъ общей теоріи права, что право не связываетъ верховную власть, что то, что является правомъ для подданныхъ, не есть вмѣстѣ съ тѣмъ право и для власти, что эта власть можетъ въ каждую данную минуту нарушить изданные ею законы. Въ частности коммисія Н. В. Муравьева забываетъ ст. 47, 1 п. 66, 73 и 77 Осн. Зак. Конечно, самодержавный монархъ ограничивается только собственною волею; конечно, онъ вправѣ завтра *отмѣнить* всякій изданный имъ законъ. Но пока такой отмѣны не послѣдовало, самодержавный монархъ ограниченъ изданнымъ закономъ и такъ же не имѣетъ права *нарушать* его, какъ и каждый изъ подданныхъ. Изъ того, что это положеніе не имѣетъ никакой „санкціи", вовсе не слѣдуетъ, что оно лишено правового характера. Вопреки мнѣнію коммиссіи необходимо признать, что по дѣйствующему праву Государь можетъ уволить судью не иначе, какъ путемъ изданія сепаратнаго закона за собственноручною подписью и что постановленіе ст. 243 Учр. Суд. Уст. имѣетъ въ виду не только органы правительства подчиненнаго, но и Государя Императора. Проектируемый же коммиссіей порядокъ дѣлаетъ возможнымъ увольненіе судей на основаніи обыкновеннаго доклада министра юстиціи и безъ тѣхъ гарантій, которыя даются изданіемъ сепаратнаго закона

Весьма характернымъ представляется помѣщеніе ст. 299 проекта, соотвѣтствующей ст. 243 Учр. Суд. Уст., не въ раздѣлѣ и преимуществахъ лицъ судебнаго вѣдомства, а въ раздѣлѣ „объ увольненіи отъ службы и перемѣщеніи". Напрасно коммиссія утверждаетъ, что „ст. 243 Учр. Суд. Уст. не устанавливаетъ какого либо особаго, привиллегированнаго положенія въ государствѣ для лицъ судейскаго званія" *): эта статья выражаетъ собою принципъ несмѣняемости судей, а т. к. принципъ несмѣняемости конструируется наукой какъ право судей, то и соотвѣтствук-

*) Об. Зап. II, 288

щій законъ (ст. 243) вполнѣ правильно помѣщенъ въ раздѣлѣ о правахъ и преимуществахъ лицъ судебнаго вѣдомства. Перенесеніе этого закона въ раздѣлъ объ увольненіи отъ службы свидѣтельствуетъ о совершенно своеобразномъ пониманіи принципа несмѣняемости: при такомъ пониманіи отъ принципа остается лишь пустой звукъ. Въ этомъ мы еще больше убѣдимся при разсмотрѣніи вопроса объ участковыхъ судьяхъ.

Прежде чѣмъ перейти къ этому важному вопросу, отмѣчу еще нѣсколько штриховъ, которыми коммиссія оттѣняетъ проводимый ею основной принципъ, столь несвойственный судейскому званію. Ст. 311 проекта подчеркиваетъ сходство судей съ чиновниками, постановляя (вопреки дѣйствующему праву), что судьи производятся въ чины „общеустановленнымъ порядкомъ“. Ст. 317 подробно трактуетъ о „старшинствѣ между лицами, занимающими одинаковыя должности въ судебныхъ мѣстахъ“. Ст. 339 тщательно выдѣляетъ предсѣдателей изъ числа лицъ, подлежащихъ надзору общихъ собраній судебныхъ мѣстъ. Наконецъ, ст. 27 и 52 въ отмѣну дѣйствующихъ постановленій бюрократизируютъ учрежденія, коимъ вверяется дисциплинарный надзоръ: вмѣсто общихъ собраній окружныхъ судовъ и палатъ проектъ передаетъ функціи надзора „дисциплинарнымъ присутствіямъ“, состоящимъ изъ предсѣдателей и товарищей предсѣдателя. Коммиссія слѣдующемъ образомъ мотивируетъ проектируемое нововведеніе. „Что касается засимъ порядка разсмотрѣнія дѣлъ по надзору въ судебныхъ палатахъ и окружныхъ судахъ, то въ семъ отношеніи коммиссія остановилась на томъ, что въ столь обширной коллегіи, каковою является общее собраніе окружнаго суда или судебной палаты, всегда ослабляется вниманіе отдѣльныхъ ея членовъ и въ значительной степени утрачивается чувство отвѣтственности за принимаемое коллегіей постановленіе. Независимо отъ того неизбѣжная измѣнчивость самаго состава засѣданій общаго собранія обусловливаетъ собою, какъ о томъ свидѣтельствуетъ практика, шаткость воззрѣній и препятствуетъ установленію прочныхъ традицій, а потому не можетъ не отражаться самымъ невыгоднымъ образомъ на общихъ результатахъ надзирающей дѣятельности судебнаго мѣста“ *).

*) Об. Зап. II, 339.

Произвольность утвержденій объ ослабленіи вниманія, объ утратѣ чувства отвѣтственности и препятствіи установленію традицій на столько очевидна, что не нуждается въ опроверженіяхъ. Если принять теорію „утраты чувства отвѣтственности, ослабленія вниманія и т. д.“, то западно-европейскіе парламенты, которымъ Европа такъ много обязана, должны быть вопреки свидѣтельству исторіи признаны учрежденіями ненормальными, способными произвести только вредные результаты; то же самое можно сказать о нашихъ земскихъ собраніяхъ. Противъ аргументовъ коммиссіи нельзя привести болѣе глубокихъ соображеній, чѣмъ слѣдующія замѣчанія шести членовъ коммиссіи, несогласившихся съ большинствомъ (В. А. Желеховскій, В. Р. Завадскій, А. Ф. Кони, кн. Н. А. Ливенъ, М. Ф. Люце и Н. Н. Мясоѣдовъ): „съ одной стороны, обсужденіе усмотрѣнныхъ неправильностей и упущеній въ полномъ составѣ судебной коллегіи наиболѣе обезпечиваетъ объективность и безпристрастіе въ разрѣшеніи этого рода дѣлъ и содѣйствуетъ установленію правильныхъ традицій, а съ другой—только постановленія всего состава суда или палаты могутъ представляться для подвѣдомственныхъ имъ органовъ вполнѣ авторитетными въ нравственномъ отношеніи“ *).

Если принять во вниманіе всѣ невзгоды проектируемой замѣны: отсутствіе авторитета у „начальствующей“ коллегіи, возможность административныхъ вліяній на ея постановленія, несоотвѣтствіе такого порядка принципу судебной автономіи, крайнее умаленіе гарантій основательности и безпристрастности разсмотрѣнія дѣлъ, умаленіе гарантій независимости судей, дѣйствія коихъ будутъ разсматриваться въ небольшой коллегіи лицъ, неизбѣжно проникнутыхъ извѣстными административными тенденціями,—то проектируемое нововведеніе нельзя не признать однимъ изъ наиболѣе неудачныхъ и идущихъ въ разрѣзъ съ основными началами Судебныхъ Уставовъ.

Переходимъ къ чрезвычайно важному вопросу, а именно къ организаціи т. наз. мѣстной юстиціи по проекту коммиссіи Н. В. Муравьева.

*) ib., 341.

Если мы припомнимъ теоретическія основы, относящіяся къ организаціи единоличнаго суда и изложенныя во второй части настоящей книги, то мы должны будемъ признать, что изъ всѣхъ европейскихъ законодательствъ къ англійскому типу единоличнаго суда наиболѣе приблизились Судебные Уставы въ своемъ институтѣ выборныхъ мировыхъ судей.

Для того, чтобы по достоинству оцѣнить этотъ замѣчательный институтъ и понять идею, лежавшую въ его основѣ, необходимо припомнить положеніе низшей юстиціи въ дореформенное время и главнаго представителя этой юстиціи—уѣзднаго судью, низко поставленнаго чиновника, зависящаго отъ губернатора, не пользующагося никакимъ авторитетомъ, получающаго содержанія 525 р. въ годъ*). И вотъ на смѣну этому „судьѣ“ является мировой судья Судебныхъ Уставовъ: особа V класса (т. е вмѣсто прежняго приниженнаго положенія судья поставленъ въ одномъ классѣ съ представителями высшей губернской администраціи), несмѣняемый, не только безусловно независимый отъ администраціи, но имѣющій право подвергать чиновъ полиціи дисциплинарному взысканію—предостереженіямъ, совершенно самостоятельный, обезпеченный содержаніемъ, которое законодатель не побоялся увеличить почти въ четыре раза сравнительно съ содержаніемъ прежняго уѣзднаго судьи. Всѣ находящіяся въ рукахъ его средства законодатель употребилъ для того, чтобы сдѣлать мироваго судью достойнымъ служителемъ правосудія. Кромѣ только что указанной, рѣзкой до дерзости (по тому времени) перемѣны во внѣшнемъ положеніи, законодатель проникнутъ заботами о соотвѣтствіи внутреннихъ условій внѣшнимъ: отъ кандидатовъ на должность мироваго судьи требуется высшее образованіе, и лишь за недостаткомъ таковаго—среднее, или опредѣленное число лѣтъ службы (необходимо не забывать состояніе нашей науки права въ то время и количества юристовъ). Мировые судьи должны быть избираемы всѣми сословіями изъ мѣстныхъ значительныхъ землевладѣльцевъ. Противъ принципа избранія можно многое сказать, но во всякомъ случѣ несомнѣнно, что если разсматривать этотъ принципъ въ связи съ исторической эпохой, то каждый противникъ его долженъ признать, что трудно было придумать

*) См. Замѣчанія о развитіи основныхъ положеній преобразованія судебной части въ Россіи. 1863 г. VI, 147—149.

болѣе благодѣтельное средство для возвышенія значенія мѣстной юстиціи, поднятія ея авторитета въ глазахъ народа и обезпеченія доступа въ ряды ея наиболѣе достойнымъ людямъ. Чрезвычайно важной мѣрой для обезпеченія авторитета и независимости мировой юстиціи было обособленіе ея отъ общей юстиціи: только въ контролѣ сената выражалось единство мироваго суда съ судомъ вообще.

И мировые судьи вполнѣ оправдали надежды законодателя, который за этотъ институтъ заслуживаетъ самой свѣтлой памяти въ исторіи русскаго права. Даже коммисія Н В Муравьева, намѣтившая къ окончательному упраздненію сохранившіеся обломки симпатичнаго института, признаетъ заслуги его „въ дѣлѣ водворенія въ народѣ началъ права и законности“, а также отмѣчаетъ, что „дѣятельность мировыхъ судебныхъ установленій въ означенныхъ мѣстностяхъ (т. е. тамъ, гдѣ они сохранились) представляется въ общемъ вполнѣ успѣшною“ *).

Съ теченіемъ времени обнаружились темныя стороны въ организаціи разсматриваемаго института. Прежде всего жизнь показала всю справедливость требованія науки, касающагося спеціально научной подготовки судей. Большое количество мировыхъ судей, въ особенности въ провинціи, благодаря отсутствію научно-юридической подготовки оказалось далеко не на высотѣ своего призванія: одного знанія мѣстныхъ условій, одного добраго желанія творить судъ по совѣсти оказалось далеко недостаточнымъ въ особенности въ болѣе или менѣе крупныхъ центрахъ. Далѣе, въ значительной степени подтвердились опасенія теоретиковъ о зависимости мировыхъ судей отъ избирателей. Цѣлый рядъ случаевъ неизбранія вполнѣ достойныхъ судей лишь благодаря вліянію недовольной партіи, случаевъ заискиванія судей передъ вожаками партій, и т. п. доказалъ, что принципъ независимости судьи плохо мирится съ избраніемъ на короткіе сроки. Въ связи съ этимъ находится замѣченное многими пониженіе нравственнаго уровня среди мировыхъ судей въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, въ особенности за послѣдніе годы существованія института, когда почти никто не хотѣлъ баллотироваться.

---

*) Об. Зап., II, 266.

Слѣдующимъ крупнымъ недостаткомъ явилась организація канцеляріи. Помимо естественнаго страха передъ всѣмъ, что напоминало прежній порядокъ съ его всесиліемъ канцеляріи, законодатель предполагалъ, что судопроизводство у мировыхъ судей будетъ въ высшей степени несложнымъ, простымъ, не требующимъ письменности. Поэтому онъ не считалъ нужнымъ учреждать должность секретаря при мировыхъ судьяхъ, находя, что для предполагаемой совершенно незначительной письменной работы достаточно вольнонаемныхъ писцовъ. Оказалось, что предположенія законодателя не оправдались, что канцеляріи мировыхъ судей сдѣлались очень важными учрежденіями, обремененными массой сложной и отвѣтственной работы, что работа эта выполнялась канцеляріей совершенно самостоятельно, т. к. въ огромномъ большинствѣ случаевъ судьи не имѣли никакой возможности не только принимать участіе въ канцелярскихъ занятіяхъ, но даже контролировать ихъ. Дѣлались иногда попытки заставить судей быть въ тоже время и своими секретарями, т. е. заставить ихъ болѣе активно относиться къ канцелярской работѣ, но всѣ циркуляры, всѣ „разъясненія“ и т. п. оставались лишь на бумагѣ: жизнь брала свое и неумолимо требовала учрежденія при мировыхъ судьяхъ штатной должности секретаря. Къ обнаруженнымъ недостаткамъ мироваго института нѣкоторые относятъ самое обособленіе его отъ общихъ судебныхъ мѣстъ. Утверждаютъ, что такое обособленіе 1) несоотвѣтствуетъ началу единства юстиціи, создавая два параллельныхъ порядка въ одномъ и томъ же судебномъ вѣдомствѣ и 2) недостаточно обезпечиваетъ правильный и дѣйствительный надзоръ за дѣятельностью мировыхъ судей, т. к. мировой съѣздъ, т. е. учрежденіе, составленное изъ тѣхъ же судей, неизбѣжно долженъ проявлять слабость надзора.

По поводу послѣдняго рода недостатковъ слѣдуетъ признать, что нападенія противниковъ мироваго института построены на весьма шаткихъ основаніяхъ: обособленіе мировой юстиціи способствуетъ возвышенію авторитета и независимости мировыхъ судей, а идея единства юстиціи вполнѣ обезпечивается сосредоточеніемъ въ сенатѣ дисциплинарнаго и кассаціоннаго надзора за всѣми судами. Что касается недостатковъ мироваго съѣзда въ качествѣ надзирающей инстанціи, то недостатки эти сильно преувеличены. Едва ли основательно утверждать, что мировые судьи склонны покрывать недостатки своихъ товарищей:

практика знаетъ цѣлый рядъ примѣровъ, доказывающихъ противное, доказывающихъ, что мировые съѣзды въ огромномъ большинствѣ случаевъ зорко слѣдятъ за тѣмъ, чтобы общій уровень мировой юстиціи находился на надлежащей высотѣ *). То обстоятельство, что апелляціонная инстанція организована на съѣздовомъ началѣ, имѣетъ громадную цѣнность: этимъ создается надежная гарантія противъ превращенія апелляціонной инстанціи въ „начальствующее“ учрежденіе, проникнутое чиновническими тенденціями; этимъ поднимается престижъ мировыхъ судей; этимъ, наконецъ, обезпечивается наличность у апелляціонной инстанціи всѣхъ знаній, необходимыхъ для основательнаго разрѣшенія дѣлъ мировой юстиціи, обезпечивается и столь необходимое единство практики.

Недостаткомъ въ организаціи мироваго съѣзда является то обстоятельство, что въ составѣ его нѣтъ ни одного члена, который былъ бы занятъ исключительно дѣлами съѣзда: и предсѣдатель, и непремѣнный членъ—это тѣже участковые мировые судьи, для которыхъ участіе въ съѣздѣ является дѣломъ второстепенымъ. Такой порядокъ отражается неблагопріятнымъ образомъ и на дѣлопроизводствѣ съѣзда, и на надзорѣ за канцеляріей **). Необходимо, чтобы предсѣдатель и непремѣный членъ избирались бы на опредѣленные сроки самими мировыми судьями и освобождались бы на это время отъ обязанностей участковыхъ мировыхъ судей.

По поводу остальныхъ недостатковъ мироваго института нельзя не замѣтить, что недостатки эти легко устранимы. Необходимо обусловить полученіе должности мироваго судьи наличностью высшаго юридическаго образованія и опредѣленнаго стажа. Необходимо учредить при мировыхъ судьяхъ должности штатныхъ секретарей. Что касается выборной системы, то прежде всего возникаетъ вопросъ: дѣйствительно ли эта система такъ неразрывно связана съ принципомъ *срочности* выборовъ? Почему не предположить, что избиратели, зная, что отъ ихъ выбора зависитъ безсрочное назначеніе въ ихъ округъ судьи, которому

*) Нельзя забывать, что правительство имѣетъ при мировыхъ съѣздахъ своихъ агентовъ въ лицѣ прокурорскаго надзора.

**) На это обстоятельство указано было еще въ ревизіи Петерб. Мир. Съѣзда, произведенной Ланге за три года,—1866, 1867 и 1868. См. „Отчетъ о ревизіи съѣзда и мировыхъ судей С.-Петербургскаго столичнаго мироваго съѣзда. Стр. 133—134.

будетъ ввѣрена охрана столь важныхъ правъ и интересовъ,—не отнесутся къ дѣлу избранія съ гораздо бо̀льшимъ вниманіемъ и объективностью, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда они знаютъ, что черезъ три года они могутъ забаллотировать неугоднаго имъ судью? Думается мнѣ, что принципъ избранія вовсе не находится въ такой зависимости отъ принципа срочности, какъ это утверждаетъ господствующее мнѣніе, и что поэтому въ виду чрезвычайной трудности для правительства найти столь большое количество лицъ для столь отвѣтственныхъ должностей, участіе общества въ выборѣ судей было бы весьма полезнымъ. Само собою разумѣется, что ни о какомъ имущественномъ, а тѣмъ болѣе о сословномъ цензѣ не можетъ быть и рѣчи: мѣстное общество должно имѣть право выбрать любое извѣстное ему лицо при условіи обладаніи этимъ лицомъ спеціальной подготовкой. Безсрочность выборовъ совершенно уничтожитъ зависимость судей отъ избирателей.

Вмѣсто того, чтобы произвести въ организаціи мироваго института указанныя улучшенія, наше законодательство упразднило этотъ институтъ (за исключеніемъ нѣсколькихъ городовъ) и замѣнило его слѣдующими четырьмя типами единоличныхъ судей *): уѣздный членъ окружнаго суда, мировой судья по назначенію отъ правительства двухъ (и даже трехъ, если принять во вниманіе Кавказъ) типовъ, и городской судья.

Ни одинъ изъ этихъ типовъ не можетъ удовлетворить тѣмъ требованіямъ, которыя предъявляетъ наука къ единоличному суду. Наибольшими гарантіями независимости и авторитетности обладаетъ уѣздный членъ окружнаго суда (назначеніе верховной властью, приличное седержаніе, относительная независимость), но должность эта представляется совершенно искусственной, съ весьма ограниченной компетенціей, (уголовная подсудность выражается лишь въ *нѣсколькихъ* статьяхъ уголовнаго кодекса) и въ качествѣ единоличнаго суда, какъ таковаго, имѣющей мало значенія. Центръ тяжести обязанностей уѣзднаго члена суда—работа въ уѣздномъ съѣздѣ.

*) Я разумѣю лишь судей, состоящихъ въ вѣдомствѣ министерства юстиціи, т. к. земскихъ начальниковъ судьями никто не считаетъ.

Мировой судья по назначенію отъ правительства перваго типа (Царство Польское, Юго-Западныя губерніи, Прибалтійскій край) напоминаетъ мироваго судью Судебныхъ Уставовъ лишь тѣмъ, что состоитъ въ V классѣ по должности и подчиненъ апелляціонной инстанціи, образованной на съѣздовомъ началѣ. Въ отличіе отъ мировыхъ судей Судебныхъ Уставовъ эти мировые судьи назначаются и увольняются министромъ юстиціи и подчинены надзору судебныхъ палатъ. Условія назначенія и увольненія превращаютъ этихъ судей въ чиновниковъ министерства юстиціи, а для иллюстраціи „независимости“ ихъ достаточно сказать, что практика знаетъ примѣры увольненія судей даже безъ истребованія отъ нихъ объясненія, знаетъ примѣры вызова къ себѣ судьи изъ другаго города старшимъ предсѣдателемъ для личныхъ объясненій, причемъ во время объясненій старшій предсѣдатель позволилъ себѣ говорить съ судьею рѣзко и доходилъ до того, что требовалъ объясненій по поводу признанія судьей допустимости необходимой обороны противъ должностныхъ лицъ.

Еще хуже обстоитъ дѣло съ мировыми судьями по назначенію втораго типа (Сибирь, Сѣверный край). Это—такіе же министерскіе чиновники, какъ и предыдущіе судьи, но 1) состоятъ въ VI классѣ, 2) подчинены окружнымъ судамъ въ качествѣ апелляціонной инстанціи и 3) совмѣщаютъ судейскія и слѣдовательскія функціи. Такимъ образомъ здѣсь нѣтъ даже тѣхъ слабыхъ гарантій авторитета и независимости, которыя существуютъ для мировыхъ судей предыдущаго типа (классъ должности, апелляціонная инстанція). Окружные суды, которымъ ближайшимъ образомъ подчинены разсматриваемые судьи, сплошь и рядомъ превращаютъ ихъ въ своихъ исполнительныхъ чиновниковъ, а слѣдственныя функціи ставятъ мировыхъ судей въ фактическую зависимость даже отъ прокуратуры. Насколько соединеніе судебныхъ и слѣдственныхъ функцій оказалось непригоднымъ, доказываетъ сама жизнь: въ нѣкоторыхъ большихъ городахъ Сибири существуютъ мировые судьи, которымъ поручены *исключительно* судебныя функціи.

Наконецъ городскіе судьи, замѣнившіе прежнихъ мировыхъ судей во всѣхъ городахъ тѣхъ многочисленныхъ губерній, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, суть низко поставленные (VI классъ) чиновники министерства юстиціи, оригиналь-

ность положенія коихъ заключается въ томъ, что въ порядкѣ надзора они подчинены окружному суду, а въ инстанціонномъ порядкѣ—уѣздному съѣзду и губернскому присутствію, т. е. административнымъ учрежденіямъ, состоящимъ въ вѣдомствѣ министерства внутреннихъ дѣлъ.

За исключеніемъ (до нѣкоторой степени) мировыхъ судей Царства Польскаго и Прибалтійскаго края и уѣздныхъ членовъ суда всѣ остальные судьи получаютъ крайне недостаточное содержаніе, что самымъ невыгоднымъ образомъ отражается на ихъ дѣятельности

На смѣну всѣхъ разнообразныхъ существующихъ типовъ единоличнаго судьи коммиссія Н В. Муравьева проектируетъ новый типъ судьи—участковаго судью.

Компетенція участковыхъ судей громадна. Въ гражданскомъ процессѣ имъ подсудны дѣла до 1000 руб, въ томъ числѣ и дѣла о недвижимости. Въ уголовномъ процессѣ къ участковымъ судьямъ переходитъ значительная часть дѣлъ, подсудныхъ нынѣ окружнымъ судамъ. Кромѣ того участковые судьи суть вмѣстѣ съ тѣмъ и судебные слѣдователи.

Остановимся немного на послѣднемъ обстоятельствѣ и посмотримъ, чѣмъ доказываетъ коммиссія необходимость столь неестественнаго совмѣщенія функцій, не смотря ни на прочно установленную въ наукѣ communis opinio, ни на отрицательные результаты опытовъ съ мировыми судьями Сибири *).

Разсматривая недостатки нынѣ существующихъ порядковъ по слѣдственной части, коммиссія сводитъ причины зла, поскольку онѣ зависятъ отъ организаціонныхъ правилъ,—къ тремъ главнымъ: 1) недостаточная подготовленность и опытность лицъ, которымъ поручаются слѣдственныя функціи; 2) чрезмѣрная об-

*) Предсѣдатель коммиссіи Н В. Муравьевъ въ 1886 году писалъ слѣдующее: „Вѣковой опытъ цивилизованнаго міра научилъ судебнаго законодателя, что въ одно и тоже время или одному и тому же лицу невозможно правильно и успѣшно вести судебное дѣлопроизводство, производить слѣдствіе, поддерживать преслѣдованіе, постановлять приговоры или рѣшенія. Для всякой изъ этихъ отраслей нужны особые органы, отсюда приуроченныя къ нимъ отдѣльныя судебныя должности, учрежденіемъ которыхъ устраняется вредное для правосудія смѣшеніе судебныхъ функцій“. „О судебной службѣ“. Юр. Вѣстн. 1886, X. стр. 241.

ширность слѣдственныхъ участковъ и 3) излишняя обремененность слѣдователей работой *).

По мнѣнію коммиссіи улучшить положеніе дѣла возможно двумя путями: 1) или увеличеніемъ числа судебныхъ слѣдователей, 2) или соединеніемъ въ одномъ лицѣ должности судьи и должности слѣдователя **).

Первый, казалось бы, самый раціональный путь, коммисія отвергаетъ по двумъ соображеніямъ: 1) увеличеніе числа судебныхъ слѣдователей повлечетъ за собою увеличеніе расходовъ казны и 2) увеличеніе числа слѣдователей повлекло бы за собою уменьшеніе слѣдственныхъ участковъ, а значитъ и уменьшеніе количества дѣлъ, приходящихся на каждаго слѣдователя. Второй аргументъ поражаетъ читателя своею несостоятельностью. На предыдущей страницѣ коммиссія находила, что главными причинами зла служатъ обширность слѣдственныхъ участковъ и обремененіе слѣдователей дѣлами, а когда возникаетъ вопросъ: не представляется ли поэтому необходимымъ увеличить число слѣдователей? коммиссія отвѣчаетъ: нѣтъ, потому что такая мѣра повлекла бы за собою уменьшеніе количества дѣлъ для каждаго слѣдователя.

Такимъ образомъ остается аргументъ чисто-финансоваго свойства, аргументъ непринципіальный, которымъ нельзя оправдать столь серіознаго нарушенія одного изъ основныхъ началъ Судебныхъ Уставовъ 1864 года, а именно—невозможности совмѣщенія въ одномъ и томъ же лицѣ двухъ судебныхъ должностей, невозможности, стоящей по словамъ составителей Судебныхъ Уставовъ, какъ мы видѣли выше,—„внѣ какого либо сомнѣнія“.

Кромѣ только что указаннаго нарушенія одного изъ основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ коммисія Н. В. Муравьева рѣшила упразднить институтъ судебныхъ слѣдователей, которому такъ много обязано правосудіе въ Россіи, институтъ, существующій болѣе сорока лѣтъ и не смотря на всѣ свои недостатки пользующійся уваженіемъ населенія. Конечно, наше предварительное слѣдствіе давало и даетъ слишкомъ много основательныхъ поводовъ для нареканій. Это—одно изъ больныхъ мѣстъ нашего уголовнаго процесса, и жизнь настоятельно требуетъ реформъ въ указанной области.

*) Об. Зап. II, 21 и слѣд.
*) Ibid.

Но Коммиссія привела далеко не всѣ причины существующаго зла. Среди организаціонныхъ причинъ наиболѣе важными представляются тѣ, о которыхъ коммиссія вовсе не говоритъ, а именно: 1) замѣна судебныхъ слѣдователей, созданныхъ Судебными Уставами, чиновниками министерства юстиціи, лишенными всякой самостоятельности; 2) слишкомъ широкія права прокуратуры въ области предварительнаго слѣдствія и 3) отсутствіе гарантій исполненія всѣми (и въ особенности полиціей) законныхъ требованій судебнаго слѣдователя. Каждому судебному практику извѣстно, что очень многіе изъ нашихъ „и. д. судебныхъ слѣдователей“ превратились въ чиновниковъ, фактически подчиненныхъ прокуратурѣ, стремящихся къ повышенію и надѣящихся достигнутъ его „обвинительнымъ“ характеромъ своей дѣятельности. Практика знаетъ случаи взятія слѣдователями обвиняемыхъ подъ стражу единственно потому, что слѣдователь не находилъ въ себѣ достаточно гражданскаго мужества не согласиться съ предложеніемъ прокурора о взятіи подъ стражу.

Условія русской жизни таковы, что долго еще будутъ дѣлать необходимымъ предварительное слѣдствіе на началахъ, созданныхъ Судебными Уставами. О публичности и состязательности предварительнаго слѣдствія, сколь бы симпатичными не представлялись эти начала въ теоріи, намъ долго еще нечего и думать: эти начала могутъ быть проведены только при англійскомъ типѣ предварительнаго слѣдствія, гдѣ судья играетъ чисто-судейскую роль и не принимаетъ участія въ собираніи доказательствъ; для континентальнаго слѣдователя, дѣйствующаго по личной иниціативѣ, обязаннаго создавать основной матеріалъ для дѣла, публичность и состязательность были бы началами, парализующими всю его дѣятельность. Тѣмъ болѣе необходимымъ представляется создать надлежащія гарантіи безпристрастія въ лицѣ слѣдователя, поставить его въ такія условія, при которомъ онъ могъ бы работать „не за страхъ, а за совѣсть“, при которыхъ дѣятельность его была бы свободна отъ всѣхъ тормазовъ. Конечно, уменьшеніе участковъ самымъ благодѣтельнымъ образомъ можетъ отразиться на качествѣ работы нашихъ судебныхъ слѣдователей, сплошь и рядомъ несущихъ поистинѣ каторжный трудъ при самой невозможной обстановкѣ *).

*) Ср. напр Я Городысскій. „Обстановка дѣятельности судебныхъ слѣдователей“ (Жур. Гр. и Уг. права 1884 г.), а также П. Обнинскій. „Законъ и бытъ“.

Но прежде всего необходимо сдѣлать судебнаго слѣдователя совершенно независимымъ между прочимъ и отъ прокуратуры, необходимо обезпечить самое точное и немедленное исполненіе его законныхъ требованій всѣми мѣстами и лицами, необходимо создать для слѣдователя такую обстановку, при которой онъ не стремился бы какъ можно скорѣе оставить должность. Если прибавить ко всему сказанному нѣкоторыя процессуальныя измѣненія, направленныя между прочимъ на бо́льшее обезпеченіе правъ и интересовъ обвиняемаго, на сокращеніе продолжительности предварительныхъ слѣдствій,—то всѣ темныя стороны разсматриваемаго института отошли бы въ область исторіи.

Рѣшившись (какъ мы видѣли—единственно на основаніи чисто финансовыхъ соображеній) упразднить должность судебнаго слѣдователя и соединить въ одномъ лицѣ судью и слѣдователя, коммисія Н. В. Муравьева должна была подвергнуть пересмотру вопросъ о совмѣщеніи функцій. „При ближайшемъ обсужденія проектируемаго порядка большинство членовъ коммиссіи остановилось прежде всего на томъ соображеніи, что указанное совмѣщеніе въ одномъ лицѣ судейскихъ и слѣдовательскихъ обязанностей, съ точки зрѣнія теоретической, не можетъ представлять въ существѣ дѣла тѣхъ затрудненій, которыя обыкновенно выставляются противъ такого совмѣстительства“ *).

Въ подтвержденіе правильности такого утвержденія коммиссія приводитъ слѣдующіе аргументы. 1) Обязанности низшихъ органовъ суда сравнительно просты, а потому отсутстіе спеціализаціи въ дѣятельности ихъ не должно отзываться вредными послѣдствіями на качествѣ ихъ работы **).

Въ этомъ аргументѣ заключается нѣсколько очень серіозныхъ ошибокъ. Прежде всего о простотѣ обязанностей „низшихъ“ органовъ суда можно говоритъ лишь съ весьма и весьма значительными оговорками: каждому практику извѣстно, что сплошь и рядомъ дѣла, рѣшаемыя единоличными судьями, бываютъ во много разъ сложнѣе и труднѣе дѣлъ, подсудныхъ „высшимъ“ судамъ. Кромѣ того не надо забывать о той громадной компетенціи, которая проектируется коммиссіей для участковыхъ судей. Далѣе

*) Об. Зап., II, 26.
**) ibid.

при соединеніи въ одномъ лицѣ обязанностей и судьи, и слѣдователя, во всякомъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи о „простотѣ“ обязанностей: однѣ слѣдственныя дѣла исключаютъ всякую возможность такой „простоты“. Наконецъ, выводъ коммиссіи, что отсутствіе спеціализаціи при простотѣ обязанностей не будетъ имѣть вредныхъ послѣдствій, представляетъ собою категорическое утвержденіе, рѣшительно ни на чемъ не основанное.

2) Второй аргументъ. Коммиссія не раздѣляетъ мнѣнія о коренномъ различіи слѣдовательскихъ и судейскихъ функцій, и находитъ, что и слѣдователь, и судья оперируютъ надъ однороднымъ матеріаломъ, при помощи „*почти*“ одного и того же процесса мышленія и методовъ. „Вся разница сводится лишь къ тому, что, собравъ доказательства, слѣдователь направляетъ дѣло, въ установленномъ порядкѣ, къ представителю обвинительной власти для дальнѣйшаго движенія, а судья—самъ рѣшаетъ его своимъ приговоромъ Въ предѣлахъ изслѣдованія слѣдователь въ сущности тотъ же уголовный судья, только сошедшій съ своего судейскаго кресла и дѣятельно самъ собирающій доказательства, вмѣсто того чтобы брать ихъ отъ обвиненія и защиты“ *).

Подчеркнутыми словами коммисія сама какъ нельзя лучше опровергаетъ свой второй аргументъ. То обстоятельство, что слѣдователь самъ „дѣятельно собираетъ доказательства“, т. е. въ своемъ лицѣ совмѣщаетъ и обвинителя, и защитника, и судью,—самымъ рѣзкимъ образомъ отличаетъ его отъ судьи, задачей котораго является лишь изученіе и оцѣнка доказательствъ, собранныхъ сторонами. Функціи судьи и слѣдователя совершенно различны и требуютъ различныхъ способностей, склонностей и пріемовъ работы. Соединеніе ихъ въ одномъ и томъ же лицѣ неизбѣжно повлечетъ за собою величайшую опасность для правосудія: судья—слѣдователь невольно будетъ вносить въ свою чисто судейскую работу пріемы слѣдователя, т. е. перестанетъ быть вполнѣ безпристрастнымъ третьимъ въ спорѣ между двумя сторонами. А между тѣмъ, еще и еще разъ повторяю,—поддержаніе обвинительнаго принципа во всей его чистотѣ должно быть одной изъ важнѣйшихъ задачъ уголовной политики: законодатель долженъ тщательно ограждать судью

*) Об. Зап II, 27.

отъ всего, что можетъ вредно повліять на его безпристрастіе, долженъ устранить судью отъ всѣхъ несвойственныхъ ему обязанностей. Къ этому необходимо добавить, что проектируемое соединеніе вредно отзовется и на независимости судьи, т. к. поставитъ его въ качествѣ слѣдователя въ фактическую зависимость отъ прокуратуры.

3) Третій аргументъ. Коммисія находитъ, что „для правильнаго и успѣшнаго хода правосудія имѣетъ существенное значеніе близкое знаніе судьею т о г о о б щ е с т в а, среди котораго онъ призванъ отправлять свою дѣятельность, т ѣ х ъ л и ц ъ, которыя предстаютъ передъ нимъ въ качествѣ обвиняемыхъ или потерпѣвшихъ, сторонъ или свидѣтелей по разсматриваемымъ имъ дѣламъ“ *). И конечно, тотъ судья будетъ лучше и полнѣе знать все это, кто имѣетъ дѣло съ мѣстнымъ населеніемъ и какъ судья, и какъ слѣдователь, кто въ качествѣ послѣдняго часто разъѣжаетъ по участку.

Аргументъ этотъ несостоятеленъ. Судья долженъ знать м ѣ с т н ы я у с л о в і я, это несомнѣнно; но слишкомъ близкое знаніе всѣхъ л и ц ъ, которыя являются къ нему въ камеру, не только не представляется необходимымъ для цѣлей правосудія, н о н е р ѣ д к о м о ж е т ъ п о в л е ч ь з а с о б о ю н е ж е л а т е л ь н ы е р е з у л ь т а т ы, с о з д а в ъ т о р м а з ы д л я о б ъ е к т и в н а г о, в п о л н ѣ б е з п р и с т р а с т н а г о о т н о ш е н і я к ъ д ѣ л у. Чѣмъ меньше судья знакомъ съ отдѣльными лицами, являющимися къ нему въ камеру, чѣмъ дальше онъ находится отъ сферы сплетенъ, интригъ, борьбы интересовъ—въ особенности въ провинціи,—тѣмъ больше гарантій, что онъ самъ невольно не будетъ вовлеченъ въ эту борьбу. Съ этой точки зрѣнія представляется гораздо болѣе цѣлесообразнымъ такой порядокъ, при которомъ судья постоянно живетъ въ какомъ нибудь крупномъ центрѣ и періодически объѣзжаетъ свой участокъ для разбора дѣла на мѣстѣ.

Такимъ образомъ мы видимъ, что всѣ аргументы, приводимые коммиссіей въ пользу проектируемаго совмѣщенія должностей, оказались не выдерживающими критики. Нельзя не согласиться съ особымъ мнѣніемъ четырехъ членовъ коммиссіи (В. Желеховскій, И. Закревскій, А. Кони и Н. Ливенъ), заявившихъ, что та-

*) ibid., 28.

кая мѣра, какъ отмѣна самостоятельнаго института судебныхъ слѣдователей и возложеніе производства предварительныхъ слѣдствій на участковыхъ судей, представляло бы коренное ухудшеніе существующаго судебнаго строя; на практикѣ эта мѣра несомнѣнно повлечетъ передачу всѣхъ неотложныхъ и на самомъ дѣлѣ важныхъ слѣдственныхъ дѣйствій въ руки полиціи,—что при современномъ составѣ и организаціи послѣдней должно быть признано крайне нежелательнымъ *).

Дѣйствительно, коммисія проектируетъ сокращеніе числа дѣлъ, по которымъ обязательно должно быть производимо предварительное слѣдствіе. Проектируется создать должности особыхъ околодочныхъ надзирателей и урядниковъ, выдержавшихъ соотвѣтствующій экзаменъ и поручить этимъ лицамъ по преимуществу производство дознаній (необходимо при этомъ имѣть въ виду, что проектируется во многихъ случаяхъ замѣнять предварительное слѣдствіе дознаніями).

О томъ, какой мутный источникъ представляетъ собою большинство нашихъ полицейскихъ дознаній, коммисіи Н. В. Муравьева хорошо извѣстно. Хотя и въ смягченномъ видѣ, она упоминаетъ о злоупотребленіяхъ полиціи при производствѣ дознаній, объ угрозахъ, истязаніяхъ, побояхъ, незаконныхъ лишеніяхъ свободы и т. п. возмутительныхъ явленіяхъ **).

Практика показываетъ, что за весьма рѣдкими исключеніями наша полиція, предоставленная самой себѣ, можетъ принести только одинъ вредъ правосудію. Полное отсутствіе элементарныхъ юридическихъ знаній ***), полное отсутствіе чувства законности,

---

*) Об Зап., II, 49—50.

**) Об Зап къ проекту Уст. Уг. Суд. II, 24 et passim.

***) Весьма характернымъ въ этомъ отношеніи является напр., слѣдующее. Сплошь и рядомъ не только низшіе полицейскіе чиновники, но и полиціймейстеры не могутъ понять различія ролей полиціи у мировыхъ судей и у судебныхъ слѣдователей. Отсюда полная безпомощность полицейскихъ чиновъ толково поставить обвиненіе и поддержать его на судѣ. Сплошь и рядомъ полиція шлетъ мировому судьѣ дознаніе „на распоряженіе“, или въ лучшемъ случаѣ „для привлеченія такого-то къ отвѣтственности“, ожидая, что судья самъ (къ сожалѣнію нѣкоторые судьи это дѣлаютъ) изучитъ безпорядочную кучу бумагъ дознанія, самъ опредѣлитъ, к т о и въ ч е м ъ и м е н н о обвиняется, какихъ свидѣтелей надо вызвать и т. п. Бываютъ примѣры, когда пристава, которымъ судьи по нѣскольку разъ возвращали дознанія для соблюденія требованій ст. 50 У. У. С., не смотря на все свое желаніе понять въ чемъ дѣло, все таки оказывались безпомощными въ роли обвинителей, оказывались неспособными въ нѣсколькихъ строкахъ кратко и ясно изложить сущность обвиненія и указать доказательства.

воспитанное долгой практикой презрѣніе къ правамъ личности, крайняя неразборчивость въ пріемахъ и средствахъ открытія „истины“ и т. п.,—все это давно уже дискредитировало полицію въ глазахъ общества и сдѣлала помощь ея дѣлу правосудія весьма сомнительной.

Нельзя ожидать какого бы то не было улучшенія дѣла отъ того, что нѣкоторые низшіе полицейскіе чины выдержатъ экзаменъ, удостовѣряющій наличность нѣсколькихъ азбучныхъ юридическихъ свѣдѣній: отъ того, что нѣсколько урядниковъ будутъ знать различіе гражданскаго иска отъ уголовнаго, наша полиція не сдѣлается лучшей.

Нельзя поэтому удивляться, что въ своемъ особомъ мнѣніи В. А. Желеховскій, рѣзко критикуя проектируемое расширеніе правъ полиціи въ предварительномъ слѣдствіи, говоритъ, что это „нововведеніе составляетъ положительный и рѣшительный шагъ назадъ, возвращающій насъ къ дореформеннымъ временамъ и порядкамъ“. „Отъ появленія полиціи въ роли слѣдователей пострадаютъ не только частныя лица, но и государство, т. к. подобное возвращеніе къ давно забытымъ порядкамъ несомнѣнно дискредитируетъ судъ въ глазахъ народа“. „Наиболѣе спеціальными и трудными изъ судейскихъ должностей почитаются должности слѣдователя и кассаціоннаго судьи. Если можно первыя возложить на урядниковъ, а послѣднія поручить лицамъ безъ всякаго юридическаго образованія (авторъ имѣетъ въ виду губернскія присутствія), то почему не передать административнымъ чинамъ, по примѣру дѣлъ мировой юстиціи, и болѣе легкія обязанности судей по существу и такимъ образомъ завершить циклъ судебныхъ преобразованій?“*).

Итакъ въ лицѣ проектируемаго участковаго судьи соединяются должности судьи съ громадной уголовной и гражданской компетенціей, и судебнаго слѣдователя. Коммиссія справедливо говоритъ, что „по серьезности интересовъ, которые затрогиваются дѣятельностью судебныхъ слѣдователей, къ лицу, занимающему подобную должность, необходимо предъявлять самыя строгія требованія“ **).

*) ibid. Приложеніе II.
*) Об. Зап II, 47.

Тѣмъ болѣе это справедливо, когда въ одномъ лицѣ соединяются двѣ столь важныя и отвѣтственныя должности. И коммиссія, очевидно, вполнѣ понимаетъ необходимость особенно тщательныхъ организаціонныхъ гарантій для участковыхъ судей. Она находитъ, что такому расширенію власти единоличныхъ органовъ мѣстнаго суда должно сопутствовать коренное измѣненіе всей организаціи сего суда*), что должность участковаго судьи будетъ представлять особо важное значеніе**).

Далѣе мы читаемъ, что участковому судьѣ, какъ органу, коему предположено ввѣрить охрану весьма существенныхъ интересовъ населенія, необходимо обезпечить прочное и независимое служебное положеніе***), для чего прежде всего слѣдуетъ распространить на участковыхъ судей начало судейской несмѣняемости †).

„Поставленіе участковыхъ судей въ такое служебное положеніе, при которомъ основательными представлялись бы опасенія относительно возможности посторонняго на нихъ вліянія, неминуемо понизило бы уровень самосознанія сихъ судей и ослабило бы авторитетъ и достоинство судебной власти среди мѣстнаго населенія. Высказывая поэтому убѣжденіе, что лишеніе участковыхъ судей должной независимости и самостоятельности вредно отразилось бы на ходѣ отправленія правосудія въ мѣстныхъ судебныхъ учрежденіяхъ, коммиссія находила, что единоличные судьи въ отношеніи условій увольненія ихъ отъ должности должны быть поставлены въ аналогичное положеніе съ прочими лицами судейскаго званія“ †*).

Всѣ эти разсужденія остались словами и никакого „коренного измѣненія“ въ единоличномъ судѣ коммиссія Н. В. Муравьева не произвела: ея участковые судьи—это низко поставленные чиновники министерства юстиціи, на которыхъ оно можетъ „вліять и направлять ихъ дѣятельность“.

Участковый судья назначается не Верховною Властью, а министромъ юстиціи (ст. 269 проекта). Такое нарушеніе одного изъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ 1864 г. и такое ничѣмъ

*) Об. Зап., I, 29.
**) ibid. II, 363.
***) ib., 290—291.
†) ib 48, 49.
†*) ib II, 290.

не оправдываемое выдѣленіе участковыхъ судей изъ всѣхъ „прочихъ лицъ судейскаго званія“, выдѣленіе въ смыслѣ пониженія авторитета и независимости, мотивируется коммисіей тѣмъ, что „авторитетъ власти министра юстиціи уже давно признанъ законодательствомъ безусловно достаточнымъ для того, чтобы въ зависимость отъ него было поставлено назначеніе единоличныхъ органовъ мѣстнаго суда *).

А между тѣмъ назначеніе единоличныхъ судей министромъ юстиціи, а не Государемъ, сдѣлалось господствующимъ въ нашемъ законодательствѣ лишь со времени реакціонныхъ реформъ конца 80-хъ годовъ прошлаго вѣка и справедливо порицалось лучшей частью нашей прессы, какъ мѣра, способная лишь умалить авторитетъ судей. Такимъ образомъ коммисія не только не сдѣлала ничего въ смыслѣ исправленія указаннаго недостатка нашего позднѣйшаго законодательства, но признала этотъ недостатокъ нормальнымъ явленіемъ.

Вторымъ недостаткомъ въ организаціи проектируемаго единоличнаго суда является низкій классъ должности, присвоенный участковому судьѣ (приложеніе къ ст. 319 проекта). Опять таки и здѣсь лишь со времени реформъ конца 80-хъ годовъ должности единоличнаго судьи сталъ присваиваться нашимъ законодательствомъ VI классъ вопреки одному изъ основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ 1864 г., столь заботливо избѣгавшихъ всего, что могло бы умалить авторитетъ судей и создать между ними неравенство въ служебномъ положеніи. Характерно, что проектъ, противорѣча себѣ, ставитъ почетныхъ судей, которые будутъ засѣдать въ одной коллегіи съ участковыми, въ V классъ; отъ почетныхъ судей не требуется ни спеціальной научной подготовки, ни стажа.

Но самымъ важнымъ недостаткомъ проектируемаго закона объ участковыхъ судьяхъ, недостаткомъ, окончательно превращающимъ этихъ судей въ чиновниковъ министерства юстиціи, является лишеніе участковыхъ судей права несмѣняемости.

Не смотря на вышеприведенныя разсужденія коммисіи о необходимости „распространенія на участковыхъ судей принципа судейской несмѣняемости“, ст. 305 проекта постановляетъ, что

*) ib, 61

участковые судьи могутъ быть увольняемы отъ должности въ дисциплинарномъ порядкѣ по постановленіямъ особаго присутствія консультаціи, при министерствѣ юстиціи учрежденной, причемъ постановленія консультаціи представляются на утвержденіе министра *).

Такимъ образомъ участковые судьи въ этомъ отношеніи лишаются даже и тѣхъ (значительно пониженныхъ сравнительно съ нынѣ существующими) гарантій, которыя даются соединеннымъ присутствіемъ сената. Едва ли можно говорить о самостоятельности консультаціи, имѣя въ виду зависимость членовъ ея отъ министра юстиціи, а если вспомнить, что постановленія консультаціи (хотя бы даже и благопріятныя для обвиняемаго судьи) представляются министру, отъ котораго зависитъ окончательное рѣшеніе вопроса, то нельзя не согласиться съ И. Закревскимъ, который въ своемъ особомъ мнѣніи **) называетъ гарантію, даваемую проектируемымъ для участковыхъ судей порядкомъ, гарантіей „нѣсколько фиктивнаго свойства". Прекрасно указываетъ въ своемъ особомъ мнѣніи А. Кони, что огромная компетенція участковаго судьи и его двойственныя функціи ставятъ его въ „непосредственное соприкосновеніе съ самыми живыми и насущными интересами населенія и могутъ дѣлать исполненіе имъ своихъ обязанностей предметомъ гораздо бо́льшаго и обостреннаго неудовольствія, чѣмъ это можетъ вызывать простая подача голоса со стороны члена окружнаго суда, входящаго въ составъ судебной коллегіи и увольняемаго лишь сенатомъ. Поэтому такой судья нуждается и лично для себя и въ глазахъ населенія въ не меньшемъ обезпеченіи устойчивости своего положенія, чѣмъ членъ окружнаго суда. Эта устойчивость придается судьѣ непререкаемымъ и исторически сложившимся авторитетомъ сената, который одинъ долженъ имѣть право увольненія судей разныхъ наименованій... Какъ бы ни былъ высокъ по своему служебному и нравственному достоинству составъ консультаціи, она такого авторитета имѣть не можетъ уже потому, что, входя въ составъ центральнаго управленія вѣдомствомъ и

*) Нельзя не отмѣтить какъ курьезъ, что среди членовъ коммисіи нашелся одинъ (К. А. Мальчевскій), предлагавшій право увольненія участковыхъ судей передать дисциплинарнымъ присутствіямъ судебныхъ палатъ· т. е. старшимъ предсѣдателямъ и предсѣдателямъ департаментовъ.

**) Об. Зап. II, приложеніе 12.

представляя собою по существу лишь совѣщательное установленіе, она не является тѣмъ высшимъ учрежденіемъ, коимъ по 2 ч. I т. св. зак. признается правительствующій сенатъ" *).

Посмотримъ, какіе доводы приводитъ коммисія въ пользу столь рѣзкаго нарушенія началъ теоріи судоустройства и одного изъ важнѣйшихъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ

„Высказывая убѣжденіе, что лишеніе участковыхъ судей должной независимости и самостоятельности вредно отразилось бы на ходѣ отправленія правосудія въ мѣстныхъ судебныхъ учрежденіяхъ", коммисія находитъ, „что при значительномъ числѣ участковыхъ и добавочныхъ судей и іерархическомъ ихъ положеніи (!) къ занятію упомянутыхъ должностей будутъ по необходимости призываться лица, только начинающія судебную дѣятельность. Поэтому нельзя не опасаться, что .. въ нѣкоторыхъ случаяхъ на должности эти могутъ быть назначены лица, не обладающія нужными нравственными и служебными качествами. Въ виду сего и отнюдь не отрицая необходимости обезпеченія участковымъ судьямъ, какъ органамъ, коимъ предположено ввѣрить охрану весьма существенныхъ интересовъ населенія,—прочнаго и независимаго служебнаго положенія, коммисія не могла однако же, при указанныхъ выше условіяхъ, не прійти къ заключенію о желательности облегчить возможность устраненія изъ среды участковыхъ судей лицъ, оказавшихся недостойными носимаго ими званія или неспособными къ отправленію возложенныхъ на иихъ обязанностей. По симъ соображеніямъ наиболѣе цѣлесообразнымъ представлялось бы разрѣшеніе вопроса объ удаленіи въ необходимыхъ случаяхъ участковыхъ судей отъ должности и возложить,—въ видахъ возможнаго упрощенія органовъ, обсуждающихъ соотвѣтствіе, или несоотвѣтствіе названныхъ должностныхъ лицъ занимаемому положенію, и съ цѣлью обезпеченія должной быстроты производства по симъ дѣламъ,—на консультацію, при министерствѣ юстиціи учрежденную" **).

Кромѣ того коммисія находитъ, что необходимо упростить и самый составъ этой консультаціи; поэтому проектируется образо-

*) Приложеніе 13.

**) Об. Зап. II, 290—291.

вать особое присутствіе консультаціи изъ восьми членовъ, причемъ четыре члена (оберъ-прокуроры) и директоръ втораго департамента) входятъ въ присутствіе по должности, а четыре „ежегодно назначаются для сего министромъ юстиціи“ *).

Нечего и говорить, что если безпристрастіе и независимость консультаціи можетъ возбуждать сомнѣнія, то относительно особаго присутствія этой консультаціи, указаннымъ способомъ организованнаго, эти сомнѣнія доходятъ до высшей степени.

Обращаясь къ ближайшему изученію только что приведенной аргументаціи, нельзя не прійти къ выводу, что она не выдерживаетъ самой снисходительной критики Прежде всего единственный аргументъ, коимъ коммисія оправдываетъ необходимость „упрощенія“ и „ускоренія“ производства объ увольненіи участковыхъ судей, а именно аргументъ о „начинающихъ судебную дѣятельность“ лицахъ, падаетъ, если мы обратимся къ той же объяснительной запискѣ**): тамъ мы читаемъ, что участковые судьи должны отказаться отъ надеждъ на скорое повышеніе, ибо таковое будетъ „чрезвычайно затруднительнымъ“. А если такъ, если судья уже прослужилъ въ своей должности нѣсколько лѣтъ, то не можетъ быть и рѣчи о „начинающихъ“

Такимъ образомъ остается „быстрота и простота“, какъ критеріи для оцѣнки порядка увольненія судей Въ жертву этимъ „началамъ“ приносится основной принципъ судоустройства,—несмѣняемость судей, принципъ, о которомъ такъ много говорится въ объяснительной запискѣ и говорится въ положительномъ смыслѣ. Путь въ высшей степени скользкій и опасный! Ставши на этотъ путь, коммисія Н. В. Муравьева пришла къ полному превращенію участковыхъ судей въ чиновниковъ министерства юстиціи, увольненіе которыхъ можетъ быть произведено въ высшей степени „быстро и просто“: какой нибудь прокуроръ судебной палаты, которому не понравился участковый судья, имѣетъ полную возможность безъ особыхъ хлопотъ добиться увольненія этого судьи. И если скажутъ, что проектируемый порядокъ даетъ судьямъ больше гарантій, чѣмъ нынѣ существующій, по которому судья можетъ быть уволенъ министромъ даже безъ истребованія объяс-

*) ib 291.

**) II, 359, 363

ненія, то на это можно отвѣтить вышеприведенными словами г. Закревскаго, что гарантія, даваемая особымъ присутствіемъ консультаціи, есть гарантія „нѣсколько фиктивнаго свойства“. При такой „гарантіи“ не можетъ быть и рѣчи о какомъ бы то ни было „прочномъ и независимомъ положеніи“.

Не надо быть пророкомъ, чтобы сказать, что должность участковаго судьи, должность чрезвычайно отвѣтственная, хлопотливая, требующая большаго напряженія силъ, будетъ при указанныхъ условіяхъ (отсутствіе независимости и авторитетности, фактическая зависимость даже отъ прокуратуры, полная возможность быть уволеннымъ по соображеніямъ чисто-административнаго свойства) представлять слишкомъ мало привлекательнаго. Люди независимые, любящіе дѣло правосудія, проникнутые идеалами Судебныхъ Уставовъ, будутъ уходить изъ судебнаго вѣдомства, а ряды магистратуры будутъ заполняться безличными чиновниками, готовыми покорно слѣдовать всѣмъ указаніямъ и вліяніямъ сверху.

Къ этому слѣдуетъ добавить, что участковымъ судьямъ проектируется незначительное содержаніе: 2400 руб. въ годъ (конечно, только на бумагѣ, если вспомнить о системѣ вычетовъ) и двѣ прибавки по 300 руб за каждые 5 лѣтъ службы. Если принять во вниманіе все увеличивающуюся дороговизну жизни и отсутствіе возможности скорыхъ повышеній для участковыхъ судей, то нельзя не найти такого содержанія и такихъ прибавокъ недостаточными: вѣдь и при нынѣшнихъ порядкахъ жизнь знаетъ массу случаевъ нищенскаго существованія даже членовъ окружныхъ судовъ (получающихъ до 3000 р.), не говоря уже объ единоличныхъ судьяхъ *).

Въ довершеніе всего при участковомъ судьѣ не предположена должность штатнаго секретаря. Ни теоретическія соображенія, ни единодушные отзывы практиковъ не были приняты коммисіей во вниманіе и она даже не поставила на обсужденія свое вопросъ о штатныхъ секретаряхъ при единоличныхъ судьяхъ. А между тѣмъ, если такіе секретари безусловно необходимы и при суще-

*) Въ своей работѣ „Судьи и судебные порядки“ (Юр. Вѣстн. 1884, IX) С. Хрулевъ, голосъ котораго очень важенъ, какъ голосъ практика (прокуроръ окр. суда), требуетъ, чтобы судьи, судебные слѣдователи и товарищи прокуроровъ получали 3500 р. и прибавки черезъ каждыя 5 лѣтъ

ствующихъ порядкахъ, то для проектируемыхъ участковыхъ судей съ ихъ огромной компетенціей и двойственными функціями отсутствіе штатныхъ секретарей самымъ пагубнымъ образомъ отзовется на дѣлѣ правосудія. Достаточно имѣть въ виду сибирскихъ мировыхъ судей, находящихся въ аналогичномъ положеніи съ проектируемыми участковыми судьями. Обремененные массой работы, получающіе скудное содержаніе, лишенные возможности содержать хорошую канцелярію въ виду крайней недостаточности отпускаемыхъ на это средствъ, они безъ штатнаго секретаря сплошь и рядомъ оказываются „какъ безъ рукъ", и весьма нерѣдки случаи, когда за недостаткомъ рабочихъ силъ канцеляріи и отсутствіемъ по какимъ бы то ни было причинамъ письмоводителя, въ камерахъ мировыхъ судей пріостанавливается дѣятельность на болѣе или менѣе продолжительное время

Въ результатѣ этого разсмотрѣнія проектируемой организаціи мѣстной юстиціи нельзя не прійти къ выводу, что институтъ участковыхъ судей, *эта основа всего судебнаго дѣла*, представляетъ собою значительное ухудшеніе нашего судебнаго строя и нарушеніе основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ 1864 года

Въ самой непосредственной связи съ только что разсмотрѣннымъ институтомъ находится проектируемое коммиссіей Н. В. Муравьева раздробленіе кассаціонныхъ функцій. Проектируется всѣ дѣла, подсудныя участковыхъ судьямъ, изъять изъ вѣдѣнія сената и передать въ кассаціонной инстанціи судебнымъ палатамъ, т. е. другими словами вмѣсто единаго кассаціоннаго суда учредить десятка полтора такихъ судовъ.

Проектируемыя реформа представляетъ собою новое коренное нарушеніе одного изъ основныхъ принциповъ теоріи судоустройства и одного изъ основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ 1864 года.

Какъ мы видѣли изъ второй части, необходимымъ признакомъ понятія кассаціоннаго суда, этого лучшаго созданія французскаго генія въ области судебнаго права, является: единство этого суда для всего государства и верховный надзоръ за всѣми суда-

ми, гарантирующій правильное и единообразное пониманіе и примѣненіе закона *).

Эта же идея легла въ основаніе учрежденія кассаціонныхъ департаментовъ нашего сената.

По смыслу основныхъ положеній о преобразованіи судебной части отмѣна окончательныхъ судебныхъ рѣшеній можетъ быть ввѣрена только кассаціоннымъ департаментамъ сената, учреждаемымъ съ тою именно цѣлью, чтобы охранить правильное и единообразное примѣненіе законовъ всѣми судебными мѣстами Имперіи" **).

Такая идея единаго верховнаго кассаціоннаго суда не была чѣмъ—то чуждымъ нашему праву, механически заимствованнымъ изъ Франціи. Петръ Великій, учреждая сенатъ, хотѣлъ именно создать въ немъ высшаго хранителя законности во всѣхъ отрасляхъ государственной дѣятельности. Сенатъ въ своихъ кассаціонныхъ департаментахъ „будетъ дѣйствительно верховнымъ мѣстомъ судебнаго управленія и охранителемъ истинной силы законовъ. Въ такомъ случаѣ сенатъ въ совокупности департаментовъ: кассаціонныхъ, перваго, межеваго и герольдіи будетъ вполнѣ сенатомъ правительствующимъ, и краеугольнымъ камнемъ въ зданіи Петровской Имперіи, въ томъ смыслѣ, какъ разумѣлъ это учрежденіе Великій его Основатель" ***).

Такимъ образомъ французская идея кассаціоннаго суда нашла въ родственномъ ей по духу Петровскомъ сенатѣ въ высшей степени благодарную почву, и въ результатѣ получилось учрежденіе, которымъ Россія имѣетъ право гордиться, какъ лучшимъ созданіемъ своего національнаго творчества. И если бы въ нынѣ существующую организацію сената внести нѣкоторыя поправки въ смыслѣ обезпеченія бо̀льшей независимости его отъ правитель-

*) L'assemblée constituante. voulant établir l'unité politique du pays et pour arriver á ce but, l'unité de legislation, chercha á réaliser l'unité de jurisprudence qui la complète et qui l'assure. Pour cela, elle institua un tribunal unique chargé de ramener perpétuellement á l'execution de la loi, les diverses parties de l'ordre judiciaire qui tendraient à s'en écarter, et de veiller à la conservation des lois et á leur application uniforme sur toute la territoire française. Elle organisa sous le nom de Tribunal de cassation, une juridiction, qui devait être unique, pour pouvoir adopter et imposer une seule jurisprudence. et sedentaire, pour que la cours de la justice n'y fût jamais interrompu" Garraud. Prècis. 1895. p 755

**) Журналъ соедин. департ государ. совѣта 1864 г. № 47. Стр. 17.

***) Журналъ соединенныхъ департам. госуд. совѣта о преобразованіи судебной части въ Россіи. 1862 г № 65, стр. 298

ства и избавленія отъ нѣкоторыхъ несвойственныхъ ему функцій, а съ другой стороны—расширенія компетенціи, то этотъ палладіумъ законности не оставлялъ бы желать ничего лучшаго: авторитетный надзоръ его проявлялся бы во всѣхъ безъ исключенія областяхъ примѣненія закона, а идея единства и исключительности судебной власти, уже и теперь до извѣстной степени воплощенная въ сенатѣ (напр, существованіе рядомъ съ кассаціонными перваго департамента, вѣдающаго и дѣла „административной юстиціи"), нашла бы себѣ вполнѣ законченное и совершенное выраженіе.

Огромная заслуга сената въ исторіи русскаго права не нуждается въ особомъ подчеркиваніи. Достаточно обратить вниманіе на то, что авторитетъ сената и увѣренность въ строгой законности его дѣйствій начинаетъ распространяться даже среди темной массы, чтобы сказать, что въ нашей государственной жизни сенатъ играетъ роль, до нѣкоторой степени аналогичную англійскому Habeas corpus act'y.

Въ частности гигантская работа кассаціонныхъ департаментовъ представляетъ собою въ высшей степени цѣнный вкладъ въ наше уголовное и гражданское право. И если подчасъ теоретики упрекаютъ практиковъ за ихъ исключительное преклоненіе передъ кассаціонными рѣшеніями, то съ другой стороны тѣ же теоретики должны признать, что въ этомъ преклоненіи есть значительная доля истины. Сенатскія разъясненія законовъ (въ особенности за первое время дѣятельности) по своей обстоятельности, тщательной и убѣдительной мотивировкѣ не оставляютъ желать ничего лучшаго: принципъ sic volo sic jubeo, столь чуждый суду, никогда въ видѣ обычнаго явленія не проводился сенатомъ.

Конечно, и въ сенатѣ бывали отступленія отъ указанныхъ началъ. Къ сожалѣнію за послѣднее время попадались рѣшенія, основанныя вовсе не на принципѣ строгой легальности, рѣшенія, вдохновленныя „соображеніями высшей политики"; бывали времена, когда сенатъ требовалъ отъ судовъ особаго піэтета къ своимъ рѣшеніямъ, требовалъ, чтобы эти рѣшенія принимались бы судами въ руководство, какъ законы—не imperio rationis, но ratione imperii. Но всѣ эти печальныя явленія находятся въ очевидномъ противорѣчіи и со свѣтлыми традиціями сената, и съ общимъ духомъ его дѣятельности.

Если принять во вниманіе указанную историческую роль сената, если имѣть въ виду исходный моментъ въ исторіи кассаціоннаго суда, опредѣляющій собою его природу, если не забыть, что истолкованіе истиннаго смысла законовъ въ связи съ объединеніемъ дѣятельности всѣхъ судовъ заключаетъ въ себѣ и законодательный моментъ, а слѣдовательно должно быть ввѣрено учрежденію, поставленному на соотвѣтствующей высотѣ, то логическимъ выводомъ изъ всего этого будетъ единый кассаціонный судъ для всего государства. Этотъ выводъ и былъ принятъ великимъ законодателемъ 1864 года и представляетъ собою одинъ изъ основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ.

Только что сказанное доказывается еще и слѣдующими соображеніями. Основная идея всей судебной организаціи по Судебнымъ Уставамъ—желаніе создать судъ безусловно независимый, самостоятельный и авторитетный. Средствами для этой цѣли кромѣ несмѣняемости судей, ихъ высокаго служебнаго положенія и т. п. были: автономія судовъ, исключительно судебный надзоръ за ними и тщательное охраненіе судебныхъ мѣстъ отъ всего, что могло бы такъ или иначе умалить ихъ достоинство.—Если принять во вниманіе, что отмѣна окончательнаго судебнаго приговора, предписаніе разобрать дѣло вновь и разъясненіе (обязательное) при этомъ истиннаго смысла закона есть актъ чрезвычайной важности, съ которымъ никоимъ образомъ не можетъ сравниться перевершеніе дѣла апелляціонной инстанціей *), и что такое разъясненіе, для того, чтобы быть авторитетнымъ и не умалять достоинства суда, должно исходить отъ весьма высоко поставленнаго учрежденія, каковымъ не можетъ считаться судебная палата,—то отсюда также вытекаетъ необходимость единаго верховнаго кассаціоннаго суда. Не даромъ составители Судебныхъ Уставовъ говорили: „Предоставить отмѣну приговоровъ мировыхъ съѣздовъ судебнымъ палатамъ значило бы уклониться отъ этой цѣли“ (т. е. охраны правильнаго и единообразнаго примѣненія законовъ) „и допустить столько же различныхъ толкованій закона, сколько будетъ палатъ. Отмѣна окончательныхъ су-

*) Апелляціонная инстанція сама рѣшаетъ дѣло по существу и не имѣетъ права ни разъяснять законъ суду первой инстанціи, ни предписывать вновь рѣшить дѣло по существу.

дебныхъ рѣшеній составляетъ столь важное въ государственномъ отношеніи право, что оно можетъ быть ввѣрено лишь верховному мѣсту судебнаго управленія, именно правительствующему сенату" *).

Ко всему этому необходимо прибавить, что единый кассаціонный судъ есть совершенно естественное, стройное завершеніе всей судебной системы, которая такимъ образомъ является строго логичной и гармоничной.

Раздробленіе кассаціонныхъ функцій неминуемо будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ шатаніе и неопредѣленность практики, разнообразіе, а подчасъ и произволъ въ истолкованіи законовъ и неустойчивость правовой жизни: то, что въ округѣ одной судебной палаты будетъ признаваться мошенничествомъ, въ другой превратится въ гражданскій искъ, что одна палата признаетъ законнымъ требованіемъ администраціи, сосѣдняя будетъ считать незаконнымъ и т. д. до безконечности. Какой соблазнъ для населенія, какой источникъ путаницы для судовъ, какая богатая почва для злоупотребленій!

Далѣе. Такая сложная, деликатная, требующая основательнаго знанія права и большаго опыта функція, какъ кассаціонная, по справедливости считается самой трудной въ судебномъ дѣлѣ. Никогда ни одна судебная палата не будетъ располагать такими средствами и силами, какъ сенатъ. Послѣдній сплошь и рядомъ имѣетъ въ своемъ составѣ крупныя ученыя силы, представляетъ собою значительную по числу членовъ корпорацію (что даетъ возможность обширнаго обмѣна мыслей), находится въ центрѣ духовной и государственной жизни страны. Все это въ связи съ большою служебною опытностью сенаторовъ, съ накопленными традиціями, даетъ сенату такую силу для исполненія своей трудной задачи, о какой и мечтать не могутъ судебныя палаты съ ихъ количественно незначительными составами, заваленными къ тому же работой и въ качествѣ апелляціонной инстанціи, и въ качествѣ камеры преданія суду, и какъ судъ первой инстанціи, и по надзору. Да и по качеству своему составъ судебныхъ палатъ не можетъ представлять тѣхъ гарантій основательнаго, научнаго знанія права, какія мы видимъ въ сенатѣ.

*) Цит. выше Журн Госуд. Совѣта 1864 г

Весьма важнымъ обстоятельствомъ является еще слѣдующее. Въ силу принципа раздѣленія труда сенатъ, какъ исключительно занятый кассаціонными функціями, будетъ всегда имѣть преимущество передъ судебными палатами, которыя къ тому же, привыкши рѣшать дѣла по существу и занимаясь кассаціонными функціями между прочимъ, будутъ имѣть сильный соблазнъ вводить въ кассаціонное производство элементы апелляціоннаго. А о томъ вредѣ для правосудія, который получается, если кассаціонный судъ присваиваетъ себѣ неподлежащія фукціи и вникаетъ въ существо дѣла, едва ли нужно говорить.

Слѣдуетъ имѣть въ виду еще огромную важность удаленія кассаціоннаго суда и отъ судовъ, рѣшающихъ дѣла по существу, и отъ мѣстныхъ интересовъ. Этимъ удаленіемъ обезпечивается очень много существенныхъ интересовъ правосудія (полное безпристрастіе кассаціонныхъ судей, отсутствіе какихъ бы то ни было мѣстныхъ вліяній и т. п.) Какъ правильно указываетъ въ своемъ особомъ мнѣніи В. А. Желеховскій, „судебныя палаты никогда не могутъ пользоваться такимъ авторитетомъ, какъ сенатъ, что можетъ имѣть весьма печальныя послѣдствія въ случаяхъ, когда палатамъ будетъ, напр., предстоять необходимость обсуждать законность требованій и распоряженій администраціи въ особенности въ лицѣ ея высшихъ представителей“*)

Дѣйствительно, представимъ себѣ такой случай. Генералъ-губернаторъ издаетъ обязательное постановленіе и полиція привлекаетъ гражданина къ отвѣтственности за неисполненіе этого постановленія; въ концѣ концовъ кассаціонному суду предстоитъ рѣшить, законно или нѣтъ постановленіе? Едва ли можетъ возникнуть какое—либо сомнѣніе, что сенатъ въ такихъ случаяхъ является болѣе пригоднымъ органомъ, чѣмъ судебная палата, уже хотя бы потому, что онъ поставленъ выше генералъ губернатора. Конечно, и судебная палата, какъ независимое отъ генералъ губернатора судебное мѣсто, можетъ признать незаконными его дѣйствія, но несомнѣнно, что при особенностяхъ нашей провинціальной жизни для этого требуется нѣкоторое нравственное усиліе, между тѣмъ какъ для сената не только по отношенію къ генералъ-губернаторамъ, но и къ министрамъ ни о какомъ подобномъ усиліи не можетъ быть и рѣчи. А вѣдь подобнаго

*) Приложеніе III къ 4 тому Об. Зап.

рода щекотливыя дѣла (напр. ст. 29 Уст. о нак.) на практикѣ встрѣчаются только у единоличныхъ судей *).

Не маловажнымъ обстоятельствомъ является и введеніе новаго уголовнаго кодекса. Какъ извѣстно, кодексъ этотъ во многихъ отношеніяхъ кореннымъ образомъ отличается отъ дѣйствующаго еще уложенія о наказаніяхъ. Такимъ образомъ судебной практикѣ предстоитъ новая трудная работа: провести въ жизнь новый кодексъ. При этомъ необходимо имѣть въ виду, что разъясненія и указанія сената, сдѣланныя для уложенія о наказаніяхъ, не будутъ имѣть въ большинствѣ случаевъ никакого значенія для новаго кодекса: безъ основательнаго знакомства съ наукой уголовнаго права нельзя будетъ сдѣлать ни одного шага при кассаціонномъ разсмотрѣніи дѣлъ, рѣшенныхъ на основаніи новаго кодекса. Въ результатѣ получится полтора десятка самостоятельныхъ округовъ съ самостоятельнымъ уголовнымъ правомъ Н. С. Таганцевъ вполнѣ правъ, говоря въ своемъ особомъ мнѣніи, что раздробленіе кассаціонныхъ функцій „должно быть признано безусловно вреднымъ и несомнѣнно гибельнымъ для успѣшнаго дѣйствія новаго кодекса“ **).

Не смотря на все изложенное коммисія Н. В. Муравьева рѣшила нарушить одинъ изъ основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ и ввести раздробленіе кассаціонныхъ функцій. Для такого шага должны, очевидно, имѣться чрезвычайно уважительныя причины, и поэтому представляется необходимымъ тщательно изучить аргументы, которыми коммисія оправдываетъ проектируемую реформу.

Аргументы эти могутъ быть раздѣлены на три группы: a) аргументы непринципіальнаго характера, b) аргументы принципіальные и c) аргументы, коими большинство коммиссіи старается опровергнуть доводы, спеціально направленные противъ проектируемой реформы. Разсмотримъ каждую группу отдѣльно.

---

*) Кстати, эта же практика представляетъ массу очень трудныхъ юридическихъ вопросовъ (напр. самоуправство, мошенничество, присвоеніе) благодаря которымъ „мелкія“ дѣла требуютъ для своего рѣшенія не меньше знаній, чѣмъ дѣла объ убійствахъ и поджогахъ

**) Приложеніе IV къ 4 тому Об Зап

Первая группа. Она состоитъ изъ трехъ аргументовъ 1) Прежде всего указывается на то, что въ нашей литературѣ приводились „серіозныя“ возраженія противъ сосредоточенія въ сенатѣ разсмотрѣнія кассаціонныхъ жалобъ на приговоры мировыхъ судебныхъ учрежденій *).

Но напрасно изучающій Объяснительную Записку сталъ бы искать въ ней подтвержденія только что сказаннаго. Вмѣсто приведенія соотвѣтствующей литературы и всѣхъ ея доводовъ, мы видимъ лишь ссылку на одну статью К. Арсеньева въ „Журн. гражд и угол. права“ за 1876 г. № 4.—Прежде всего, какъ увидимъ ниже, г. Арсеньевъ въ настоящее время держится противоположнаго воззрѣнія А статья его, на которую ссылается Объясн. Записка, и въ особенности то мѣсто ея, которое приведено въ Запискѣ, представляетъ собою лишь выраженіе личнаго мнѣнія автора безъ всякой аргументаціи. Авторы Объяснит. Записки могли бы съ бо́льшимъ основаніемъ цитировать, напр., статью г. Закревскаго „Судъ присяжныхъ по новѣйшему германскому законодательству“ въ „Жур. гр. и угол. права“ за 1876 годъ, гдѣ авторъ выступаетъ противникомъ единства кассаціоннаго суда, приводя аргументы **).

2) Второй аргументъ. Указывается на то, что среди практиковъ раздавались голоса въ пользу раздробленія кассаціонныхъ функцій. Объяснит. Записка называетъ совѣщаніе старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ судебныхъ палатъ въ 1894 году, гдѣ большинство предсѣдателей (6 противъ 1) высказалось за проектируемый порядокъ. Въ нѣкоторыхъ ревизіонныхъ отчетахъ обращено вниманіе на желательность раздробленія ***).

---

*) Об Зап. IV, 29.

**) Аргументы г. Закревскаго не принципіальнаго свойства онъ указываетъ на то, что при единомъ кассаціонномъ судѣ произойдетъ огромное накопленіе дѣлъ, а слѣдовательно—небрежность работы и медленность въ разрѣшеніи жалобъ. Кромѣ того авторъ ссылается на примѣръ Германіи, гдѣ дѣла, подсудныя низшимъ судамъ, не восходятъ на разсмотрѣніе Reichsgericht'а. Эта ссылка не убѣдительна: необходимо имѣть въ виду политическій строй Германіи, и тогда мы увидимъ, что Oberlandgericht'ы, рѣшающіе въ кассаціонномъ порядкѣ дѣла низшихъ судовъ, являются высшими судами отдѣльныхъ самостоятельныхъ государствъ —За раздробленіе кассаціонныхъ функцій высказался въ нашей литературѣ и проф. Даневскій въ своей работѣ „По поводу предстоящей реформы нашего судоустройства“. 1896. Стр. 61 – 64, но онъ требуетъ передачи дѣла въ сенатъ по представленіямъ судебныхъ палатъ въ случаяхъ затрудненій.

***) Об. Зап. IV, 32—34

Не говоря уже о ничтожной убѣдительности этого аргумента, противъ него съ гораздо большимъ успѣхомъ можно привести такой же, а именно. въ названномъ выше совѣщаніи большинство прокуроровъ высказалось противъ (8 противъ 2), а въ ревизіонныхъ отчетахъ есть и противоположныя мнѣнія. Напр. на стр. 34 примѣч. 1 Объяснит. Записки (IV т.) приводятся слѣдующія слова одного изъ отчетовъ: „Въ дѣлѣ разъясненія истиннаго разума законовъ провинціальные суды, какъ по личному составу своему, такъ и по условіямъ своей дѣятельности никогда не будутъ въ состояніи сравниться съ авторитетными толкованіями закона, исходящими отъ правительствующаго сената".

Но если ужъ дѣло пошло на ариѳметическіе аргументы. то здѣсь мы имѣемъ такое импонирующее мнѣніе, какъ мнѣніе лицъ, казалось бы, наиболѣе компетентныхъ въ этомъ дѣлѣ, а именно—сенаторовъ: въ особыхъ совѣщаніяхъ 34 сенатора высказались противъ и только двое—за *).

Далѣе, третій отдѣлъ коммисіи, на который спеціально былъ возложенъ пересмотръ уст. уг. судопр. и въ который входили теоретики и практики по уголовному судопроизводству (К. Арсеньевъ, В. Володимировъ, А. Вульфертъ, В Дейтрихъ, М. Духовской, А. Кони, П. Макалинскій, В. Случевскій, И. Фойницкій, Н. Таганцевъ, И. Щегловитовъ, Н. Чаплинъ, А. Кичинъ, В. Лихачевъ, В Семеновъ) единогласно высказался противъ раздробленія.

3) Третій аргументъ заключается въ томъ, что начало единства кассаціоннаго суда не было никогда у насъ строго выражено. По Судебнымъ Уставамъ жалобы на окончательныя рѣшенія мировыхъ судей разсматривались мировыми съѣздами; по закону 12 іюля 1889 г. кассаціонныя функціи по дѣламъ, подсуднымъ городскимъ судьямъ и земскимъ начальникамъ, принадлежатъ губернскимъ присутствіямъ; въ самомъ сенатѣ въ виду раздѣленія департаментовъ его на отдѣленія единство должно почитаться поколебленнымъ; наконецъ, дѣлается ссылка на передачу кассаціонныхъ функцій судебнымъ палатамъ въ Тифлисѣ, Сибири, Туркестанѣ и Степной области **).

Относительно Судебныхъ Уставовъ необходимо имѣть въ виду, что, какъ видно изъ соотвѣтствующихъ мотивовъ, передача ми-

*) Об Зап. IV, 35

**) Об. Зап. IV 38—39.

ровымъ съѣздамъ нѣкоторыхъ кассаціонныхъ функцій вызвана была соображеніями отнюдь не принципіальнаго свойства и находилась въ противорѣчіи съ основными принципами Уставовъ. Кромѣ того, не слѣдуетъ забывать, что окончательными приговорами мировыхъ судей обвиняемые могутъ быть подвергаемы лишь штрафу не свыше 15 рублей, между тѣмъ, какъ проектируется всѣ приговоры участковыхъ судей передать судебнымъ палатамъ въ кассаціонной инстанціи. Разница весьма и весьма ощутительная: не говоря уже о размѣрахъ наказанія (по новому уложенію участковые судьи могутъ приговаривать на нѣсколько лѣтъ къ тюремному заключенію), слѣдуетъ имѣть въ виду, что при порядкѣ Судебныхъ Уставовъ масса очень сложныхъ дѣлъ никогда не могла быть разрѣшаема съѣздами въ кассаціонномъ порядкѣ (самоуправство, мошенничество, присвоеніе, кража)

Ссылка на губернскія присутствія, какъ на кассаціонныя суды, не можетъ имѣть никакого значенія, кромѣ отрицательнаго: мы видѣли уже, что представляютъ собою и эти учрежденія и вообще весь законъ 12 іюля 1889 г.

Совершенно неубѣдительны и указанія на Тифлискую, Омскую, Иркутскую и Ташкентскую судебныя палаты. Прежде всего передача кассаціонныхъ функцій этимъ палатамъ была результатомъ того же порядка идей, который лежитъ и въ основѣ проектируемаго, т. е. отступленія отъ основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ. Далѣе, нельзя не замѣтить, что нигдѣ въ округахъ означенныхъ палатъ кассаціонныя рѣшенія не пользуются одинаковымъ съ сенатскимъ авторитетомъ. Наконецъ, качество этихъ рѣшеній оставляетъ желать многаго. Такъ напр., по удостовѣренію столь компетентнаго лица, какъ сенаторъ В. Желеховскій, въ рѣшеніяхъ Тифлисской судебной палаты (старѣйшей и поставленной въ сравнительно лучшія условія) очень часто встрѣчаются весьма крупныя нарушенія закона, такъ что этотъ опытъ передачи кассаціонныхъ функцій судебнымъ палатамъ оказался не изъ удачныхъ *).

Что же касается учрежденія отдѣленій департаментовъ сената и поколебанія „до нѣкоторой степени“ единства кассаціоннаго суда, то не надо забывать, что всѣ отдѣленія представляютъ собою единое цѣлое, и составляющіе ихъ сенаторы имѣютъ пол-

*) Приложеніе IV къ 4 тому Об. Зап; особое мнѣніе В Желеховскаго.

ную возможность самаго живаго, непосредственнаго и систематическаго обмѣна мыслей. Во всякомъ случаѣ неудобства, проистекающія изъ этого порядка, могутъ быть легко устранены, и если говорить о неудобствахъ, то они представляются идеаломъ въ сравненіи съ полнымъ уничтоженіемъ единаго кассаціоннаго суда и созданіемъ массы мѣстныхъ, совершенно самостоятельныхъ судовъ

Вторая группа Мы видимъ, что первая группа аргументовъ, помимо ея несостоятельности, во всякомъ случаѣ не можетъ имѣть рѣшающаго значенія. Тѣмъ важнѣе подвергнуть анализу аргументы второй группы, аргументы принципіальные.

1) Признавая вполнѣ заслуги сената въ исторіи русскаго права, коммисія находитъ, „что въ настоящее время надлежитъ стремиться главнымъ образомъ къ тому, чтобы упрочить положеніе сената въ качествѣ авторитетнаго и единаго .....толкователя законовъ“*).

Мысль прекрасная и глубоко вѣрная, подъ которой охотно подпишется каждый почитатель Судебныхъ Уставовъ.

Но какъ понимаетъ коммисія эту мысль? Довольно оригинально: приведенное только что положеніе дополняется (въ мѣстѣ, отмѣченномъ многоточіемъ) слѣдующими словами: „въ смыслѣ отсутствія возможности въ его разъясненіяхъ противорѣчій“.

Прежде всего противорѣчія въ разъясненіяхъ сената не находятся ни въ какой связи съ понятіемъ единаго толкователя законовъ. Далѣе сорокалѣтній опытъ доказалъ, что противорѣчія въ разъясненіяхъ сената, столь впрочемъ неизбѣжныя въ живомъ дѣлѣ правосудія, ни на волосъ не поколебали его авторитета. Скорѣе напротивъ каждый безпристрастный человѣкъ проникается уваженіемъ къ верховному судилищу, облеченному такой огромною властью, которое, вмѣсто того, чтобы, опираясь на эту власть, требовать безпрекословнаго исполненія разъ данныхъ указаній, измѣняетъ эти указанія, чутко прислушиваясь и къ голосу науки, и къ требованіямъ жизни.

Но предположимъ на минуту, что авторитетъ и единство кассаціоннаго суда обусловлены тѣмъ, что въ его рѣшеніяхъ никогда не будетъ противорѣчій. Средствомъ для этой цѣли

*) Об Зап IV, 39.

коммиссія считаетъ уменьшеніе количество работы сенаторовъ, что дастъ возможность съ бо̀льшимъ вниманіемъ сосредоточиваться на „трудѣ меньшемъ по количеству, но по качеству своему болѣе соотвѣтствующемъ высокому призванію этого верховнаго судилища“. Здѣсь опять логическій промахъ: единственной причиной противорѣчій въ сенатскихъ рѣшеніяхъ выставляется спѣшность работы. Но согласимся опять на минуту съ этимъ post hoc ergo propter hoc.

Казалось-бы, что вполнѣ естественнымъ выводомъ изъ этого положенія, выводомъ единственно согласнымъ съ „высокимъ призваніемъ“ сената, съ его „заслугами, оказанными въ дѣлѣ разъясненія истиннаго смысла дѣйствующихъ узаконеній“, съ желаніемъ „упрочить положеніе сената въ качествѣ авторитетнаго и единаго толкователя законовъ“,—будетъ прибавленіе къ составу сената еще нѣкотораго числа новыхъ сенаторовъ и увеличеніе такимъ образомъ его работоспособности. Но коммиссія, дѣлая третью логическую ошибку, находитъ, что „для сего наиболѣе дѣйствительнымъ средствомъ должно быть признано предлагаемое раздробленіе кассаціонныхъ функцій“. И далѣе—никакихъ доводовъ, никакого развитія столь неожиданнаго и императивно высказаннаго положенія! Вѣдь при этомъ забывается, что учрежденіемъ пятнадцати самостоятельныхъ кассаціонныхъ судовъ создается богатѣйшая почва для возникновенія противорѣчій въ кассаціонной практикѣ, и притомъ противорѣчій, гораздо болѣе опасныхъ, чѣмъ при существующемъ порядкѣ. А именно: при проектируемомъ порядкѣ противорѣчія будутъ происходить одновременно, т. ск. „въ пространствѣ“; одна палата сегодня даетъ извѣстное толкованіе, и сегодня же другія палаты посмотрятъ на дѣло совершенно иначе, окончательно сбивая съ толку правовую жизнь, которая должна будетъ считаться съ границами раіоновъ судебныхъ палатъ. При дѣйствующей же системѣ противорѣчія происходятъ „во времени“ и поэтому менѣе опасны *).

2) Переходимъ къ самому сильному аргументу. Необходимо, говоритъ коммисія, кассаціонную инстанцію приблизить къ насе-

*) Необходимость увеличенія состава Сената и предпочтительность такой мѣры даже съ финансовой стороны передъ неизбѣжнымъ увеличеніемъ штатовъ судебныхъ палатъ въ высшей степени убѣдительно доказана въ особыхъ мнѣніяхъ Н. Таганцева и В Желеховскаго.

ленію и ускорить производство по охраненію законности въ рѣшеніяхъ судебныхъ мѣстъ*)

Къ этому добавляются разсужденія, имѣвшіяся въ виду при составленіи Судебныхъ Уставовъ, о необходимости предоставить обѣимъ сторонамъ полную возможность являться въ кассаціонный судъ и живымъ словомъ защищать свои права и интересы, чтобы тѣмъ дать возможность кассаціонному суду рѣшать дѣло не съ формальной только, но и со справедливой точки зрѣнія**).

При ближайшемъ разсмотрѣніи и эти аргументы оказываются не болѣе убѣдительными, чѣмъ всѣ предыдущіе. Единственно вѣрнымъ и безспорнымъ является требованіе объ ускореніи кассаціоннаго производства, но важнѣйшее средство для этого (увеличеніе числа сенаторовъ) указано въ предыдущемъ пунктѣ, и изъ этого требованія никоимъ образомъ не вытекаетъ необходимости нарушать принципъ единства кассаціоннаго суда.

Что же касается необходимости личныхъ объясненій сторонъ при кассаціонномъ производствѣ, то не надо особенно углубляться въ дѣло, чтобы сказать, что такой необходимости не существуетъ. Скажу больше. Сплошь и рядомъ личныя объясненія сторонъ могутъ имѣть своимъ результатомъ совершенно непроизводительное увеличеніе продолжительности судебныхъ засѣданій. Въ самомъ дѣлѣ, какую пользу могутъ имѣть для правильнаго разрѣшенія кассаціонной задачи тѣ объясненія по существу, которыя даютъ въ засѣданіи стороны, не понимающія, да и не могущія понять отличія кассаціи отъ апелляціи? Пусть каждый изъ нашихъ практиковъ, кому приходилось принимать участіе въ засѣданіяхъ съѣздовъ въ качествѣ кассаціонной инстанціи, припомнить ту жалкую роль, которую приходится играть въ этихъ засѣданіяхъ сторонамъ: обыкновенно онѣ выходятъ изъ зала засѣданій съ чувствомъ полнаго разочарованія и неудовлетворенности, т. к. имъ или не даютъ возможности давать желаемыя ими объясненія по существу, или, если иногда и даютъ, то оставляютъ всѣ эти объясненія безъ разсмотрѣнія.

Конечно, помощь со стороны адвоката является въ кассаціонномъ судѣ ничѣмъ не замѣнимой. Но развѣ изъ этого слѣдуетъ необходимость приглашенія адвоката для судоговоренія? Развѣ

*) Об. Зап. IV, 34, 41.
**) ib., 26–27.

изъ этого слѣдуетъ, что сторона или должна отказаться отъ защиты своихъ правъ въ кассаціонномъ судѣ, или должна нести огромные расходы по приглашенію петербургскаго или мѣстнаго адвоката выступить въ сенатѣ?

Отнюдь нѣтъ, и вотъ почему. Вообще не слѣдуетъ преувеличивать значеніе устности (нерѣдко смѣшиваемой съ непосредственностью) въ ущербъ письменности. Часто письменное изложеніе своихъ требованій и доводовъ (въ особенности въ гражданскамъ процессѣ) гораздо лучше гарантируетъ и интересы правосудія, и интересы стороны. Въ первомъ отношеніи судьѣ дается полная возможность тщательнѣе и спокойнѣе изучить дѣло, обдумать всѣ доводы, сокращается возможность непроизводительной траты времени на выслушиваніе цвѣтовъ ораторскаго искусства; во второмъ—даются прочныя гарантіи опредѣленнаго и не возбуждающаго никакихъ сомнѣній закрѣпленія всѣхъ требованій, доводовъ, фактовъ, съ которыми судъ обязанъ считаться, оставляется въ дѣлѣ надежный слѣдъ для контроля въ противоположность отрывочному, неполному и субъективному изложенію судебнаго протокола, представляется возможность изложить свои доводы болѣе серьезно, обстоятельно и полно, устраняется возможность огорошенія противника неожиданными аргументами въ расчетѣ на ненаходчивость его*). Но если все это имѣетъ большое значеніе въ инстанціяхъ, гдѣ разбирается дѣло по существу, то въ кассаціонной инстанціи письменность играетъ преобладающую роль: здѣсь господствуетъ и долженъ господствовать принципъ—quod non est in actis non est in mundo Письменная кассаціонная жалоба, письменное же объясненіе на

*) Къ сожалѣнію такіе случаи нерѣдко бываютъ, превращая процессъ въ недостойную правосудія игру Великая, чистая идея правосудія оскорбляется такими порядками при которыхъ процессъ можетъ быть „выигранъ“ благодаря тому, что противникъ не имѣетъ возможности спокойно изучить представленные аргументы и приготовиться къ защитѣ что онъ не съумѣлъ отпарировать немедленно совершенно новый, неожиданный ударъ, приберегаемый другою стороною до послѣдняго момента и тщательно скрываемый. Аналогичный порядокъ явленій наблюдается въ сохранившихся еще, хотя и потерявшихъ raison d'être, диспутахъ для полученія „ученыхъ степеней“: оппоненты тщательно скрываютъ отъ диспутанта свои возраженія и аргументы, и диспутантъ впервые знакомится съ ними въ публичномъ засѣданіи. Сплошь и рядомъ бываетъ, что не привыкшій къ публичнымъ спорамъ и теряющійся ученый не можетъ ничего возразить противъ аргумента, а спокойно обсудивъ его у себя въ кабинетѣ, находитъ аргументъ построеннымъ на пескѣ. Интересы науки не имѣютъ ничего общаго съ находчивостью, остроумемъ, умѣніемъ вести публичный споръ, умѣніемъ быстро отпарировать ударъ и т. п.

нее (быть можетъ еще въ сложныхъ дѣлахъ дополнительный обмѣнъ письменными объясненіями) даютъ вполнѣ исчерпывающій и въ громадномъ большинствѣ случаетъ совершенно достаточный матеріалъ для той чисто-теоретической, кабинетной работы, къ которой и призванъ кассаціонный судъ.

Ссылка на требованія справедливости въ противоположность формализму менѣе всего умѣстна по отношенію къ кассаціонному производству. Если поговорка Juristen sind böse Christen нерѣдко находитъ полное оправданіе въ первыхъ инстанціяхъ суда, то въ кассаціонной инстанціи, инстанціи строго формальной по самой своей природѣ, „холодные и безжалостные“ принципы права (т. е. другими словами строгая законность, для охраны которой и созданъ кассаціонный судъ) должны царствовать исключительно. А для того, чтобы охрана законности не выродилась бы въ формалистику, въ буквоѣдство, въ охрану рутинности, чтобы мелкимъ не существеннымъ формальностямъ не придавалось бы неподобающее имъ значеніе, чтобы кассаціонный судъ обладалъ широтою и прогрессивностью взглядовъ, необходимо сколь возможно болѣе глубокое знакомство кассаціонныхъ судей съ наукой права; знакомство же это болѣе обезпечено для сенаторовъ, чѣмъ для членовъ судебныхъ палатъ.

Наконецъ о выгодахъ удаленія кассаціоннаго суда и отъ судовъ, рѣшающихъ дѣло по существу, и отъ всѣхъ мѣстныхъ вліяній, уже было сказано раньше. Стремленіе коммисіи приблизить к а с с а ц і о н н у ю инстанцію къ населенію должно быть признано вытекающимъ изъ неправильнаго воззрѣнія на значеніе этого приближенія.

Т р е т ь я г р у п п а. Перехожу къ послѣдней части аргументаціи коммисіи, къ той части, гдѣ большинство коммисіи возражаетъ противъ доводовъ противниковъ проектируемаго раздробленія кассаціонныхъ функцій.

Признавая справедливымъ указаніе на то, что уголовныя дѣла не могутъ почитаться маловажными или серіозными единственно въ виду грозящаго обвиняемому наказанія, коммисія выражаетъ, что однако важность наказанія вездѣ и всегда служитъ признакомъ, опредѣляющимъ подсудность дѣла суду съ болѣе или менѣе сложными судоустройственными и процессуальными порядками. Поэтому „вполнѣ послѣдовательнымъ представляется, чтобы

тѣ-же признаки рѣшали вопросъ и о подвѣдомственности дѣла въ кассаціонномъ порядкѣ сенату или палатамъ".

Въ этомъ разсужденіи заключается логическій промахъ. Изъ теоріи процесса извѣстно, что подсудность т. наз. маловажныхъ дѣлъ судамъ съ упрощенной организаціей вызвана отнюдь не принципіальными соображеніями, а исключительно финансовыми. Сама коммисія соглашается, что важность дѣла зависитъ вовсе не отъ его внѣшней стороны, и тѣмъ не менѣе, упуская изъ виду огромную разницу между производствомъ по существу и производствомъ кассаціоннымъ, находитъ „вполнѣ естественнымъ" охрану законности и надзоръ за правильнымъ и единообразнымъ пониманіемъ закона передать въ вѣдѣніе тѣхъ же судовъ, которые призваны разбирать дѣла по существу. Такимъ образомъ коммисія придаетъ принципіальное значеніе тому же самому внѣшнему признаку, второстепенное значеніе котораго она только что признавала.

Указаніе на то, что наиболѣе серіозные вопросы матеріальнаго и формальнаго права разработаны сенатомъ именно по дѣламъ мировой юстиціи, коммисія находитъ „едва-ли" рѣшительнымъ аргументомъ противъ раздробленія кассаціонныхъ функцій. При этомъ коммисія говоритъ, что a) палаты будутъ руководствоваться тѣми разъясненіями сената, которыя уже сдѣланы и b) что необходимо и въ будущемъ наиболѣе спорные и сомнительные вопросы предоставлять разрѣшать сенату.

Но, не говоря уже о томъ, что съ изданіемъ новыхъ кодексовъ огромная масса разъясненій сената потеряетъ свое значеніе, не говоря уже о томъ, что юридическая жизнь развивается безостановочно и представляетъ постоянно новые случаи, не подходящіе подъ существующія сенатскія разъясненія,—гдѣ же гарантіи, что судебныя палаты будутъ непремѣнно руководствоваться прежними рѣшеніями сената?

Начать съ того, что сенатскія рѣшенія не сутъ законы и не могутъ поэтому имѣть обязательнаго значенія. Но и помимо этого, было бы крайне нелогично и противно природѣ вещей предоставлять палатамъ кассаціонныя функціи и думать, что въ дѣятельности палатъ не проявится творческій моментъ. Какого рода будетъ это творчество,—другой вопросъ, но во всякомъ случаѣ нельзя забывать одного изъ элементарныхъ началъ теоріи процесса, а именно, что судья не только имѣетъ право, но и обя-

занъ примѣнять и толковать законы только такъ, какъ онъ самъ лично считаетъ наиболѣе правильнымъ. Высшая инстанція можетъ отмѣнить рѣшеніе низшей, но приказать ей на будущее время понимать законъ въ опредѣленномъ смыслѣ не можетъ.

Что касается желанія коммисіи, чтобы и въ будущемъ наиболѣе спорные вопросы рѣшались сенатомъ, то это желаніе такъ и осталось на стр. 40-й Объяснит. записки и не перешло въ текстъ проектируемаго закона. Когда меньшинство предлагало ввести въ видѣ корректива постановленіе, коимъ палатамъ предоставлялось бы право представлять въ сенатъ наиболѣе сомнительныя дѣла, большинство отвергло это предложеніе, опасаясь, что такой порядокъ давалъ бы возможность палатамъ уклоняться отъ разсмотрѣнія трудныхъ дѣлъ. А если лишить палаты возможности представлять дѣла въ сенатъ, то въ чемъ же можетъ выразиться указанное коммисіей начало? Если будетъ принятъ порядокъ, подобный существующему нынѣ для губернскихъ присутствій, то, какъ справедливо замѣчаетъ въ своемъ особомъ мнѣніи В. Жеѣховскій, „сенатъ будетъ предаваться академическимъ разсужденіямъ, а палаты будутъ рѣшать дѣла по своему, страдать же отъ такого порядка вещей будутъ государственные интересы и населеніе *).

Кромѣ того, предоставленіе министру юстиціи права слѣдить за кассаціонною дѣятельностью палатъ и предлагать сенату на разсмотрѣніе замѣченныя неправильности слишкомъ расширяетъ участіе судебной администраціи въ чисто судебной дѣятельности и усиливаетъ вліяніе министерства на эту дѣятельность.

Опасенія гибельныхъ послѣдствій раздробленія кассаціонныхъ функцій при примѣненіи новаго уголовнаго уложенія коммисія считаетъ преувеличенными, „такъ какъ въ составленной къ этому уложенію подробной объяснительной запискѣ содержатся необходимыя указанія, которыя безъ сомнѣнія облегчатъ правильное примѣненіе на практикѣ постановленій сего уложенія“.

Прежде всего необходимо имѣть въ виду общепринятое въ наукѣ положеніе, что оффиціальные законодательные мотивы вовсе не служатъ единственнымъ или даже лучшимъ пособіемъ при толкованіи законовъ, а нѣкоторые авторитетные ученые не безъ

*) Об. Зап IV, приложеніе III

основанія отрицаютъ за этими мотивами какое бы то ни было значеніе *).

Нельзя также забывать, что объяснительной записки къ новому уголовному уложенію нѣтъ въ продажѣ, нѣтъ въ судахъ, и даже нѣкоторые университеты лишь съ большимъ трудомъ получили экземпляры этого цѣннаго труда.

Наконецъ, на указаніе, что въ уголовномъ кассаціонномъ департаментѣ нѣтъ накопленія нерѣшенныхъ дѣлъ, коммисія возражаетъ, что накопленіе *можетъ* быть, и что поэтому необходимо принять мѣры противъ *могущаго* произойти неблагопріятнаго положенія вещей. Этой мѣрой и является проектируемое раздробленіе кассаціонныхъ функцій. Нелогичность такого разсужденій очевидна и не нуждается въ доказательствахъ.

Итакъ вся аргументація коммисіи оказалась не выдерживающей критики и проектируемое раздробленіе кассаціонныхъ функцій должно быть признано такимъ же нарушеніемъ основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ, какъ и проектируемыя уничтоженіе судейской независимости, расширеніе вліянія министерства на судей и институтъ участковыхъ судей.

Я разсмотрѣлъ важнѣйшіе недостатки Проекта. Если къ нимъ прибавить чрезвычайную пестроту и сложность судебныхъ мѣстъ **), полную необезпеченность неукоснительнаго исполненія администраціей законныхъ судебныхъ требованій, нѣкоторое расширеніе вліянія прокуратуры на судъ, отсутствіе постановленій, надлежащимъ

*) Binding. Handbuch 1885, 454.

**) Если бы Проектъ получилъ силу закона, то въ уголовномъ порядкѣ напр. нашъ крестьянинъ могъ бы подлежать суду въ слѣдующихъ учрежденіяхъ: 1) Волостной судъ; 2) земскій начальникъ; 3) уѣздный съѣздъ, 4) губернское присутствіе, 5) участковый судья; 6) уѣздный членъ окружнаго суда, 7) уѣздное отдѣленіе окружнаго суда, 8) городское отдѣленіе окружнаго суда; 9) Окружный судъ; 10) Судебная палата; 11) Уѣздный членъ суда, предсѣдательствующій на судѣ присяжныхъ общаго состава, 12) Предсѣдатель или тотъ же членъ суда съ присяжными засѣдателями особаго состава; 13) Окружный судъ въ составѣ 3-хъ членовъ съ присяжными засѣдателями общаго состава; 14) Тоже—съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей особаго состава; 15) Судебная палата съ присяжными засѣдателями особаго состава, 16) Судебная палата съ сословными представителями; 17) Судебный (угол.) департаментъ Сената, 18) Тоже—съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей особаго состава; 19) Особое Присутствіе Сената съ участіемъ сословныхъ представителей; 20) Общее собраніе судебныхъ департаментовъ Сената; 21) Верховный уголовный судъ; 22) Военно-окружный судъ, 23) Главный военный судъ.—Въ этомъ перечнѣ 8 судебныхъ мѣстъ создано Проектомъ.

образомъ гарантирующихъ наличность знаній у судебныхъ дѣятелей, то все это даетъ право вывести слѣдующее заключеніе: проектъ долженъ быть отвергнутъ, какъ заключающій въ себѣ значительное ухудшеніе нашего судебнаго строя даже по сравненію съ существующими порядками.

Еще разъ повторяю, что наиболѣе прогрессивнымъ актомъ въ настоящее время было бы возстановленіе Судебныхъ Уставововъ 1864 года во всей ихъ первоначальной чистотѣ и отмѣна почти всѣхъ измѣняющихъ и дополняющихъ учрежденіе Судебныхъ Установленій законовъ.

Но само собою разумѣется, жизнь во многомъ опередила Судебные Уставы. Необходимо дальнѣйшее прогрессивное развитіе нашего судебнаго права и въ частности уголовнаго судоустройства. Это развитіе, какъ уже было сказано, должно происходить въ духѣ тѣхъ принциповъ, которые лежатъ въ основѣ Судебныхъ Уставовъ и которые вмѣстѣ съ тѣмъ представляютъ собою постулаты теоріи судоустройства.

Построеніе и обоснованіе системы судоустройства въ Россіи не входитъ въ мою задачу. Такая работа потребовала бы цѣлой книги. Здѣсь могутъ быть сдѣланы лишь нѣкоторыя руководящія указанія въ дополненіе къ тѣмъ, которыя сдѣланы попутно въ предыдущемъ изложеніи.

И прежде всего необходимо твердо помнить, что настоящія, не призрачныя гарантіи независимости суда, его авторитетности и довѣрія къ нему населенія возможны только въ правовомъ государствѣ. Только когда законодательная власть, организованная согласно указаннымъ въ первой части книги принципамъ, является единственнымъ источникомъ закона, когда правительство во всѣхъ деталяхъ своей дѣятельности подлежитъ общественному контролю и отвѣтственности передъ законодательною властью, можно быть увѣреннымъ, что судоустройственные законы будутъ непоколебимой твердыней, укрѣпившись на которой судъ будетъ спокойнымъ, разумнымъ, безпристрастнымъ и авторитетнымъ охранителемъ правопорядка и правъ личности. При полицейски-бюрократическомъ строѣ такое положеніе не-

мыслимо, ибо нѣтъ никакихъ гарантій въ устойчивости и непоколебимости закона, въ томъ, что распоряженія и приказанія агентовъ правительственной власти не окажутся выше закона.

Производить коренную ломку Учрежденія Судебныхъ Установленій 1864 года нѣтъ никакихъ основаній. Нужно только внести нѣкоторыя поправки и дополненія.

Необходимо усилить гарантіи независимости и несмѣняемости судей и возстановить принципъ Судебныхъ Уставовъ о служебномъ равенствѣ всѣхъ судей; необходимо тщательно уничтожить всѣ слѣды современнаго чиновническаго порядка; необходимо въ законѣ подчеркнуть какъ можно отчетливѣе различіе судьи и чиновника.

Необходимо обусловить полученіе судейскаго кресла обладаніемъ высшаго научнаго (юридическаго) образованія.

Великій принципъ единства и исключительности судебной власти надо провести строго-послѣдовательно: 1) никто не можетъ быть подвергнутъ какой бы то ни было стѣсняющей его права мѣрѣ, имѣющей характеръ наказанія, иначе, какъ по постановленію суда; 2) за всѣ общія преступленія всѣ лица безъ всякихъ исключеній отвѣчаютъ передъ общими судами; 3) всякое административное распоряженіе, стѣсняющее чьи либо права можетъ быть обжаловано (путемъ административнаго иска) суду и 4) всякое должностное лицо, причинившее своими дѣйствіями вредъ и убытки частному лицу, можетъ быть привлечено къ суду общимъ для всѣхъ гражданъ порядкомъ (путемъ гражданскаго или уголовнаго иска).

Принятая Судебными Уставами система двухъ параллельныхъ порядковъ—общей и мировой юстиціи—съ объединеніемъ обѣихъ въ сенатѣ, представляется по условіямъ русской жизни въ высшей степени разумной и цѣлесообразной.

Въ организацію мировой юстиціи надо внести слѣдующія поправки. Мировые судьи назначаются безсрочно Верховною Властью изъ числа лицъ, обладающихъ указаннымъ выше научнымъ цензомъ *и избранныхъ земскими собраніями*. При мировыхъ судьяхъ необходимо учредить должности штатныхъ секретарей (кромѣ штатныхъ писцовъ). Въ судебныхъ засѣданіяхъ мировые судьи должны разбирать дѣла при участіи двухъ (избранныхъ общимъ порядкомъ) присяжныхъ засѣдателей, образуя съ ними одну коллегію. По отношенію къ полиціи необходимо предоста-

вить мировымъ судьямъ нѣкоторую дисциплинарную власть въ развитіе принципа, выраженнаго въ ст 58 уст. уг. суд. первоначальной редакціи.

Предсѣдатели мировыхъ съѣздовъ и непремѣнные члены избираются общимъ собраніемъ мировыхъ судей на сроки, и на время избранія освобождаются отъ исполненія обязанностей участковыхъ мировыхъ судей.

Существованіе волостныхъ судовъ ненормально. Этимъ подчеркивается неполноправіе крестьянъ. Дѣла, подвѣдомственныя волостнымъ судамъ, должны перейти къ мировымъ судьямъ.

Въ организаціи окружныхъ судовъ едва ли нужны существенныя поправки, за исключеніемъ выборныхъ предсѣдателей и товарищей предсѣдателей (на сроки).

Что касается судебныхъ палатъ, то кромѣ функцій апелляціонныхъ и дисциплинарныхъ судовъ и камеръ преданія суду *), онѣ съ большой пользой могли бы явиться административными судами первой инстанціи. Само собою разумѣется, изъ подсудности судебныхъ палатъ должны быть изъяты всѣ дѣла, которыя онѣ вѣдаютъ нынѣ въ качествѣ суда первой инстанціи. Старшій предсѣдатель долженъ быть освобожденъ отъ всѣхъ функцій надзора надъ судами, кромѣ надзора за предсѣдательствуемой имъ палатой.

Наконецъ, единственной кассаціонной инстанціей долженъ быть сенатъ, въ рукахъ котораго долженъ объединяться верховный надзоръ за отправленіемъ правосудія и дѣятельностью судовъ. Къ уголовному и гражданскому департаменту надо прибавить административный, которому подвѣдомственны административные иски, разсматриваемые въ первой инстанціи судебными палатами. На ряду съ этими тремя департаментами цѣлесообразнымъ представляется удержаніе перваго департамента съ правительствующими функціями. Въ высшей степени разуменъ порядокъ, по которому сенатъ, какъ высшій хранитель законовъ, завѣдываетъ дѣломъ ихъ опубликованія, и по которому ни одинъ законъ или аналогичная общая норма не можетъ быть опубликована, не пройдя черезъ руки сената. Само собою разумѣется, необходимо

*) Ревизіонный порядокъ долженъ быть замѣненъ порядкомъ обжалованія обвинительнаго акта.

уничтожить всякую тѣнь зависимости сената отъ правительства и въ частности отъ министра юстиціи.

Закончу книгу золотыми словами проф. Миттермайера: „Исторія Англіи поучаетъ насъ, что народъ можетъ наслаждаться справедливымъ судомъ, обезпечивающимъ общественный порядокъ, силу законовъ и личную свободу гражданъ только въ такомъ случаѣ, когда правительство уважаетъ права народа и относится къ нимъ честно, добросовѣстно и безъ всякихъ задникъ мыслей или своекорыстныхъ видовъ; когда оно твердо держится законовъ; когда всѣ должностныя лица проникнуты сознаніемъ своего долга и строго держатся законовъ, будучи твердо увѣрены, что всякое уклоненіе отъ нихъ повлечетъ за собою неминуемую тяжкую отвѣтственность; когда судьи столько же уважаютъ частное право, какъ и государственное; *когда они ничего не боятся и ни на что не надѣются, и убѣжденія ихъ не зависятъ отъ воли другихъ;* когда въ цѣломъ народѣ развиты чувства уваженія къ законамъ, сознанія своихъ правъ и гражданскаго мужества, необходимаго для ихъ защиты и, наконецъ, когда всякое оскорбленіе частныхъ правъ одного гражданина чувствуется всѣми, какъ явленіе, угрожающее общей безопасности“ *).

*) Угол. Судопр. въ Англіи, Шотл. и Сѣв.-Америкѣ. Стр. 2 —Лучшимъ дополненіемъ этой цитаты могутъ служить прекрасныя страницы изъ книги *Dicey* Introduction to the study of the law of the constitution (1902 г стр. 180—199), гдѣ авторъ резюмируетъ сущность основнаго принципа англійской государственной жизни.

Приложеніе.

Положенія, резюмирующія сущность книги.

I.

1. Не смотря на многочисленныя бѣдствія, которыя причинены человѣчеству неправильнымъ осуществленіемъ идеи государства или злоупотребленіемъ этой идеей, государство должно быть признано необходимой формой общежитія, т. к. при наличности цѣлаго ряда сложныхъ историческихъ причинъ и темныхъ сторонъ природы человѣка только государство можетъ дать надежную охрану *праву* (основѣ общежитія), свести къ минимуму проявленія звѣря въ человѣкѣ и привести человѣчество къ идеальной цѣли—всеобщему братству свободныхъ, культурныхъ и гармонически развитыхъ индивидуумовъ.

2. Краеугольнымъ камнемъ всего общественнаго зданія является личность—движущая сила исторіи культуры. Поэтому въ основу государственной дѣятельности должно быть положено уваженіе къ личности и предоставленіе ей возможно большей автономіи; государство должно всегда помнить, что общее благо есть лишь сумма благъ составляющихъ государство личностей. На первомъ планѣ должны быть поставлены чисто-культурные интересы (обезпеченіе всѣмъ и каждому истинно-человѣческаго существованія), а не интересы могущества и власти.

3. Власть (причина всѣхъ нападеній на государство) должна быть разсматриваема не какъ самоцѣль, а лишь какъ средство для осуществленія культурой миссіи государства. Но такъ какъ первородный грѣхъ всякой власти есть стремленіе къ деспотизму, то необходимо обставить осуществленіе власти надежной систе-

мой гарантій. Въ особенности эти гарантіи необходимы при осуществленіи *самыхъ опасныхъ* фунцій власти—принудительныхъ, наиболѣе рѣзкой формой которыхъ является наказаніе (по своему существу оно есть необходимое *зло*).

4. Центральное мѣсто въ этой системѣ гарантій занимаетъ судъ, какъ органъ власти, спеціально созданный для охраны правопорядка, *монополизирующій въ своихъ рукахъ распоряженіе принудительными функціями* и всѣ споры о правѣ, какъ между частными лицами, такъ и между гражданиномъ и государствомъ.

II

5. Для выполненія столь отвѣтственной и трудной задачи судъ долженъ быть организованъ такъ, чтобы онъ имѣлъ полную возможность быть *спокойнымъ, безпристрастнымъ, авторитетнымъ и разумнымъ* третьимъ въ каждомъ восходящемъ на его разсмотрѣніе спорѣ, и чтобы руководящимъ принципомъ его дѣятельности была правомѣрность, а не направленіе внутренней политики.

6. Въ основу организаціи суда должны быть положены слѣдующія начала: несовмѣстимость понятій судьи и чиновника, независимость судей какъ отъ общества, такъ и отъ правительства, ихъ несмѣняемость, высокое положеніе, матеріальная обезпеченность, возможно лучшія внѣшнія условія для работы.

7. Судъ долженъ отражать въ себѣ высшую степень культуры, достигнутой страною; поэтому судьи должны обладать самымъ широкимъ и солиднымъ научнымъ образованіемъ какъ общимъ, такъ и спеціальнымъ и возможно бо̀льшимъ богатствомъ духовной жизни. Кромѣ того судьи должны обладать значительнымъ опытомъ, какъ общежитейскимъ, такъ и спеціальнымъ.

8. Такъ какъ судебная власть есть власть подзаконная, то и верховная власть, и общество должны имѣть возможность контролировать дѣятельность суда для провѣрки согласія ея съ существующимъ правопорядкомъ. Для успѣшности контроля необходимы: единый для всего государства кассаціонный судъ, публичность засѣданій, свободная пресса и свободная, автономная адвокатура. Надзоръ ни въ чемъ не долженъ связывать свободы судейскаго убѣжденія и самостоятельности судьи въ дѣлѣ толкованія законовъ, а также не долженъ подрывать принципа независимости судьи.

9. Судъ долженъ быть организованъ на коллегіальномъ началѣ. Единоличные судьи не могутъ быть рекомендованы теоріей; но если финансовая необходимость заставляетъ учреждать единоличные суды, то во всякомъ случаѣ для судей этихъ судовъ рѣчь можетъ идти не о пониженіи, а о повышеніи гарантій независимости, авторитетности, знаній и опыта. Необходимыми факторами улучшенія единоличнаго суда надо признать организацію при судьѣ штатной и отвѣтственной канцеляріи и исполнительныхъ органовъ, а также участіе въ судебныхъ засѣданіяхъ для рѣшенія дѣлъ по существу лицъ, избранныхъ обществомъ (современный германскій шеффенскій судъ).

10. Но и въ общихъ коллегіальныхъ судахъ необходимо участіе непрофессіональнаго, общественнаго элемента, т. к. это участіе создаетъ дополнительныя гарантіи независимости, авторитетности, знаній и опыта. Участіе это необходимо организовать такъ, чтобы оба элемента соединились бы гармонически и чтобы приговоръ явился результатомъ общей, совмѣстной работы, основанной на взаимномъ довѣріи и пониманіи. Теоретически—такому принципу наиболѣе соотвѣтствуетъ соединеніе въ одну коллегію профессіональныхъ судей и общественныхъ представителей, но въ силу историческихъ и политическихъ причинъ это соединеніе не всегда и не вездѣ желательно; поэтому при отсутствіи необходимыхъ данныхъ должны быть сохранены существующіе суды присяжныхъ, реформированные согласно англійскому типу.

III.

11 Въ Россіи новая эра для суда начинается Судебными Уставами 1864 года. Въ основу судоустройства положены совершенно правильные принципы, являющіеся отраженіемъ признанныхъ наукой и господствующихъ у всѣхъ культурныхъ народовъ началъ.

12. Подъ вліяніемъ реакціонныхъ теченій Судебные Уставы подверглись цѣлому ряду измѣненій, принципіально несогласимыхъ съ основными началами. Руководящей идеей всѣхъ измѣненій являлось стремленіе къ бюрократизаціи судебнаго вѣдомства и къ превращенію судей въ зависимыхъ отъ правительства чиновниковъ. Въ результатѣ получилось наблюдаемое нынѣ паденіе судебныхъ нравовъ и въ значительной степени превращеніе суда въ орудіе власти.

13. Законодательный проектъ коммисіи Н. В. Муравьева не можетъ быть принятъ, т. к. представляетъ собою ухудшеніе судебныхъ порядковъ даже сравнительно съ существующими. Важнѣйшими недостатками проекта являются: a) проектъ ничего не сдѣлалъ для проведенія принципа единства и исключительности судебной власти, b) оставилъ нетронутыми судебныя функціи земскихъ начальниковъ, c) создалъ весьма неудачный институтъ участковыхъ судей съ соединеніемъ судейскихъ и слѣдовательскихъ функцій, d) раздробилъ кассаціонныя функціи, e) сдѣлалъ дальнѣйшіе и очень рѣшительные шаги для превращенія судей въ чиновниковъ.

14. Нормально функціонировать судъ можетъ только въ правовомъ государствѣ. Необходимо уничтоженіе всѣхъ новеллъ, вышедшихъ послѣ 1864 года и дальнѣйшее развитіе законодательства въ духѣ началъ Судебныхъ Уставовъ первоначальной редакціи.