

ПРАВО и ЖИЗНЬ

ПОД РЕДАКЦИЕЙ

профессоров А. М. Винавера, М. Н. Гернета и А. Н. Трайнина.

ЖУРНАЛ

посвященный вопросам права и экономического
строительства.

ГОД ИЗДАНИЯ 3-й.

1924 г.

Книга первая.

Издательство „ПРАВО и ЖИЗНЬ“.

МОСКВА,

ул. Кропоткина (б. Пречистенка), 17. Телефон 1-63-64.

природа советского законодательства, рассчитанное лишь на облегчение перехода от права, творимого свободно судами по их социалистическому правосознанию, к праву, проводимому организованной волей законодательных органов.

П. И. Люблинский.

О предмете и пределах науки об уголовном суде ¹⁾.

I.

Наука уголовного процесса являлась до сего времени, является и сейчас наукой исключительно *юридической*. К изучению ее применялись исключительно юридические методы, она имела исключительно юридическое содержание. Больше того: наука уголовного процесса сейчас совпадает с уголовно-процессуальной *догматикой*. *Теоретическое* изучение юридической природы процесса в целом и отдельных процессуальных институтов делает свои первые шаги на Западе, почти отсутствует в России ²⁾.

Процессуальная догматика является всегда догматикой действующего положительного права. Право, еще не действующее, или право, уже не действующее, предметом юридической догматики, как науки практической, прикладной, быть не может. Естественно, что в те эпохи и периоды, когда во всех областях права на очереди пересмотр привычных взглядов и переоценка привычных ценностей, процессуальная догматика перестает быть достаточной в судебной области, не будучи в состоянии разрешить всех стоящих перед юриспруденцией задач. Для того, чтобы не возвращаться в дальнейшем к вопросу о процессуальной

1. 2 ноября 1923 г. автором настоящей статьи был прочитан в заседании Московского Юридического Общества доклад на тему о „Кризисе уголовно-процессуальных идей на Западе“. За изложением научных течений в западно-европейской, гл. обр., германской литературе следовали соображения автора „о предмете и пределах науки об уголовном суде“. Настоящая статья и представляет собою вторую часть упомянутого доклада. Что касается первой части, то она в настоящем изложении нашла себе выражение лишь в форме литературных иллюстраций, по необходимости очень кратких и беглых. Настоящая статья представляет собою лишь резюме мыслей автора по излагаемому вопросу; ее не следует рассматривать, как исчерпывающий анализ литературы вопроса; и свои собственные мысли автор излагает почти в конспективной форме. Более подробное, мотивированное и аргументированное обоснование предлагаемого построения должно составить содержание специальной работы, естественно выходящей за пределы журнальной статьи. Там же место и для литературной полемики.

2. Интересно, что „Учебные записки старейшего в России Московского Университета“ — не имеют ни одного исследования по уголовному процессу. Лишь работа Г. Г. Тельбурга „О политическом суде и политических преступлениях в Московском государстве XVII века“ (1912) имеет в своем составе некоторые главы, относящиеся к истории русского процесса.

догматике. мы должны совершенно категорически подчеркнуть, что все наше дальнейшее изложение ни в какой мере не направлено ни на уничтожение, ни даже на умаление догматического изучения права. Такое изучение имеет свою и притом весьма значительную культурную ценность. В деле обеспечения господства законности в государстве догматическая юриспруденция может иметь и имеет в действительности немаловажное значение. Четкую формулу одного из крупнейших юристов последнего времени: „Rechtsdogmatik soll durch Rechts-, Wirtschafts-, Kulturgeschichte und gesellschaftswissenschaft ergänzt, aber nicht ersetzt werden“ ³⁾ мы поэтому в основе принимаем целиком.

Придавая, таким образом, процессуальной догматике большее значение и в настоящее время, мы можем высказаться лишь за всемерное развитие ее в дальнейшем. Но, вместе с тем, мы должны признать, что даже самым полным образом развитая процессуальная догматика не в состоянии разрешить всех задач, стоящих перед процессуалистами, стремящимися к совершенствованию процессуального законодательства и вытекающими научно обоснованного базиса для своих построений и предложений.

Восполнение юридической догматики другими способами и точками зрения изучения явлений и фактов уголовного процесса—должно неминуемо привести к постановке основной для науки проблемы — о *предмете и пределах науки уголовного процесса*, или правильнее, о *предмете и пределах науки об уголовном суде* ⁴⁾. Пора в области уголовного процесса поставить перед собою ту же задачу, которую перед наукой уголовного права поставило в свое время научное движение, связанное с уголовно-антропологической и уголовно-социологической школами.

Наука об уголовном суде, ограничивающаяся сейчас, как объектом своего изучения—текстом закона и его толкованием, должна расширить базу своего изучения, приступив к исследованию *реальных явлений уголовного процесса* ⁵⁾. Поэтому наука об уголовном суде должна перестать быть исключительно юридической наукой, должна стать сложной наукой, в составе которой юридическое изучение будет занимать *первое, но не единственное* место. Рядом с юридическим изучением уголовного процесса должны вырасти новые систематические отрасли знания, среди

3. G. Jellinek. Syst. der subjekt. öffentl. Rechte. 2 Aufl. 1905. S. 19.

4. Мы считаем более правильным это второе название, но отнюдь не вкладываем в два приведенные названия различного содержания и понимания. И если бы оказалось удобнее остановиться на термине „уголовный процесс“—все наше изложение будет относиться к науке этого наименования. В этом случае необходимо лишь условиться о том, чтобы в составе науки мыслить не только вопросы судопроизводства, но также и вопросы судостроительства.

5. Мы не останавливаемся в нашем изложении на формулировании понятия *реальной*. Если бы при обмене научных мнений оказалось, что возникают сомнения относительно реальности предмета предлагаемого изучения—пришлось бы, конечно, на соответственных вопросах остановиться.

них на первом плане *уголовно-процессуальная социология* и *уголовно-процессуальная психология*. Одной из составных частей науки об уголовном суде должна стать *уголовно-процессуальная техника*, а вся система науки об уголовном суде будет завершена созданием *уголовно-процессуальной политики*.

II.

Итак, на первом месте в системе науки об уголовном суде должно стоять *юридическое учение* об уголовном суде, которое в свою очередь должно быть разделено на две части, каждая из которых должна иметь свои особые задачи. Одна из них, это—*процессуальная догматика*, о которой мы высказались выше и по поводу которой мы в настоящем месте не имеем ничего прибавить. Другая ветвь юридического учения об уголовном суде, это—*общая теория процессуального права*: ее задачей в первую очередь является исследование *юридической природы* процессуального права в целом и отдельных процессуальных институтов. Далее, должны быть исследованы и установлены *границы* со смежными дисциплинами и в первую очередь границы, отделяющие уголовно-процессуальное право от материально-уголовного права и от пенитенциарной науки.

Эти задания выполнялись в научной литературе и до сего времени. Одна из заметных литературных новинок за последние годы—капитальная работа Sauer'a «Об основах процессуального права»—подводит итоги конструктивной юриспруденции, приводит в систему основные понятия процессуального права⁶⁾. Но есть другие задачи у общей теории процесса, которые до сего времени выполнялись весьма слабо или не выполнялись вовсе. Правда, в этом отношении процессуальная наука разделяет судьбу общую и всем другим юридическим дисциплинам, каждая из которых изучает свой изолированный предмет, совершенно не считаясь с соседними дисциплинами и весьма мало считаясь с построениями и выводами общего учения о праве. Такая *взаимная разобщенность* научного исследования (а вместе с тем и научных последователей) ... ни с какой точки зрения не может быть полезна науке, во многих отношениях является вредной и не может быть оправдываема необходимым принципом научной специализации. Правильный подход к изучению каждой из юридических дисциплин требует включения в него, как одной из специальных научных задач, анализа взаимоотношений исследуемой науки с науками смежными и того влияния, какое эти последствия оказывают на первую,

6. Sauer, Grundlagen des Prozessrechts (1919).—Работа представляет собою по существу собрание монографий по основным вопросам процесса. Целью работы является—по указанию самого автора—открыть новые пути теоретическому исследованию и дать новую основу для судебной практики. Ни то ни другое задание, как нам кажется, автору не удалось.

Влияние одной науки на другую будет отмечаться, разумеется, параллельно тому влиянию, какое испытывают в действительности явления, изучаемые одной наукой со стороны явлений, изучаемых другой наукой.

Такое исследование «пограничных влияний» является совершенно необходимым для науки уголовного процесса, как науки об уголовном суде. В первую очередь такое исследование должно быть направлено на взаимоотношение науки уголовного процесса с наукой материально-уголовного права и на то влияние, которое первая испытывает со стороны последней. Эта проблема процессуалистами обычно обходится—иногда случайно, по недосмотру, иногда по теоретическим основаниям. Как известно, еще не так давно уголовно-процессуальное право излагалось, как часть уголовного права вообще. Такова традиция французских криминалистов и до сего времени. Но в ходе эмансипации науки уголовного процесса от уголовного права некоторые процессуалисты вышли чрезмерно далеко, делая попытку порвать между ними всякую идейную связь и всякую взаимозависимость.

В виде примера можно указать на воззрения, отстаиваемые в русской литературе проф. Н. Н. Полянским⁷⁾. Оставляя за уголовным судом, как формально определяемую цель его—решение вопроса о том, имеет ли государство в данном конкретном деле право на наказание, и в каких пределах право это существует—это научное воззрение разрывает совершенно связь между уголовно-процессуальным правом и правом материальным, оставляя, вместе с тем, вовсе за пределами понятия уголовного процесса так досудебную стадию производства (уголовный розыск в широком значении этого слова), так и послесудебную (стадию исполнения приговора). Цели, преследуемые уголовным правом (в частности, борьба с преступностью), ни в какой мере и ни в каких частях не могут и не должны являться целями уголовного процесса. Единственная цель уголовного процесса—решение вопроса о праве государства на наказание — не стоит ни в какой зависимости от содержания целей уголовного права и от развития и изменения этих целей. Свою точку зрения Н. Н. Полянский излагает, как всегда, талантливо и изысканно. Отстаиваемому Н. Н. Полянским монизму в построении и понимании цели уголовного процесса—мы противопоставляем телеологический плюрализм в определении целей уголовного процесса. Процессу можно и должно ставить не одну, а несколько целей. Поэтому не все процессуальные институты преследуют одну и ту же цель; наоборот, различным процессуальным институтам поставлены различные цели, и одной из таких целей является общая с уголовным правом цель борьбы с преступностью. Передко утверждается, что борьба с преступностью путем уголовной репрессии не требует непременно судебных форм

7. См. статью „Цель в уголовном процессе“—в Сборнике Ярославского Государственного Университета, вып. 1, 1919. Страницы цитируются по отдельному оттиску. См. стр. 5, 17, 21, 27, 29, 31, 32.

и может осуществляться посредством наложения наказания, например, в административном порядке. Это верно: судебная форма почтически не является ни непременным ни обязательным порядком применения уголовной репрессии. Но совсем неверно, когда из этого делается вывод, что раз задача борьбы с преступностью может осуществляться и без судебных форм, то, значит, судебная форма этим целям и не служит и служить не может. Если административный порядок борьбы с преступностью в ходе истории отвергается, и если уголовно-судебный процесс этой задачи не имеет, то позволительно спросить: в каком же порядке и в каких формах осуществляется государством эта, несомненно, преследуемая им цель борьбы с преступностью? Мы не можем поэтому согласиться с категорическим утверждением о том, что уголовный процесс совсем не играет служебной роли по отношению к материальному уголовному праву ⁸⁾. Одной из целей уголовного процесса является борьба с преступностью. Грубейшей ошибкой является подчинение всего процесса, всех процессуальных институтов целиком именно этой цели. Но также ошибочно об этой цели и забывать. Искусство и трудность в практическом построении процесса и состоит в размещении различных процессуальных институтов, осуществляющих различные, сложные и рядом взаимно противоречащие друг другу, цели.

Поскольку борьба с преступностью является единственной целью материально-уголовного права и одной из целей уголовного процесса, постольку неминуемо влияние первого на второй, и исследование этого влияния является одной из очередных и первоочередных задач общей теории условно-процессуального права ⁹⁾.

Уголовное право находится в длительном периоде зомби. Основные, для классической школы, понятия вины и наказания находятся в борьбе с понятиями опасного состояния преступника и мер социальной защиты, оспаривающими право дать основу новому уголовному праву и новым формам борьбы с преступностью. Событие дня—выработанный, под председательством Ferri, проект общей части уголовного кодекса, названный одним из немецких его критиков «уголовным кодексом без вины и наказания» ^{10) 11)}. Перед процессуалистом естественная задача—исследовать вопрос о том, должно ли отразиться на построении процесса

8. Ук. статья, стр. 32.

9. Самостоятельной и интересной задачей является также исследование вопроса о влиянии, которое изучение процессуальных средств должно оказать на формулирование целей уголовного права. Тема эта—вне непосредственных задач этой статьи.

10. Lenz, Ein Strafgesetzbuch ohne Schuld und Strafe. 1922.

11. Проект Ferri встретил и у себя в Италии сильную оппозицию. По докладу проф. *Rosso* юридический факультет неаполитанского университета принял весьма резкое постановление, протестующее против того, чтобы этот проект и его основные идеи были положены в основу реформы уголовного права в Италии. См. *Rivista penale*, 1923. vol. XCVII, f. 6, pp. 501—509.

перерождение уголовного права, а если должно, то каково влияние этой ломки материального права на построение процессуальных институтов. Криминалистам не чужда, конечно, общая мысль о том, что новое уголовное право потребует и нового уголовного процесса ¹²⁾. На двух примерах эту мысль можно иллюстрировать и в конкретных чертах: в вопросе о борьбе с преступностью несовершеннолетних и создании специальных детских судов, с одной стороны ¹³⁾, и в вопросе о борьбе с привычными преступниками и создании для них особого процесса, с другой стороны. В наши дни, как очередная практическая задача— поставлен вопрос о создании *особого процесса для привычных или профессиональных преступников*. И это совсем не случайно, что те же проблемы, с которых началось движение по реформе уголовного права, являются первыми в ряду реформаторских *процессуальных* предложений.

Вопрос о процессуальных отклонениях в отношении привычных (или по его терминологии—атавистических) преступников был много лет тому назад выдвинут и поставлен Ferri. Его предложения хорошо известны: отказ от презумпции невиновности и от правила *in dubio pro reo* со всеми вытекающими отсюда последствиями: затруднения и обжалования обвинительных приговоров осужденным и облегчение в обжаловании прокуратурой оправдательных приговоров, отказ от участия народного элемента в уголовном суде, отказ от разрешения подследственной свободы, ограничение состязательности в судебной стадии процесса, полный отказ от нее в досудебной стадии и т. д. ¹⁴⁾.

За последнее время вопрос о реформе уголовного процесса, в целях приспособления его к задачам борьбы с профессиональной преступностью, подвергся дискуссии в германской литературе. Принципиальный вопрос об идейном взаимоотношении материального и процессуального права в этой дискуссии почти не поставлен вовсе; но вся дискуссия идет под знаком материально-правовой идеи—борьбы с преступностью—и это характерно для всех участников дискуссии, независимо от различия в их отношении к существованию возбужденных

12. Обычно об этом говорится мимоходом и без специального исследования. См., напр., *Erich Ebermeyer*, Schuld und Gefährlichkeit im Entwurf zu einem ital. St.G.B. 1923. S. 116: „Der Entwurf allein ist notwendig Stuckwerk. Um das ganze seiner Idee zu verwirklichen, dazu gehören Jahrzehnte des Aufbaues... Eine neue Strafprozessordnung ist zu schaffen“, Проф. М. М. Гродзинский, Рецидив и привычная преступность („Право и Жизнь“ № 5—6 за 1923 г., стр. 61)—упоминает о необходимости „длительных и радикальных процессуальных реформ, тесно связанных с надвигающимся коренным преобразованием всей системы уголовного права“.

13. Проблему детского суда мы в изложении оставляем в стороне, как хорошо известную юридическим кругам.

14. См. *Ferri*, Уголовная социология, русск. перев. ч. II, стр. 238—337, 438—444. У *Garofalo*, La Criminologie. 5 ed. 1905.—критика уголовно-процессуальных идей изложена в главе, носящей характерное заглавие. „Lois qui tolèrent et protègent le crime“—стр. 369—403.

вопросов. Забвение о плюрализме процессуальных целей и совершенное пренебрежение к вопросу о психологических предпосылках судейской деятельности сделало всю эту дискуссию идейно-односторонней.

Дискуссия эта, в которой приняли участие виднейшие представители науки¹⁵⁾, возникла вокруг и по поводу реформы процессуального права в Германии. Опубликованный в 1920 г. проект процессуальной реформы вызвал против себя сильнейшую критику в мире германских юристов. Одним из решающих для проекта оказалось указание его на то, что авторы его, устремив все свои заботы на охрану прав и интересов обвиняемого в процессе, оставили вовсе без внимания задачи государства по борьбе с преступностью, сильно ограничив размах полномочий органов государства в области раскрытия преступлений и изобличения виновных. В противовес этому проекту было выдвинуто положение, которому нельзя отказать в смелости и решительности: подобно тому, как в области уголовного права предложены особые меры социальной защиты, направленные против привычных преступников, так, в параллель этому, создать для тех же категорий преступников особый, упрощенный и строгий процесс. В крайнем своем проведении, представителями которого являются Heindl и Goldschmidt, задача этого процесса—затруднить положение преследуемого в уголовном порядке обвиняемого и облегчить положение преследующих его органов власти.

Мера эта должна быть осуществлена применительно к тем, в отношении которых с большой вероятностью, на основании опыта, можно предположить или даже с уверенностью признать, что вменяемое деяние обвиняемыми действительно совершено, но что, благодаря опытности и сноровке, эти люди в обычном процессе могут быть изобличены лишь с большим трудом или даже могут остаться вовсе неизобличенными¹⁶⁾. Поэтому, в отношении профессиональных преступников предлагается во имя осуществления карательных целей, т. е. целей уголовного права—отказаться от существующих ограничений, установленных для деятельности розыскных и следственных органов, облегчить возможность производства обысков и обысков, осмотра бумаг и почтовой и телеграфной корреспонденции, облегчить правовую возможность пред-

15. См. статьи о „Strafprozessuale Sonderbehandlung der chronischen Verbrecher“ Heindl'a (Arch. f. Kriminologie 1920. Bd. 72. H. 3/4), Allfeld'a, Beling'a, Alsberg'a (Arch. Krim. 1921. Bd. 73. H. 1/4), Hippel'a, Kitzinger'a (Arch. Krim. 1921. Bd. 74. H. 1.), van Heijnsbergen'a, K. Meyer'a, Mittermaier'a (Arch. Krim. 1922. Bd. 74. H. 3); далее Goldschmidt, Zur Reform des Strafverfahrens. 1919. S. 34—35 и в Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft 1921. Bd. 41, S. 605—606, 1922. Bd. 43. H. 4, S. 439—441. Бросается в глаза, что никто из участников этой германской дискуссии не нашел нужным отметить итальянцев Ферри и Гарофало, как своих предшественников в постановке на очередь вопроса об особом процессе для профессиональных преступников. Отмечено лишь Heindel'ем, что в 1908 г. этот вопрос выдвигал, правда мельком, Goldschmidt (см. Vergl. Darst. des deutsch. und. ausland. Strafrechts. Allg. T. Bd. 4. S. 466).

16. Heindl, ук. ст. стр. 290.

варительного заключения, как со стороны его назначения, так и со стороны его длительности, отказаться от состязательности на предварительном следствии, лишить обвиняемого права знакомиться с досью по делу, облегчить процедуру предания суду, заменить коллегиальный суд единоличным, стеснить обвиняемого в представлении доказательств, ограничить случаи обязательного назначения защиты, упростить содержание обвинительного акта с точки зрения возможности нешриведения в нем добытых против обвиняемого доказательств, лишить обвиняемого права оспаривать правильность записей протокола судебного заседания, освободить суд от необходимости мотивировать приговор, затруднить для обвиняемого обжалование обвинительных приговоров, ограничения в праве возобновления дел и т. д. 16-а).

Авторы всех этих предложений особенно подчеркивают, что создание такого особого процесса для профессиональных преступников делает приемлемым создание «самого либерального» процесса для остальных «случайных» нарушителей закона.

Предлагается, таким образом, отказаться от идеи равенства всех граждан перед уголовным судом; предлагается расщепление единого процесса на ряд одинаковых нормальных, постоянных, не «исключительных» и не «чрезвычайных» процессов. После того, как откололся особый процесс для привилегированной части преступного мира — несовершеннолетних преступников, ставится на очередь создание особого процесса для одной части преступников — профессиональных или привычных или хронических преступников. Правда, в этом особом процессе для «привычных» остается весьма мало от судебных форм и судебных гарантий 16б). Но можно ли отрицать, что подобные процессуальные предположения явились в результате влияния со стороны материального уголовного права, ставящего своею непосредственною задачей борьбу с преступлением посредством репрессии? И можно ли оспаривать эти предположения, выдвигая ту точку зрения, что уголовный процесс в своем строении целей борьбы с преступностью не преследует и служебным средством для осуществления целей уголовного права не является. Становиться на такую точку зрения — значит, затруднить взаимное научное понимание между представителями двух родственных и смеж-

16 а. Эти предложения развиты, гл. образом, *Heindl* и *Goldschmidt* о.м. Правда, в одной из своих более поздних статей *Goldschmidt* от части своих предложений отказался. (Z. f. d. Ges. STRW. Bd. 43. S. 439—441).

Замечания *Heindl* об опасности, угрожающей в Германии собственности, очень интересны для уяснения социальной идеологии, на почве которой родилась теория «опасного состояния». (Ук. ст., стр. 257). См. по тому же вопросу речь *Б. П. Куликова* на VIII съезде Русск. Группы Межд. Союза Криминалистов. Стеногр. Отч., стр. 152—153.

16 б. Один из сторонников этих новых предложений — *Mittermaier*, — должен был поэтому признать, что принятие этих предложений приближает уголовный процесс к административному производству. См. ук. ст. стр. 200.

ных дисциплин. Борьба с подобными предложениями невозможна без уяснения множественности целей, стоящих перед уголовным судом и перед уголовным процессом, и без признания необходимости совмещения их в том или ином конкретном решении.

В своем последовательном проведении теория опасного состояния преступника может вызвать еще большие потрясения в уголовном процессе. В своих крайних выводах эта теория враждебна идее особой части уголовного кодекса, как замкнутому и исчерпывающему перечню наказуемых деяний ¹⁷⁾. Древний принцип — *culpa crimen sine lege* — объявляется одряхлевшим и рискует быть отброшенным при проведении теории опасного состояния до самых последних и крайних выводов из нее. Перенесение центра внимания с деяния судимого на его личность перемещает центр тяжести также и значительного числа процессуальных институтов. В связи с такой переработкой материального права ставятся на очередь основные процессуальные проблемы, решение которых впадет отпечаток на весь уголовный процесс: вопрос о формальных предпосылках уголовного иска («законный повод» и «достаточное основание» для уголовного преследования и принятия мер пресечения), вопрос о пределах исследования в уголовном суде, о содержании и законной силе уголовного приговора ¹⁸⁾. Идея о возможности прекращения дела (с возможностью его позднейшего возобновления по новым доказательствам виновности) не только до судебного заседания, но и после его судебного рассмотрения по существу. Это только наиболее крупные процессуальные проблемы, задаваемые новыми течениями в области материального уголовного права. Далее идут вопросы о значении экспертизы при решении новых задач, стоящих перед уголовным судом, вопрос о специализации и подготовке судей, и т. д.

Изложенное нами наглядно показывает, сколь глубоким и всесторонним может быть влияние материального уголовного права на строение уголовного процесса. Не входя в настоящее место ни в обсуждение ни в критику указанных предложений в области уголовного процесса, мы можем лишь вновь и вновь подчеркнуть, насколько первостепенной задачей для процессуалистов является исследование идейного взаимоотношения материально-уголовного и уголовно-процессуального права и возможного их влияния друг на друга. Можно заранее сказать, что достаточно всестороннее исследование целей и средств уголовного процесса может оказать весьма серьезное влияние и на выработку решений в области уголовного права. Поставить же между обеими дисциплинами

17. См. статью *Станкевича*, помещенную в вып. I сборников: „Новые идеи в правоведении“. 1914. В действующем русском праве имеем также материал, подтверждающий враждебность „теории опасного состояния“ идее особой части Уголовн. Кодекса.

18. См. замечания *Ферри* о периодическом пересмотре уголовных приговоров. Уд. соч., стр. 254, прим. 3, 300, 440.

барьер—значит отказаться от научного ответа на вопросы, которые жизнью ставятся и жизнью так или иначе будут решаться.

Кроме исследования идейных взаимоотношений процессуального и материально-уголовного права, задачей юридического изучения уголовного процесса является установление «контррациональных влияний», оказываемых на уголовный процесс со стороны других (кроме уголовного права) юридических дисциплин. В общей системе работ об уголовном процессе обращается личное внимание на проблему большой практической важности—о *судебном управлении*. Юридическая мысль привыкла к традиционному делению: законодательство—управление—суд; между тем, жизнь ставит проблемы, нарушающие четкость и прямолинейность такого деления. Идея административной юстиции и идея судебного контроля за «законностью законов»—уже привлекли к себе внимание юристов. Теперь очередь за проблемами *судебного управления* (назначение, увольнение и перемещение судей, *общее руководство судебной деятельностью, организация ведомства юстиции*). Исследование этого ряда вопросов есть вместе с тем и исследование влияния на уголовный процесс науки административного права и даже более широкой науки—об управлении¹⁹).

Изучение взаимодействия с уголовным процессом гражданских дисциплин—гражданского процесса и гражданского права—необходимо для надлежащего построения таких процессуальных институтов, как (отказавшийся, по нашему мнению, в том виде, как он существует)—*гражданский иск в уголовном процессе* и, еще не получивший достаточного развития, *гражданский ответ в уголовном процессе*.

Вряд ли без исследования учений административного процесса и административной юстиции возможно исследование права уголовного суда на проверку законности тех актов власти, за нарушение коих возбуждено уголовное преследование.

Наконец, вопросы преюдиции (гражданской, административной) требуют также изучения взаимных влияний, оказываемых друг на друга процессами: уголовным, гражданским и административным²⁰).

Разумеется, что тщательное внимание должно быть уделено также взаимоотношению уголовного процесса с общим учением о праве. Общая теория уголовно-процессуального права не должна забывать своей близости к общей теории права вообще.

19. В этой связи может быть исследован выдвинутый в германской литературе (Liszt, Goldschmidt, Bendix) вопрос об изъятии прокуратуры из ведомства министерства юстиции и подчинении ее министерству внутренних дел.

20. Идея построения особой „науки о суде“ или „судебного права“ отнюдь не противоречит тем предложениям, которые нами делаются в тексте. Наука о суде является частью науки о государстве и изучает те проблемы, которые являются общими для всех видов суда. С этой наукой о суде—наука об *уголовном* суде не может не находиться в отношениях самого близкого взаимного интереса.

III.

Ни резкий уголовный процесс с материально-уголовным правом, ни полное подчинение первого второму не открывает правильного пути для разрешения вопросов о построении уголовного процесса и об установлении всех процессуальных целей. Мы выдвигаем поэтому необходимость самостоятельного изучения уголовного процесса и создания особой научной отрасли—*уголовно-процессуальной социологии*.

Внешние социально-политические моменты фактически влияют «устраивают» и в организации и в деятельности уголовного суда. Такое влияние иногда добросовестно, иногда диаметрально противоположно на протяжении истории процесса. Действительности такое отношение иногда не соответствует. Под влиянием войны и революции на наших глазах и в Эдиповой Европе обостряется и обостряется социально-политическое положение Европы, международное, так и внутрисоударственное. Политика охватывает все стороны жизни и деятельности; не проходит она и мимо суда. Давно уже социально-политическое давление на организацию и деятельность уголовного суда не означало так открыто и заметно, иногда оно не было так подчеркнуто сознанием, и потому давно уже не было так явлено и с должественной и с казенственной стороны. В связи с этим факт решения процессуальных проблем и законодательств и судов под влиянием социально-политических видов, а значит и под влиянием социально-политических сдвигов и активностей—пугается в научном освещении и исследовании. Закономерность и необходимость этого явления должны быть научно проведены; из этой проверки должны быть сделаны те или иные выводы. Без дальнейших исследований ясно, какое важное значение имеет эта тема и эти выводы для всего построения и науки об уголовном суде и для уголовно-судебного законодательства.

Насколько внешне и очевидно влияние социально-политических моментов на уголовно-процессуальные идеи, показывают некоторые научно-литературные факты совсем недавнего прошлого. Еще каковы-то дискуссии, в которых русские юристы в начале Европейской войны обсуждали вопрос об установлении от имени немецкой науки, которая сразу уверила для некоторых все свои преимущества, и оспаривая с одними исследования и исследованиями. Английские юристы можно назвать и в иностранной стране. Литература национального подвига и господства националистической ненависти захватили собой области более широкие, чем только область уголовного суда. Достаточно вспомнить книгу Уейберга La Belgique Sanglante с ее размышлениями о том, что немцы выжогли ей в одной культурной области не дали ничего своего, творческого и организационного, выжигая лишь полу-тварные идеи того, что творили другие страны. Профессор Кох, первый зачинщик кафедры в отношении к Франции Срасбургском университете, ставит перед французской наукой уголовное право и процесс

сразу «освобождая» от германского научного права²¹). Немцы не остаются в долгу. Она не работ военного времени—монография Навей Nationalkarakter und Strafprozess, 1911.²²)—ставит своей задачей систематически высказаться о влиянии национального характера на уголовный процесс и о необходимости отделить от подчинения германских процессуальных французскому и английскому влияниям в целях создания «истинно-немецкого процесса». Вот его аргументация: для французского национального характера существуют следующие черты: незначительность духа, погоня за новизнами, козырьная чувственность; возбудимость, стремление к легкости, любовь к внешней форме и красному слову. Англичан характеризуют: трусость, жестокость, расчетливость, деньги, шум, пошля, поверхностность, неустойчивость, расхождение, реализм, практичность и стремление ко глум, неважность, грубость, консерватизм, заискивание духа и уважение. Поэтому и Франции и Англии до сих пор пропитаны духом абсолютизма и полицейского государства. Этому всему в области судебной ответственности, материальной ответственности, процедуры во Франции, объясняют своим подготовленным реакционерным и деспотическим законодательству Ниполсона и корни свои связывают с дореволюционным процессом старого режима; подчиненное положение следователя по отношению к прокурору и поднадзорное положение суда по отношению к последнему; отсюда ничтожное значение предварительного следствия в Англии, отсюда принцип формальной истины в уголовном процессе; отсюда, наконец, стремление к совершенному отходу от инквизиционного типа процесса и мысль о полном и последовательном осуществлении естественного процесса. Иное дело в Германии; основные черты истинного характера здесь являются: любовь к правде, стремление к познанию сущности вещей, идеализм, верность, вера в право, сознание права, чувство чести, совесть, любовь к долгу, сознание долга, смелость, невинность и уважительное отношение к праву и справедливости, так основа коллективного сознания. Всеу этому в области уголовного процесса соответствует принцип материальной истины, вытекающий из определения и любви к правде. В конечном выводе, по мнению этого автора, единственно отвечающим сущности уголовного права и потребности уголовного правосудия является *индивидуальный и истинный инквизиционный процесс*. (Inquisitionprozess, Untersuchungsprozess)²³. Это и будет истинно-немецкий уголовный процесс.

Если на основе учения уголовно-административного права для процессуальных преступлений предлагается особый процесс, по типу и

21. Кох, *Scrup de Droit Pénal et de Procédure Pénale*, 1920. Grise R. VII.

22. В том же смысле можно указать два германские статьи *Der Staat und die Kriminalpolitik* в *Arch. f. Kriminalologie*, 1916. Bd. 66. S. 142—225 и 1919. Bd. 71. N. 5/6.

23. *St. соч.*, стр. 240

духу своему весьма близкий к инквизиционному, то и в работе Haber'a мы вновь встречаемся с предложением построить инквизиционный процесс, при чем на этот раз это предложение делается на конкретно весьма мало продуманных автором, ни в какой мере не доказанных, но по существу своему социологических основах. Основная социологическая проблема о взаимоотношениях личности и коллектива ускользнула от сознательного анализа автора; но вывод его о создании инквизиционного процесса говорит сам за себя: личность в нем всегда приносится в жертву коллективу.

Если в ряду разнообразных процессуальных мнений и стремлений, навязанных политическими воззрениями, книга Haber'a занимает место на одном из крайних флангов, то крайнее место на противоположном фланге должно быть оставлено за книгой берлинского адвоката Bendix'a, *Die Neue Ordnung des Strafverfahrens* (1919).

Если работы Harch'a, Holten'a, Haber'a имеют корни в политических конфликтах международного типа, то проект уголовно-процессуального кодекса, сочиненный Bendix'ом, взрожден на почве игры социально-политических сил и интересов германской революции. С точки зрения возможности практического осуществления работа Bendix'a — чистейшая процессуальная утопия, построенная на идеях крайнего индивидуализма. Характерным для автора является чисто политическое или социально-политическое обоснование всех уголовно-процессуальных институтов. Исходя из общих своих воззрений на взаимоотношения между личностью и государством, он всецело подчиняет коллектив—государство в лице суда—обвиняемому, как воплощающему собой индивидуальный элемент в суде. Он стоит на том, что при построении процессуальных институтов нужно совершенно отрешиться от мыслей, связанных с целями борьбы с преступностью. Поэтому всякий спорный вопрос, касающийся организации или деятельности уголовного суда, должен разрешаться и законодателем и судьей всегда в пользу индивидуального начала (обвиняемого) и против государства, при чем это одинаково относится и к вопросам факта, и к вопросам права.

Подробное изложение всех предложений автора не входит в задачи этой статьи; но некоторые основные точки зрения должны быть отмечены, ибо они являются симптомом времени, и улавливают очередные задачи науки. Автор ставит перед собою две основные задачи: вскрыть надлежащее взаимоотношение между государством и обвиняемым — это социально-политическая сторона его работы; исследовать теоретико-познавательные основы правоотношения (*erkennntnis-theoretische Grundlagen der Rechtsfindung*) — это психологическая сторона его работы. Еще *Еллинек* видел очередную задачу юристов в создании своей *теории познания* права. Работы *Л. И. Петражицкого* являются большим вкладом в дело осуществления этой задачи. Ни с тем ни с другим Bendix по росту своему сравниться не может. Познание права у него лишь *намечено* как проблема. На поставленный вопрос автор, правда, дает свой ответ; но соответствующее ис-

следование (философское или психологическое) отсутствует. И свою вторую проблему Bendix решает поэтому больше в политической плоскости и во всяком случае под политическим углом зрения. Вот ход его мысли²⁴): авторитарное государство (Obrigkeitsstaat) считало себя непогрешимым, поэтому считались непогрешимыми и судьи, действовавшие от имени государства. Суд стремился к материальной истине, и считалось, что он в состоянии ее найти, установить и провозгласить. Поэтому судебные приговоры, вступившие в законную силу, приравнивались к безусловной истине, вернее — выдавались за истину (res judicata pro veritate habetur). Поэтому же установление фактов и толкование права, даваемые судьями, имели особо квалифицированное значение и претендовали на признание наряду с законом (идея судебного решения, как lex specialis). Все эти рассуждения, которые, по мнению Bendix'a, лежат и в основе современного процесса, он отвергает и противопоставляет им свои построения: государство старое, авторитарное государство — должно отойти в прошлое. Новое государство и его органы не должны пользоваться в судебном процессе привилегией преобладания над обвиняемым. Судья — такой же гражданин, как и обвиняемый, ничуть не более непогрешимый и не имеющий никаких качеств, благодаря которым он бы имел большую, чем, в частности, обвиняемый, возможность обнаружить истину²⁵). Необходимо признать принципиальную возможность разнообразного толкования одних и тех же фактов и правовых норм (grundsatzliche Mehrdeutigkeit von Tatsachen und Rechtssätze). Толкование, принимаемое судьей, не имеет в себе никаких гарантий большего приближения к истине. Поэтому материальная истина невозможна как фактический результат процесса, ненужна как цель его и недопустима как идея, влияющая на построение процессуальных институтов. Но материальной истине он противопоставляет не понятие формальной истины, как это обычно делается, а понятие *относительной истины*. Работы Bendix'a интересны, как попытка внесения учения об относительности в науку о суде, при чем внесение это аргументируется скорее социально-политическими соображениями, чем философскими или психологическими²⁶).

Поскольку истина, провозглашаемая в процессе, является не материальной или абсолютной, т. е. одинаковой, кто бы ее ни добывал, а относительной и зависящей не только от познаваемого объекта, а также и от

24. С рассуждениями Bendix'a интересно сравнить вышедшую в 1908 году во Франции книгу Leroy, La loi. Bendix'у она, повидимому, неизвестна.

25. В этом вопросе Bendix сходитя со столь чуждым ему по общим взглядам Ферри: "... момент уголовного осуждения потеряет значительную часть того чрезмерного значения, которое он имеет в настоящую минуту, благодаря велепому принципу — res judicata pro veritate habetur — приписываемому судье, рожденному на свет такую же женщиной, как и всякий другой смертный, дар непогрешимости". (Ук соч. ч. II, стр. 300).

26. Этой идее посвящена особая работа Bendix'a, Das Problem der Rechtssicherheit. 1914.

познающего субъекта, т. е. от судьи, — то Bendix требует специального комплектования судей, которым был бы понятен дух нового времени и которые сумели бы отрешиться от старого духа авторитарного государства, приносящего себе в жертву отдельного гражданина²⁷). Отсюда популярной в учебниках уголовного процесса идее об акумулятивности уголовной юстиции — Bendix ребром противопоставил идею *политизации юстиции*. И надо сказать, что эта идея дебатруется сейчас в Германии не только в несколько кричащей своими крайностями работе Bendix'a, но также на страницах совершенно чуждого политическим крайностям «органа немецких юристов»²⁸), и в этой дискуссии один из председателей Oberlandesgericht'a формулирует свой вывод следующими словами: «Судья — не машина для подведения фактов под параграф закона, которая может разрешить великую загадку нахождения права механическим путем; на его приговор оказывают значительное влияние его общие воззрения на государство и общество... Поэтому ответственные руководители государства не только не должны отказываться, но, наоборот, выполняют свой долг, привлекая к работе людей, верящих в новый государственный порядок и служивших ему не только на словах»²⁹). Германское законодательство «об охране республики» сознательно становится на точку зрения господства политической оценки при рассмотрении судебных дел. Ряд процессов, прошедших перед различными судами Германской республики и перед французскими оккупационными судами в Рурской области, дает наглядный пример того, как и в практической деятельности судов политическая точка зрения уже более не скрывается.

Изложенное освобождает от дальнейших доказательств того факта, что политика находится в тесном взаимодействии и с организацией и с деятельностью уголовных судов. Можно было бы, конечно, говорить об изучении влияния политических движений на отправление уголовного правосудия. Нам представляется гораздо более правильным поставить на очередь более широкую проблему построения *уголовно-процессуальной социологии*, как отдельной науки, являющейся (по различным признакам классификации), с одной стороны, составной частью социологии вообще, а с другой стороны, — входящей в состав науки об уголовном суде. Определяя общие задачи этой уголовно-процессуальной социологии, мы можем остаться при той формуле, на которой мы остановились в тезисах вышеупомянутого своего доклада: изучение социального строения уголовного суда и отражение игры социальных интересов в организации

27. Специально этим мыслям посвящен доклад Bendix'a, *Obrigkeitsstaat, Richtertum und Anwaltschaft*, прочитанный 20 дек. 1918 г. в собрании берлинских криминалистов.

28. См., напр., статьи Düringer'a, *Die Politisierung der Justiz* (Deutsche Juristen Zeitung. 1922. Н. 17/18) и Levin'a, *Politisierung oder Demokratisierung der Justiz* (ib. Н. 19/20).

29. Levin, ук. ст. стр. 20.

и деятельности уголовного суда³⁰). Основные проблемы всякого социологического исследования о взаимоотношениях личности и государства, личности и общества, общества и государства, о роли и значении различных коллективов, образующихся в пределах государства,—отражаются в рельефных фактах судебной деятельности, быть может, ярче и отчетливее, чем в какой-либо иной отрасли. Влияние личности, общества, государства на уголовный иск, на обвинение и обвинение обвиняемых, а с другой стороны, на защиту обвиняемых,—все эти вопросы не могут не быть затронутыми с социологической точки зрения. Далее идет исследование социальной структуры суда с точки зрения социального состава участвующих в судебной деятельности лиц. Немаловажное значение имеет изучение на материалах судебной деятельности того влияния, какое социальная среда оказывает на выработку взглядов и понятий, а значит, и оценок, даваемых судьей. Для той социологии, которая относит не считает общество единым, а, наоборот, расщепляет его на социальные классы, находящиеся между собою в антагонизме—такое изучение социальной структуры уголовного суда дает научный материал и научную почву для темы о классовом характере суда.

Социологическое изучение должно быть направлено как на исследование законодательных актов и подготовительных к ним материалов, так и на материалы живой судебной работы. До сего времени наука уголовного процесса, соответственно своему исключительно юридическому уклону,—из судебной практики пользовалась лишь одними кассационными решениями. И не странно ли, что судебные производства судов первой степени, с богатейшим отражением подлинной жизни, легали и погибали в колоссальном количестве на полках судебных архивов, почти вовсе не интересуя собою научных исследователей. В области материального уголовного права еще можно указать на работы, использовавшие материалы живых судебных дел³¹). В процессуальной области, повидимому, таких работ не имеются. Между тем, даже тот судебный материал, который опубликован в печати, и тот весьма богат и интересен для нашей

30. В своих возражениях по моему докладу в заседании Юридического Общества *Н. Н. Полянский*, остановившись на кризисе, переживаемом, по его мнению, социологической школой уголовного права, указывал на необходимость изучения *социальных факторов законодательства*, т.-е. отражения „игры социальных интересов на законодательстве“.

Такова и наша мысль: если *Н. Н. Полянский* имел в виду изучение социальных факторов материально-уголовного законодательства, то не менее важно изучение тех же факторов и в отношении процессуального права. Но мы полагаем, что, кроме изучения социальных факторов *законодательства*, выдающийся научный интерес представляет собой также и изучение *социальных факторов судебной деятельности*.

31. В русской литературе такой материал использован в монографии проф. *М. Н. Гернета* „Детубийство“ (1911); в иностранной можно указать на недавно вышедшую работу *Guckenheimer'a*, *Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht*. 1921.

темы³²). Следует особенно приветствовать поэтому систематически издание сырых судебных материалов, хотя бы по делам наиболее сложным и привлекающим внимание.

Кроме судебных досье, богатый материал для социологического исследования уголовного суда дают парламентские материалы по выработке новых узаконений, наконец, архивы судебного и сопрягающегося с ним ведомства в те редкие периоды, когда они полностью становятся доступными для изучения. В этом отношении архив русского дореволюционного Министерства Юстиции, в особенности за промежуток времени между двумя революциями (1905—1917), даст совершенно новые и непочатый источник для исследования. Разобщенность текущей практики и научного исследования всегда была велика, в особенности у нас в России. Постановка на очередь предлагаемого нами социологического исследования судебной организации и судебной деятельности даст, быть может, толчок к тому, чтобы прежде всего теоретики ближе подошли к судебной действительности и к изучению судебной практики. Может быть, на это ответом будет и больший интерес судебной практики к научной теории и большее влияние второй на первую.

Предложение социологического изучения уголовного процесса должно быть связано с указанием тех процессуальных институтов и элементов, коих такое изучение должно в особенности касаться и в отношении коих важными и существенными могут оказаться и с практической стороны результаты социологического исследования судебной действительности.

Так, прежде всего общее положение обвиняемого гражданина перед уголовным судом не может не испытать влияния от решения социологической проблемы о взаимоотношении личности, общества и государства. Мы уже упоминали о том значении, какое социологические воззрения должны иметь для решения вопросов о роли государства, общества и личности в построении обвинения и защиты. Науке известны попытки обосновать положение защиты в уголовном процессе идеями представительства общества на суде. Если эти попытки и не могут считаться удачными, то причина этого лежит лишь в том, что решению процессуальных проблем не предшествовало действительно социологическое исследование. Нельзя не вспомнить, что именно с социологической точки зрения вызвано в Америке движение, связанное с идеей *публичной защиты в уголовном суде*. Далее, можно вспомнить выдвинутый итальянскою школой вопрос об обязательствах, лежащих на государстве перед потерпевшими от преступлений, а в связи с этим стоит и процессуальный вопрос

32. См. стенографический отчет о процессе Ледебура (1919) и статьи, посвященные оценке процессов об убийстве Эрцбергера, об убийстве Ратенау, Лейпцигских военных процессов, процесса Фехеноаха в Баварии, Крупновских процессов и т. д. (Deutsche Juristenzeitung, 1922, Н. 7/8, ²¹/₂₂, 1923 ³/₄, ¹¹/₁₂, ¹³/₁₄, ¹⁷/₁₈; Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 43, Н. 6, Bd. 44, Н. 2 и др.).

о положении потерпевшего в уголовном суде. Вопрос о «судебном цензе» должен быть введен параллельно существующему в учении о государстве вопросу об избирательном цензе. Сюда же относится вопрос о монополии государства в деле борьбы с преступностью, а в связи с этим, вопрос о допустимости, наряду с официально-государственным, также и частного уголовного розыска. Излишне подчеркивать, что сюда же относится и проблема общественного обвинения наряду с государственным и, в частности, тема о так называемом популярном иске.

Это перечисление процессуальных проблем, решение которых может и должно испытать на себе влияние социологического исследования, не является, разумеется, исчерпывающим.

Уголовно-процессуальная социология будет частью науки, собирающей и подытоживающей исторические материалы; к ней поэтому нужно отнести то, что обычно изучает история процессуального права. С другой стороны, уголовно-процессуальная социология будет оперировать с теоретическими выводами и построениями³³⁾.

IV.

Третьей составной частью науки об уголовном суде должна явиться *уголовно-процессуальная психология*.

Для уголовного права миновал тот период, когда оно оперировало понятием опыленного типа преступников и когда весь центр тяжести и интерес целиком лежал в совершенном деянии, а не в совершившем его человеке. Идеи *личности* преступника, *индивидуализации* наказания завоевали себе не только право гражданства, но и право господства в науке. Появление новой научной отрасли — *криминальной психологии* — явилось последствием научного перелома, который напел себе отражение и в законодательных работах.

Аналогичный сдвиг есть и в процессуальной области; мы имеем и виду то научное движение, которое не так давно началось вокруг *психологии свидетельских показаний*. Это движение, теоретически достаточно плодотворное, еще далеко от какого-либо практического влияния на законодательство и остается еще целиком в сфере научно-теоретического исследования. Восемь выпусков, изданных Stern'ом („Beiträge zur Psychologie der Aussage“), заложили хорошую научно-экспериментальную основу для психологического изучения уголовного суда. Эта первая попытка была сначала встречена юристами довольно холодно, а некоторыми

33. Второму (парижскому) конгрессу по уголовной антропологии был представлен доклад *Pugliese* на тему: „Le procès criminel au point de vue de la sociologie (см. Archives de l'anthropologie criminelle. 1889, pp. 369—375, 566, 640). Но социологического исследования процессуальных проблем в этом докладе, к сожалению, не заключается. Тема его не соответствует содержанию. Работы *Parmelee*, The principles of Anthropologie and Sociologie in their Relation to Criminal Procedure. 1908 нам достать не удалось.

даже и враждебно ³⁴). К настоящему моменту значительная часть воззрений, высказанных в результате экспериментального изучения свидетельских показаний, *теоретически* признана. *Практически* же в судебной жизни влияние новых идей равно, повидимому, повсеместно нулю, и притом не только потому, что течение это не нашло еще доступа к законодательству, но также и потому, что нигде еще не подготовлено поколение судей, которые бы в оценке свидетельских показаний стояли на точке зрения этих новых взглядов. Мы вряд ли ошибаемся, утверждая, что большинство судей (и притом не только в России) и сейчас *практически* продолжает стоять на той точке зрения, что свидетель, *если хочет, то и может* сказать всю правду, что добросовестное свидетельское показание всегда в точности передает действительность, и что можно провести знак равенства между *объективно-ложным* и *субъективно-ложным* показанием. С *научной* точки зрения значило бы поминуться в открытую дверь, если бы мы захотели доказывать, что такое мнение и в основах, и в выводах своих расходится с результатами научного исследования и является, поэтому, не научным. Не следует, поэтому, забывать, что в судебном зале такое мнение является еще общим правилом.

Если для психологии свидетельских показаний пришло время думать о способах практического влияния на законодательство и судебную практику, то науке пора сделать следующий шаг, и вслед за отказом от идеи отвлеченного типа преступника, вслед за отказом от отвлеченного типа свидетеля *отбросить также и идею отвлеченного типа, всегда себе равного судьи*. Условия, предпосылки и содержание психической деятельности судьи должны занять центральное место, как объект изучения новой научной отрасли процессуальной психологии, требующей, разумеется, самого тесного сотрудничества психологов и юристов ³⁵). При построении и развитии этой научной отрасли надо твердо и неуклонно помнить, что плодотворных результатов не получают ни психологи без юристов, ни, тем паче, юристы без психологов. Если руководящая роль в отыскании психологических решений всегда будет на стороне психологов, то, наоборот, изыскание и обнаружение самых вопросов и проблем, подлежащих исследованию и разрешению, возможно лишь под руководством юристов.

34. См., напр., статью *Gottschalk'a* в 4 выпуске 2 серии „Beiträge zur Psychologie der Aussage“. Стр. 89—111.

35. В 1920 году автором настоящей статьи была составлена докладная записка о создании в Москве Криминалистического Института; в ней высказывалась, между прочими предложениями, и мысль о необходимости экспериментального изучения психики судьи. Докладная записка после совместной переработки была подписана, кроме автора настоящей статьи, еще *М. Н. Гернетом, П. А. Минаковым, Н. К. Муравьевым и Н. Н. Полянским* и представлена Факультету общественных наук Московского Университета. Никаких практических результатов записка, к сожалению, не имела.

Идея процессуальной психологии носится в воздухе. С одной стороны, психологи (Stern и его последователи, Claparède, Münsterberg)³⁶⁾ высказываются за возможность и необходимость психологического исследования судебных проблем. С другой стороны, юристы приходят к явному сознанию, что деятельность судьи гораздо сложнее, чем она обычно мыслится, что судья отнюдь не просто homo logiens, homo intellectualis, бесстрастно, бесчувственно и безволебно, лишь рассудочно решающий стоящие перед ним проблемы установления фактов, их оценки и юридической квалификации, и что в деятельности судьи большое значение имеют все составные части человеческой психики, допускающей разложение на эти части лишь в теоретическом анализе, но не в живой деятельности. H. Gross, Alb. Hellwig, Bendix, Garraud, Liepmann³⁷⁾ — вот те писатели-юристы, которые в отдельных вопросах подошли уже к проблемам психологии судейской деятельности, хотя лишь в коротких и беглых изложениях.

Новая наука имеет и свою терминологию на иностранных языках: *psychologie judiciaire*, *psychologia giuridica*, *gerichtliche Psychologie*, *forensische Psychologie*. Мы предлагаем термин *„уголовно-процессуальная психология“*.

Таким образом, в существующей уже литературе новая наука имеет свое название и имеет свой основной тезис, но она не имеет еще научного исследования. Между тем, предмет и тема такого исследования достаточно обширны и богаты. Выводы этого изучения могут быть интересны с самых различных сторон: часть из них будет иметь интерес только познавательный; другая часть даст материал для конкретных реформ в постановке юридического образования, для реформ в постановке судейской службы, в вопросе о судейской специализации, в вопросе о методах и приемах судебной работы. Поскольку в деятельности судьи имеют значение акты восприятия, процессы, связанные с сохранением восприятия, его обработкой и репродукцией в приговоре, постольку значение психологического исследования судейской деятельности приобретает первостепенный интерес.

36. Stern, в „Beiträge zur Psychologie der Aussage“ и ряде дальнейших статей в различных журналах, Claparède, *La psychologie judiciaire* (L'année psychologique, 1906, pp. 275—302). Münsterberg, *Grundzüge der Psychotechnik*, 2 Aufl. 1920.

Вышедшие в русском переводе два выпуска „Основ психотехники“ Мюнстерберга не заключают еще в себе психотехники права.

37. H. Gross свои мысли изложил в „Handbuch für Untersuchungsrichter“ (7 изд. 1922) и в „Kriminalpsychologie“ (2 изд. 1905). Hellwig поместил одновременно ряд статей, главным образом, в „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform“. Замечания Bendix'a о психической деятельности судьи изложены им в работах, о которых выше уже упоминалось. Garraud дает краткие и беглые замечания в своем курсе уголовного процесса (Vol I, pp. 541).

Влияние чувственных и волевых элементов психики на «рассудочную» деятельность судьи не может не дать ценного материала, так же, как и исследование роли и значения бессознательных и подсознательных элементов психики для процесса восприятия, обработки, запоминания и репродукции³⁸). На основе научного исследования того влияния, какое на судебный приговор оказывают бессознательные и подсознательные, волевые и чувственные элементы психики, впервые становится возможным на научной почве подвергнуть изучению проблему *объективности и беспристрастия судьи*,—быть может, центральную проблему всей науки о суде. Применение методов изучения *профессиональной психологии* даст также целую программу исследования. С одной стороны, изучение тех психических качеств, кои потребны для выполнения различных функций в уголовном процессе (судья, следователь, председатель судебного заседания, секретарь судебного заседания, прокурор, защитник), даст возможность иметь критерий для выбора профессии и для определения пригодности тех или иных лиц к той или иной деятельности в области судебной. Изучение влияний, оказываемых долговременной работой в одной и той же профессии на психическую деятельность, даст возможность научного подхода к борьбе с влияниями, оказываемыми профессией в одних направлениях, и к поддержке и развитию влияний, оказываемых в иных направлениях. С точки зрения процессуальной психологии может быть научно поставлен и разрешен вопрос, так часто смущающий общественное мнение: об односторонности прокуроров и адвокатов; на почве психологического исследования этой односторонности процессуальных сторон обнаружится, что в ней, в этой односторонности,—одна из гарантий, способствующих повышению судебного объективизма—вывод также немаловажный для уголовного процесса. Проблемы единоличного и коллегиального суда, того или иного количественного состава судебной коллегии, того или иного взаимоотношения в ней профессиональных и непрофессиональных судей—могут быть исследованы экспериментально и, следовательно, дать научный базис для практического решения этих вопросов. Далее идут: практическая ценность «презумпции» невиновности, как метода работы судьи, влияние письменной мотивировки приговора на самое его содержание, вопрос об одинаковой степени ознакомления всех членов судебной коллегии с делом и вопрос о том, какое значение, в этом отношении, имеет предварительное ознакомление председателя с актами предварительного следствия, и какое влияние, благодаря этому, получает председатель на остальных членов судебной коллегии, вопрос о том, какое значение для восприятия существа дела председателем, его запоминания и репродук-

38. *Психоаналитическое* движение в психологии может в нашей теме привести к весьма значительным результатам. Опыт применения психоаналитических идей к правовым проблемам сделал *Hans Kelsen* в своей статье *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie*, помещенной в психоаналитическом журнале *Imago* за 1922 г., стр. 97—141.

ции имеет то обстоятельство, что он одновременно является и руководителем внешней стороны судебного заседания, цензором для деятельности сторон и наблюдающим за порядком, и что, следовательно, его внимание распылено и одновременно направлено на самые различные объекты; и не окажется ли, что председательствующий в суде, имеющий обычно наибольшее значение и влияние среди членов судебной коллегии, — в действительности находится в худшем, по сравнению с остальными членами коллегии, положении с точки зрения правильности восприятия материала, проходящего именно в судебном заседании.

Изучение психологии процесса возобновления дел даст почву для критики современных законодательств в этой части и для надлежащей его постановки; научно-психологический базис для построения и регулирования апелляционного и, в особенности, кассационного процессов, может быть дан лишь изучением психической деятельности судьи. Существовавший для процесса спор о праве предварительного ознакомления различных видов экспертов с материалами дела (письменными или устными в судебном заседании) может быть решен лишь в зависимости от результатов, к которым бы привело исследование вопроса о том, насколько такое ознакомление может оказать влияние на содержание заключения вполне добросовестного эксперта. В литературе уже поставлен вопрос о введении в процесс как *экспертизы свидетелей*, для определения их годности к даче показаний вообще, а также и *экспертизы свидетельских показаний*, для надлежащей оценки уже данных показаний.

К основной и центральной задаче процессуальной психологии — психологическому исследованию деятельности судьи — должно присоединиться психологическое исследование деятельности и других лиц, принимающих в различных положениях участие в уголовном процессе. Психология обвиняемого даст в процессе изучения естественную параллель психологии *преступника* и, быть может, будет способствовать более правильной постановке некоторых проблем и криминальной психологии. Изучение психологии обвинителя и защитника, свидетеля и эксперта также даст богатый и разнообразный материал для теоретически интересных и практически важных выводов.

Не следует, разумеется, думать, что на почве психологического исследования все конкретные решения, которые до сих пор давала по различным вопросам процессуальная наука, будут непременно перерешены и решены совершенно иначе. С некоторыми вопросами так, конечно, случится: их придется разрешить совершенно иначе, чем они решались до сего времени. Для многих вопросов, недостаточно до сего времени обоснованных, будет найден научный базис. Многие вопросы, считающиеся сейчас важными и существенными, отодвигнутся на второй план: родятся новые вопросы, не существующие при современном состоянии процессуальной науки; на первый план выдвигнутся такие вопросы, которым сейчас придается совершенно второстепенное значение.

Процессуальная психология является частью *прикладной* психологии подобно тому, как частью прикладной психологии является и педагогическая психология³⁹). уже твердо стоящая на ногах, имеющая большую научную литературу и опережающая уже от теоретического только исследования к практическому влиянию на дело воспитания. В ходе работ по развитию науки процессуальной психологии небесполезно пользоваться теми методами, кои уже и проверены и использованы педагогической психологией.

Чрезвычайно большое значение должно быть признано за организацией лабораторных работ и применением экспериментального метода исследования. При этом надо заметить, что экспериментальное изучение психической деятельности судьи гораздо легче организовать, чем экспериментирование в области изучения психологии свидетельских показаний. Трудность экспериментального изучения свидетельских показаний стоит в связи с тем, что восприятие свидетелями тех обстоятельств, о коих они показывают, происходит в такой обстановке, когда внимание их на эти обстоятельства вовсе и не направлено, когда они никакого значения им не придают, а между тем, в момент дачи показания на следствии и на суде от свидетеля ждут рассказа о том, что он наблюдал, и требуют такой ясности показания, как будто свидетель должен был уже в момент восприятия в точности все заметить и ничего не упустить: к этому присоединяется и то, что подлинная картина того, о чем спрашивают свидетеля, на суде никогда не известна и это в значительной степени затрудняет проверку свидетельского рассказа с точки зрения соответствия его действительности. При постановке экспериментального исследования главная трудность заключается в создании искусственным путем тех же, что в действительности, условий и для восприятия, и для репродукции показания. Искусственные условия опыта слишком отличаются от естественных условий жизни. В отношении изучения судебной психической деятельности вопрос обстоит иначе. Судебная деятельность и в действительности протекает в обстановке, которая имеет в себе много искусственного. Это облегчает возможность приближения эксперимента к этой обстановке и условиям. Объектом восприятия судьи является не подлинная картина преступления или иного происшедшего в действительности событие или происшествие, а показание свидетеля (или иное доказательство), которое точно может быть зафиксировано: этим дается возможность сравнения того, что судья воспринял и запомнил, с самым объектом восприятия и запоминания. Далее, вся деятельность судьи (в противоположность свидетелю) протекает в условии специально сосредоточенного внимания и при условии специальной направленности его на объект восприятия и запоминания. Это облегчает и возможность исследования психической работы судьи в подлинных судебных про-

39. На близость судебной психологии к педагогической психологии указал в русской литературе Болтунов („Юридич. Вестн.“, кн. XIII за 1916 г.).

цессах и возможность построения эксперимента, весьма близко подходящего к действительной обстановке судебной работы.

Процессуальная психология может быть разделена на *процессуальную психогностику* и *процессуальную психотехнику*. Из них первая имеет своей непосредственной целью изучение и познание психических процессов, связанных с деятельностью суда, с точки зрения их причинной зависимости и безотносительно к тем или иным целям. Процессуальная психотехника ставит себе задачей — на основании изученных причинных зависимостей — указать те психологические средства, которыми необходимо воспользоваться для достижения тех или иных целей. При этом самый *выбор целей* — не дело психотехники. Она одинаково научно может служить и хорошим, и дурным социальным и культурным целям; выбор целей является делом иных областей знания, кроме технических. В области процессуальной — выбор целей будет главной своею тяжестью лежать на общей теории процессуального права и на процессуальной социологии. Примирение враждующих целей должно составить особую и специальную заботу уголовно-процессуальной политики. (см. ниже).

V.

Четвертой составной частью науки об уголовном суде должна явиться *уголовно-процессуальная техника*, как учение о применении технических и естественных наук к решению вопросов и задач, возникающих в практической деятельности судебных и иных подчиненных им органов.

По общим вопросам построения этой науки мы в настоящее время не могли бы предложить ничего принципиально нового по сравнению с тем систематическим построением, какое дал Н. Gross в своих трудах „Handbuch für Untersuchungsrichter“ (7 изд. 1922) и „Kriminalpsychologie“ (2 изд. 1905). Его „криминалистика“ — это и есть то же самое, что мы предлагаем именовать уголовно-процессуальной техникой.

VI.

Последней составной частью науки об уголовном суде мы мыслим *уголовно-процессуальную* или *уголовно-судебную политику*.

В наше время, когда преобладающее значение имеют широкие проблемы о реформе не только отдельных правовых институтов, но целых правовых систем, когда решение вопросов *de lege ferenda* представляет чрезвычайные трудности — построение и развитие намечаемой отрасли является настоятельно необходимым. Процессуальную политику мы представляем себе, как *науку о целях и средствах уголовного процесса*. Цели уголовного процесса будут кристаллизироваться исследованиями по общей теории процессуального права и процессуальной социологии. Материал для выяснения *средств* уголовного процесса будет доставляться главным образом процессуальной техникой.

Совмещение и примирение различных целей, осуществлению которых служит уголовный суд,—такова первая общая задача уголовно-процессуальной политики. Сочетание целей и средств уголовного процесса—такова вторая ее общая задача.

Завидной целью уголовно-процесс. политики является построить на научном базисе уголовное правосудие с *научно-обоснованными целями и научно-проверенными средствами*. Задачей уголовно-процессуальной политики будет избавить уголовное правосудие от осуществления тех целей, кои не могут быть достигнуты при помощи имеющихся в распоряжении человечества средств; ее задачей будет поставить уголовному суду научно-обоснованные культурные цели; ее задачей будет указать подлежащие средства для достижения этих целей и заставить отказаться от тех средств, кои к достижению этих целей не ведут.

Если опыт составления кодексов до сего времени показал, что состоят технической лучше удаются кодексы, составленные единоличной, а не коллективной работой⁴⁰⁾, то не подлежит сомнению, что со стороны своего содержания уголовно-процессуальные кодексы будущего в той или иной форме и в той или иной степени будут плодом коллективного сотрудничества не одних только юристов, но также психологов и социологов.

Мы не скрываем от себя, что это еще далеко не ближайшее будущее, но задача науки—думать не только о сегодняшнем дне.

А. С. Тагер.

Юридическая природа кассации по УПК и практика применения 1 ч. 437 ст. УПК.

Современное право Западной Европы знает три порядка пересмотра приговоров по жалобе: апелляционный, кассационный и ревизионный. «Школьное» определение утверждает, что апелляция предполагает пересмотр приговора «по существу», при чем под этим разумеется проверка правильности установления низшею инстанцією фактических обстоятельств дела, а кассация—проверку законности ее решения. Столь отчетливое противоположение апелляции и кассации путем различения моментов, подлежащих пересмотру в высшем суде, не оправдывается положительным правом: оно не подтверждается, прежде всего, системой французского права, оказавшего большое влияние как на наше русское дореволюционное законодательство, так и на другие законодательства континентальной Европы, усвоившие институты апелляции и кассации.

Верно, что кассационный суд ограничивается только юридическою стороной дела, проверяя, не было ли, при его производстве или решении, допущено юридических погрешностей, и не должен подвергать исследова-

40. Кодекс от бримера IV года, Невшателльский Кодекс, проекты швейцарских кодексов. См. также замечания *Liszt'a* о составлении кодексов:—*Reform des Strafverfahrens*. 1906, стр. 7.