

Д 5
Л 933

137

ПРОВЕРЕНО
2000 г.

П. И. ЛЮБЛИНСКИИ.

ОСНОВАНИЯ СУДЕЙСКАГО УСМОТРѢНІЯ
ВЪ УГОЛОВНЫХЪ ДѢЛАХЪ.

Докладъ для Кіевского съѣзда Русской группы Международнаго союза
Криминалистовъ.

Изъ Журнала Министерства Юстиціи
(Декабрь 1904 г.).

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Сенатская Типографія
1904

ОСНОВАНИЯ СУДЕЙСКАГО УСМОТРѢНІЯ

ВЪ УГОЛОВНЫХЪ ДѢЛАХЪ.

Слoвo

**Основанія судейскаго усмотрѣнія въ уголовныхъ дѣлахъ.
Докладъ члена группы П. И. Люблинскаго.**

Цѣль настоящаго доклада заключается не столько въ томъ, чтобы намѣтить тѣ границы, на которыхъ цѣлесообразно было бы остановиться въ предоставленіи судьямъ сферы усмотрѣнія, при данномъ состояніи уголовного права и процесса, сколько въ томъ, чтобы выяснитъ понятіе самаго судейскаго усмотрѣнія и тѣ правовыя основанія, на которыхъ оно держится, и опредѣлитъ условія правильной постановки его, какъ необходимаго средства правосудія. Дѣятельность органовъ юстиціи, какъ нѣкоторой части общественнаго организма, никоимъ образомъ не можетъ быть приведена къ механическимъ отправлениямъ. Судья—*органъ* правосудія, обладающій, подобно всякому органу, извѣстной самостоятельностью приспособленія, извѣстной эластичностью, а не слѣпое орудіе его, приводимое въ движеніе законодателемъ. Исторія показываетъ, что судейское усмотрѣніе въ той или иной формѣ существовало всегда, когда имѣлся судъ, стремившійся къ достиженію матеріальной истины, и попытки изгнанія его никогда не приводили къ желаемымъ результатамъ ¹⁾.

¹⁾ Очень недурной историческій обзоръ области судейскаго усмотрѣнія въ примѣненіи наказанія даетъ Karl L i p p m a n—*Historisch-Dogmatische Darstellung der Lehre von der richterlichen Strafänderungsbefugnis*. Nördingen. 1863. Авторъ излагаетъ неудачу законодательныхъ попытокъ Фейербаха, извѣстнаго противника судейскаго усмотрѣнія, исходившаго изъ тѣхъ взглядовъ, что угроза, для того, чтобы быть дѣйствительной, должна быть строго опредѣлена. Уже съ самаго начала Фейербахъ принужденъ былъ дѣлать рядъ уступокъ въ видѣ признанія права исключительнаго смягченія и уменьшеннаго вмѣненія (позднѣе онъ признавалъ смягчающее вліяніе недостаточнаго состава преступленія, молодости, приказа вышшаго, принужденія, угрозы и настоятельной необходимости). Баварское уложеніе 1813 г., составленное подъ его вліяніемъ, не проводило послѣдо-

Но, являясь необходимымъ элементомъ правосудія, судебное усмотрѣніе для справедливаго своего примѣненія требуетъ созданія законодательныхъ правилъ для руководства и многочисленныхъ гарантій, препятствующихъ вырожденію его въ произволь. Вслѣдствіе этого изслѣдователю вопроса приходится, кромѣ опредѣленія основаній усмотрѣнія, обращать равное, если не большее, вниманіе и на средства обезпеченія правильности его.

I.

Вопросомъ, что такое судебное усмотрѣніе и какова его функція въ процессѣ, изслѣдователи уголовного права занимались очень мало, а все ихъ вниманіе было направлено на рѣшеніе практической задачи о цѣлесообразной сферѣ усмотрѣнія. Между тѣмъ подъ судебнымъ усмотрѣніемъ разумѣютъ самыя разнообразныя вещи, начиная чуть-ли не съ приравненія его къ абсолютной власти и кончая уподобленіемъ его самому распущенному административному произволу. Для избѣжанія такой невыясненности понятій, необходимо прежде всего указать, что слѣдуетъ разумѣть подъ судебнымъ усмотрѣніемъ, какъ одной изъ формъ организаціи судебной дѣятельности.

Усмотрѣніе въ государственномъ-правовомъ смыслѣ можно опредѣлить не только отрицательнымъ образомъ, какъ нѣкоторую свободу дѣятельности публичнаго органа отъ законодательной регулировки, но и положительнымъ—какъ *право свободно-цѣлесообразной оцѣнки въ примѣненіи, по указаннымъ въ законѣ основаніямъ, предоставленнымъ данному органу правомочій*. Посредствомъ разложенія этого опредѣленія на его составные элементы, должно будетъ признать необходимыми для всякаго усмотрѣнія слѣдующія основанія:

1) Наличность у даннаго органа особыхъ правомочій, т. е. *власти*. Вопросъ объ усмотрѣніи, какъ публичномъ принципѣ, можетъ возникнуть только тогда съ особою силою, когда свободная телеологическая дѣятельность какого-либо органа сталкивается съ существенными интересами общества или какого-либо лица, т. е. когда она влечетъ за собою важныя индивидуальныя и соціальныя послѣдствія.

2) Существованіе такихъ фактовъ и отношеній, которые требуютъ

вательно безусловной опредѣленности санкціи. Нѣсколько болѣе позднія уложенія—Юсифа II и Прусское Земское право—стали уже на правильный путь относительной опредѣленности санкціи, согласуя этимъ законодательство съ требованіями справедливости.

примѣненія къ нимъ юридически регулирующей оцѣнки. Усмотрѣніе не является какимъ-то безусловнымъ, повсюду примѣнимымъ принципомъ дѣятельности; оно, подобно всеѣмъ правамъ, возникаетъ лишь при наличности опредѣленной совокупности юридическихъ фактовъ и можетъ состоять въ примѣненіи опредѣленныхъ (хотя и альтернативныхъ) юридическихъ послѣдствій. Эти факты должны быть настолько сложными, что къ нимъ можетъ быть примѣнена лишь свободно-цѣлесообразная, а не заранѣе предустановленная оцѣнка.

3) Знаніе того, что является цѣлесообразнымъ, т. е. полезнымъ для общественнаго развитія и обеспечивающимъ правопорядокъ, и возможность нестѣсненно ничѣмъ составлять согласно такому знанію правосудное сужденіе. Это основаніе включаетъ въ себя, такъ сказать, всю внутреннюю сторону судейскаго усмотрѣнія.

Первое основаніе выражаетъ правовое значеніе усмотрѣнія (власть), второе—фактическія условія его примѣненія (юридическіе факты), третье—соціально-психологическія условія усмотрѣнія (соціальную мотивацію его).

Откинувъ *первое* условіе, мы получимъ—простою *разсчетъ*, т. е. примѣненіе правилъ цѣлесообразности къ отдѣльнымъ случаямъ, чѣмъ руководится въ своихъ дѣлахъ всякій гражданинъ, не обладающій особою властью. Безъ *второго* основанія мы будемъ имѣть ясно *опредѣленную, не допускающую усмотрѣнія законодательную норму*. Такъ, если законъ въ зависимость отъ *одного* извѣстнаго юридическаго факта ставитъ наступленіе *одного* извѣстнаго юридическаго послѣдствія—онъ создаетъ безусловно опредѣленное правило, а не норму усмотрѣнія. Наконецъ, безъ наличности *третьего* условія у насъ получится *произволь*, т. е. отсутствіе опредѣленной мотиваціи, возможность для власти руководиться случайными и общественно-вредными мотивами, а порою и слѣпое примѣненіе полномочій.

Посмотримъ, примѣнимы ли эти посылки спеціально къ *судейско-му* усмотрѣнію въ уголовныхъ дѣлахъ. Нѣтъ сомнѣнія, что судейское усмотрѣніе здѣсь обладаетъ общегосударственнымъ правомоществомъ, поскольку оно признано закономъ за правильный способъ регулировки (напр., приговоръ судьи, постановленіе о принятіи принудительной мѣры въ процессѣ и пр.). Затѣмъ ясно, что оно примѣняется при наличности сложныхъ конкретныхъ фактовъ, въ которыхъ желатель-но установить юридическій порядокъ, т. е. подвергнуть ихъ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія относимости къ дѣлу, необходимости обезпеченія правосудія, цѣлей достиженія истины и т. д., смотря по области примѣненія усмотрѣнія. И наконецъ, здѣсь имѣется знаніе важности интере-

совъ и правильная справедливо-цѣлесообразная мотивація, которая обусловливается отправленіемъ этой функціи: а) житейски-опытнымъ и юридически-свѣдущимъ лицомъ, б) обладающимъ всеми способами обнаруженія истины и цѣлесообразности и с) находящимся въ такомъ положеніи и соотношеніи съ другими публичными и общественными органами, которое даетъ возможность съ достаточною основательностью полагать, что это лицо будетъ въ общемъ руководиться только вѣрно и согласно съ общественнымъ интересомъ понатыми правилами цѣлесообразности и справедливости.

Такимъ образомъ мы видимъ, что къ опредѣленію судейскаго усмотрѣнія приложимы всѣ тѣ же основанія, какъ и къ усмотрѣнію вообще. Главнымъ отличіемъ его отъ усмотрѣнія административныхъ органовъ является несамый характеръ предоставленныхъ полномочій (административнымъ распоряженіямъ также придавалась безусловная сила), не строго ограниченная область примѣненія ихъ (административныя распоряженія у насъ теперь еще часто замѣняютъ судебныя рѣшенія), а именно наличность *особыхъ средствъ, обеспечивающихъ правильность мотиваціи при оцѣнкѣ*. Такихъ средствъ по преимуществу два: 1) *независимое положеніе* отъ какой бы то ни было другой власти въ предѣлахъ предоставленной данному органу компетенціи (т. е. въ области *рѣшенія*). Это обеспечивается какъ прямою независимостью въ видѣ несмѣняемости и невозможности приказа вышшаго (отсутствіе іерархической организаціи), такъ и косвенною — невозможностью взысканій, обеспеченіемъ жалованія, обстановкой дѣятельности и проч. ¹⁾); условія, обеспечивающія не-

¹⁾ L a b a n d—Staatsrecht, B. I 1901 S. 385,—такъ опредѣляетъ основное отличие судейскихъ органовъ: „Das wesentliche Merkmal der richterlichen Behörden ist nicht in der gesicherten Stellung ihrer Mitglieder gegen Entlassung, Versetzung und Ruhestand, Versetzung in andere Stelle, disciplinäre Massregelung u. s. w. zu sehen, sondern in Unabhängigkeit ihrer Entscheidungen von Anordnungen der vorgesetzten Behörden, insbesondere des Reichskanzlers, in der Rechte und der Pflicht, die Entscheidungen lediglich nach eigener sachlicher Würdigung und rechtlicher Überzeugung zu geben, und folgeweise in dem Ausschluss jeder Verantwortlichkeit des Reichskanzlers für den Inhalt dieser Entscheidungen“. § 1, Gerichtsverfassungsgesetz f. D. R. гласить: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenе Gerichte ausgeübt“. Не стоитъ и упоминать, что подобное указаніе имѣется въ каждомъ учебникѣ процесса, хотя порою принципиальная важность его не сознается въ особенности оппортунистическими авторами. P f i z e r—Recht und Willkür im Deutschen Strafprocess. 1888: „So steht die Unabhängigkeit der Richter und der Rechtspflege als oberste Bedingung für den friedlichen Austrag des Kampfes ums Recht dar. (S. 7).

зависимость, называются гарантиями; и 2) *состязательность* разсмотрѣнія обстоятельствъ, какъ лучшій способъ разъясненія истины при помощи отгѣненія двухъ контрастирующихъ взглядовъ. Здѣсь участіе судьи выражается дѣйствительно въ оцѣнкѣ, тщательно взвѣшивающей представляемые доводы, а не въ активной дѣятельности, руководящейся по необходимости одною только необоснованной презумпціей, какъ то мы видимъ при инквизиціонномъ строѣ. Конечно, оба эти условія могутъ быть не вполне осуществлены въ каждой данной организаціи, влѣдствіе чего она не перестаетъ быть судебной; однако, можно сказать, поскольку отсутствуютъ въ ней нѣкоторыя предпосылки этихъ двухъ условій, постольку органы ея обладаютъ административнымъ, а не судебскимъ усмотрѣніемъ.

Законодательство стремится дать оцѣнку различнымъ проявленіямъ соціальной жизни и сообразно съ нею примѣнять систему принужденія, распорядителемъ которой оно является. Достиженіе такой справедливой оцѣнки возможно какъ посредствомъ строгой законодательной нормировки, такъ и посредствомъ правильно поставленнаго усмотрѣнія судьи. Благодаря необходимости въ особенной пластичности при примѣненіи государственной системы принужденія (напр., карательной реакціи въ уголовномъ правѣ) къ обвиняемымъ, подсудимымъ и къ различнымъ классамъ преступниковъ, съ особенной силой принципъ усмотрѣнія, какъ особой формы государственной регулировки, выдвинулся въ уголовныхъ дѣлахъ, и правильное примѣненіе его въ этой области основныхъ гражданскихъ правъ свободы и невинности послужило предметомъ особенной заботливости законодателя. Великій Монтескье говорилъ: „C'est de la bonté des lois criminelles que dépend la liberté des citoyens“, и въ другомъ мѣстѣ: „La plus sainte des lois sociales est celle par qui l'innocence est assurée“. Эти два блага именно и предоставлены уголовному суду. Отсюда уставъ уголовного процесса получилъ значеніе хартии, охраняющей права гражданина отъ произвола судебныхъ органовъ, и средства, доставляемыя имъ для обезпеченія правосудности усмотрѣнія судьи, явились въ высшей степени важными соціальными качествами судебной организаціи.

Остановимся же подробнѣе на указанныхъ нами вначалѣ основаній усмотрѣнія, въ примѣненіи къ уголовной юстиціи, разсмотрѣвъ каждое особо.

II.

Власть, предоставленная законодателемъ уголовному суду надъ личностью гражданина, особенно на стадіи предварительнаго слѣд-

ствія ¹⁾, въ настоящее время является громадной. Выяснить границы ея можно лишь въ примѣненіи къ отдѣльнымъ областямъ судебной дѣятельности, пока же укажемъ вообще на нѣкоторыя отличительныя ея свойства.

Въ виду частаго принципиальнаго противоположенія законодательной и судебной власти, перешедшаго отъ доктрины Монтескье, необходимо сказать нѣсколько словъ о ихъ соотношеніи. При раннемъ строѣ общества, когда князь судить на основаніи обычнаго права, какъ почти исключительнаго источника, судебная власть и очень слабо развитая законодательная власть находятся въ однихъ рукахъ. То же самое происходитъ и при неорганизованности общенія (напр., въ восточныхъ деспотіяхъ), когда воля главы служитъ исключительнымъ всемогущимъ закономъ. Здѣсь судебная власть всецѣло подчинена всякимъ приказамъ деспота. При полицейскомъ строѣ судъ проникается административными принципами и становится однимъ изъ видовъ административной дѣятельности. Впрочемъ въ этотъ періодъ разроста нія административной системы, нормы закона еще настолько неустойчивы и невыработаны, что почти приравниваются къ обыкновеннымъ приказамъ и инструкціямъ власти. Die Obrigkeit ist ein lebendig ordnendes Recht, das Gesetz—eine stumme Obrigkeit,—гласитъ нѣмецкая юридическая поговорка ²⁾. Лишь постепенно происходитъ обособленіе другъ отъ друга административной и судебной дѣятельности, какъ отправляемой независимыми органами. Постепенно отдѣляясь отъ администраціи и приобретаемая высшій авторитетъ въ отведенной ей области, судебная власть по своему значенію начинаетъ больше приближаться къ законодательной и устанавливаетъ даже наравнѣ съ нею обязатель-

¹⁾ Вотъ нѣкоторые отзывы французскихъ авторовъ о власти слѣдственнаго судьи, такъ же широко поставленной, какъ у насъ. F. Hélie—*Traité d'Inst. Crim.* T. V p. 68 „Quels pouvoirs immenses entre les mains de ce juge (juge d'instruction); quelle réunion des fonctions distinctes et importantes; quels droits presque illimités sur les personnes et sur les choses“. То же повторяетъ и Garraud въ *Précis. Flaman d, Detention préventive* 1876, p. 256: „Le grand vice de la loi de 1865 est d'avoir laissé au juge d'instruction une omnipotence absolue. Le législateur aurait dû sans entraver l'action de ce magistrat le circonscrire dans un cercle assez large pour qu'il puisse se mouvoir avec utilité, assez restreint qu'elle puisse exercer sans danger“. Morizot-Tibot. *De la detention préventive* (Rev. du droit public 1904 XXI. p. 45) „Dans le silence de la loi les magistrats ont tenté d'édicter les principes, qui peuvent régler l'exercice de leur pouvoir formidable; mais le danger a augmenté avec les interprétations diverses, qu'ils tirent de la pensée du législateur“.

²⁾ *Graff und Dietherr. Deutsche Rechtssprüchwörter* S. 406.

ность нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній (судебная практика) ¹⁾. Нельзя говорить общимъ образомъ, что одна изъ этихъ властей подчинена другой. Какъ судъ подчиненъ закону, такъ и законъ подчиненъ суду (обсужденіе судьей конституціонности законовъ). Требованіе исключительнаго господства закона съ низведеніемъ дѣятельности судебной къ чисто исполнительной—результатъ тѣхъ общественныхъ взглядовъ, при которыхъ только въ законѣ видѣли гарантію противъ произвола. Въ настоящее время, при правильныхъ условіяхъ, судебная организація не менѣе ограждена отъ произвола, чѣмъ законодательная, и потому опасеніе расширенія ея дѣятельности неосновательно. Правильнѣе исходить изъ взгляда на законодательную и судебную организаціи, какъ на двѣ группы самостоятельныхъ органовъ верховной власти, дѣятельность которыхъ, поставленная въ опредѣленные рамки, постоянно взаимодействуетъ. Функціей законодательной системы является установленіе такихъ общихъ правилъ регулировки государственной жизни, которыя должны быть приняты ко всеобщему руководству и осуществленіе которыхъ, влѣдствіе ихъ особой важности для правильной дѣятельности государства, должно поддерживаться возможностью примѣненія принудительной силы. Специальною функціей уголовного закона является перечисленіе ряда такихъ фактическихъ обстоятельствъ, наличие которыхъ, указывая на вредность для правопорядка дѣятельности лицъ, вызвавшихъ ихъ, влечетъ за собою примѣненіе мѣръ наказанія къ этимъ лицамъ. Функціей же уголовно-процессуальнаго закона является созданіе общихъ правилъ организаціи и дѣятельности различныхъ лицъ въ цѣляхъ правильнаго примѣненія матеріальнаго уголовного права къ отдѣльнымъ случаямъ. Законъ ограничивается нормировкой общихъ, т. е. наиболѣе основныхъ общественныхъ отношеній. Столь важное значеніе его для общественной жизни вызываетъ необходимость въ особыхъ его качествахъ, каковыми являются справедливое, основанное на соображеніяхъ правовой политики, обстоятельное и безпристрастное обсужденіе, полнота, нѣкоторая консервативность закона и, наконецъ, возможность широкаго распространенія знанія о немъ. Эти качества достигаются соотвѣтственной организаціей законодательнаго органа (представительствомъ отъ населенія, многочисленностью коллегій, двухпалатностью, независимымъ отъ правительства положеніемъ, свободой обсуждения, порядкомъ его, системой республикованія законовъ и пр.).

¹⁾ Исторію „раздѣленія“ законодательной и судебной власти въ теоріи см. Демченко. Судебный прецедентъ 1903, стр. 38—48.

Что касается судебной функции, то она в известной степени дополняет законодательную. Примѣняя въ наиболѣе важной для правопорядка ¹⁾ области общія законодательныя нормы къ конкретнымъ случаямъ, она сама создаетъ рядъ устойчивыхъ правилъ, вытекающихъ изъ необходимости подводить разнообразіе жизни подъ отвѣченныя формулы. Здѣсь именно и выдвигается вопросъ о судебскомъ усмотрѣніи въ его отношеніи къ закону. Если бы судья былъ слѣпымъ орудіемъ права („*Rechtsanwender*“—какъ выражается Биндингъ ²⁾)—въ противоположность *Rechtsimprovisator*), то обязанности его могли бы исполняться съ успѣхомъ любымъ администраторомъ, представляющимъ достаточно гарантій законности своихъ дѣйствій. Но мы видимъ, что развитіе идетъ совершенно по другому пути: усмотрѣніе судебской власти постепенно расширяется на ряду съ установленіемъ все большихъ и большихъ гарантій, отличающихъ ее отъ администраціи.

Въ области уголовного права, гдѣ законодательство предписываетъ принимать при наличности известныхъ фактическихъ обстоятельствъ столь тяжело ограничивающую индивидуальныя интересы мѣру—наказаніе, существованіе такихъ обстоятельствъ считается сомнительнымъ до тѣхъ поръ, пока оно не констатировано судомъ. Административный органъ, даже поймавъ преступника на мѣстѣ преступленія, не въ правѣ примѣнить къ нему законъ, облагающій это дѣяніе наказаніемъ, ибо фактъ, виновность и тяжесть дѣянія не констатированы въ судебномъ порядкѣ. Такимъ образомъ судебное разсмотрѣніе дѣла известнымъ органомъ есть *необходимое средство* примѣненія наказанія, и законъ это имѣетъ прежде всего въ виду, устанавливая въ этой области весьма гибкія формы. Въ то время какъ при обычной административной дѣятельности законъ довольствуется *последующей* провѣркой законности административныхъ распоряженій (административная юстиція) и отмѣной принятыхъ мѣръ, въ области примѣненія уголовного наказанія требуется непременно *предварительная* повѣрка и опредѣленіе условій. Эта судебная гарантія препятствуетъ вторгаться въ эту область административному усмотрѣнію, замѣняя его судебскимъ. Административная дѣятельность въ лицѣ прокуратуры какъ бы указываетъ на оспораживаніе и мѣру слѣдуемаго по ея мнѣнію наказанія, и судъ выноситъ по этому предложенію своей приговоръ. Только такая функція суда позволяетъ присвоить ему нѣкоторое значеніе наравнѣ съ законодателемъ.

¹⁾ См. F. H. Giddings—Principes de sociologie 1897. p. 355—57. Durkheim. De la division du travail social 1893, p. 446—47.

²⁾ Die drei Gründe der Organisation des Strafgerichts. 1876. S. 22.

При разсмотрѣнн власти судейскаго усмотрѣнн слѣдуетъ различать два вида его: судейское усмотрѣнн *по отношенн къ закону* и судейское усмотрѣнн *въ предѣлахъ закона*. Къ первому относится созданн судоу, посредствомъ толкованн и пополненн закона, нормъ, циркулирующихъ въ обществѣ почти паравнѣ съ законодательными (судебная практика, какъ источникъ права); ко второму относится свободная оцѣнка каждымъ отдѣльнымъ судьей обстоятельствъ и мѣръ въ предѣлахъ, предоставленныхъ ему закономъ.

III.

Усмотрѣнн *по отношенн къ закону* есть рядъ установленныхъ практикой судовъ правилъ, въ частности правилъ, установленныхъ высшимъ судебнымъ органомъ, подъ условнемъ соблюденн которыхъ рѣшенн прочихъ судовъ будетъ признаваться законнымъ; при такихъ условняхъ возводится въ обязательный принципъ то отношенн къ закону, которое установлено высшимъ судебнымъ органомъ (въ англо-американской системѣ—прецедентомъ). Для того, чтобы оцѣнить социальное значенн такой власти суда, необходимо выясннть въ краткихъ чертахъ значенн судебного рѣшенн.

Всякое рѣшенн суда, постановленное въ правильномъ порядкѣ съ соблюденнемъ законныхъ формъ и вступившее въ законую силу, почитается имѣющимъ значенн права для того конкретнаго случая, по отношенн къ которому оно вынесено, т. е. обладаетъ безусловной выполнимостью ¹⁾. Оно создаетъ обязанность на сторопѣ всѣхъ гражданъ подчиниться пряговору, т. е. терпѣть на свободѣ оправданнаго или освобожденнаго и не вмѣшиваться въ дѣйствн власти, карающей признаннаго виновнымъ; для власти же оно создаетъ необходимость прнннть установленную мѣру какъ социальный фактъ. Судебное рѣшенн есть *наиболье цѣнное сужденн* объ обстоятельствахъ, подлежащихъ разсмотрѣнн суда, какъ постановленное съ соблюденнемъ всѣхъ (копечню, въ относительномъ смыслѣ) средствъ, обезпечивающихъ его правильность; оно—законъ, приспособленный къ отдѣльному случаю. За нимъ, какъ за наиболье правильнымъ съ государственной точки зрѣнн выраженнемъ оцѣнки, полагаемой въ основу регулировки юридическихъ отношенн, закрѣпляются качества наибольшей невозвратимости и неоспариваемости. Конечно, говоря о наибольшей

¹⁾ По опредѣленн Бюлова (Archiv. f. civil. Praxis B. 62, S. 75)—„Der Process ist eine Rechtsgewissungsoperation, er soll konkrete Rechtsgewissheit und Rechtsgeltung herstellen“.

соціальної цѣнности судебного рѣшенія по сравненію со всякими другими оцѣнками тѣхъ же обстоятельствъ, мы имѣемъ въ виду преимущественно публичную и правно-политическую точку зрѣнія, но вполнѣ возможно, что, при развѣдающихъ судебный организмъ порокахъ, судъ будетъ пускать въ общественное обращеніе приговоры очень недоброкачественной чеканки. Но хотя въ нихъ настоящаго золота будетъ и мало, все-же они не лишатся своей обязательной силы, и лишь перемѣнятся въ отрицательную сторону общественное отношеніе къ суду (значеніе неправильныхъ оправдательныхъ или обвинительныхъ приговоровъ) ¹⁾. Государство присваиваетъ обязательную силу приговорамъ

¹⁾ Высказывавшіеся въ литературѣ взгляды на основанія обязательности приговоровъ отличны отъ вышеизложенныхъ. Ихъ можно свести къ тремъ теоріямъ: 1) теорія фикцій, впервые высказанная Савиньи (System. VI) и теперь защищаемая Биркмейеромъ (Deutsche Strafprozessrecht 1898. S. 675). Основываясь на текстѣ Ульпіана: *res iudicata pro veritate accipitur*, сторонники этой теоріи считаютъ судебное рѣшеніе фикціей истины. Однако, суду не всегда приходится рѣшать вопросы только объ истинности (но и о необходимости, о справедливости и цѣлесообразности); затѣмъ при относительности понятія „истина“, подъ нею можно разумѣть самые разнообразныя субъективные взгляды (объективной истины нѣтъ); наконецъ, выраженіе—„фикція“—ничего не даетъ для объясненія отношенія судебного рѣшенія къ истинѣ, кромѣ развѣ признанія того, что оно есть не истина, а нѣчто другое, а—что именно—и не указывается. 2) Другая теорія, такъ называемая теорія справедливости, указываетъ, что основаніемъ обязательности приговора служатъ требованія справедливости и гуманности. Основаніе правовой силы, по мнѣнію впервые высказавшаго такую теорію Бернера и его послѣдователей Гейтлера, Гейнце и Глазера, коренится не въ *ius*, а въ *aequitas*. Судебное рѣшеніе, какъ бы совершенно оно ни было, всегда далеко отъ идеала истины; конечный предѣлъ разсмотрѣнію дѣла ставится вслѣдствіе справедливаго отношенія къ обвиняемому, который съ теченіемъ времени все болѣе и болѣе подвергается опасности несправедливаго приговора, вслѣдствіе искаженія доказательствъ. Поэтому первое законное рѣшеніе получаетъ силу и можетъ быть нарушено лишь при открывшейся несправедливости (осужденъ невинный). Нельзя устанавливать нарушенія перваго приговора вслѣдствіе обнаружившейся виновности, ибо здѣсь наказаніе засчитывается вслѣдствіе страданія и заботъ оправданнаго. Эта крайне односторонняя теорія была подвергнута критикѣ Кривома (Lehrbuch des Strafprozessrechts, S. 594). Съ своей стороны, укажемъ, что она совершенно произвольно принимаетъ въ основаніе одинъ лишь интересъ обвиняемаго и основана на очень слабой презумпціи павлучшаго качества перваго приговора (даже если онъ постановленъ черезъ подкупъ!); и, наконецъ, она объясняетъ, почему первый приговоръ не долженъ быть замѣняемъ новымъ, а не то, почему приговоръ вообще становится обязательнымъ. Третья теорія, развитая Шанзе (Z. Liszt'a IV S. 449) и обоснованная О. Вагбагино въ его монографіи *Die Rechtskraft des Strafurtheils und ihre Wirkungen*—1902. S. 19 ff.—считаетъ силу приговора слѣдствіемъ различныхъ уголовно-политическихъ цѣлей и, въ

и вообще судебнымъ рѣшеніямъ потому, что они съ его точки зрѣнія суть наиболѣе правильные выразители оцѣнки. Однако, должно ли государство признавать въ приговорѣ только индивидуальную цѣнность по отношенію къ каждому конкретному случаю, или же признать въ немъ и нѣкоторую общую цѣнность по отношенію къ цѣлой категоріи аналогичныхъ случаевъ? При признаніи послѣдняго значенія, судебному рѣшенію присваивается до нѣкоторой степени нормативный характеръ. Такой обще-цѣнный элементъ приговора можетъ создаваться или посредствомъ кассационнаго разъясненія въ видѣ правила для руководства въ будущемъ, или въ видѣ сравненія съ прошлой практикой судовъ, т. е. отыскиванія въ прошломъ аналогичныхъ рѣшеній, влѣдствіе признанія всего прошлаго цѣннымъ въ общемъ смыслѣ; но послѣдній способъ цѣлесообразенъ лишь тамъ, гдѣ судебная система однообразна, устойчива и вполнѣ надежна, въ противномъ случаѣ общеобязательными могли бы становиться наравнѣ съ цѣнными и чисто случайные приговоры.

Даже если и отрицать обще-цѣнное значеніе судебныхъ рѣшеній, все-же необходимо признать, что въ развитомъ и прогрессирующемъ государственномъ строѣ наблюдается постоянная тенденція извлеченія изъ судейскихъ рѣшеній обще-цѣнныхъ сужденій о правѣ, которымъ можетъ быть и не присвоена правовая сила по отношенію къ новымъ дѣламъ, но которыя однако создаютъ увѣренность въ томъ, что при судебномъ осуществленіи вплоть до высшей инстанціи, установившей какое-либо обще-цѣнное рѣшеніе въ качествѣ правила своей дѣятельности, извѣстный интересъ будетъ закрѣпленъ за даннымъ лицомъ (напр., увѣренность прокуратуры, что соотвѣтственное дѣяніе будетъ признано преступнымъ и наказано). Развитие уголовного права, какъ и всѣхъ другихъ правовыхъ институтовъ, происходитъ посредствомъ непрерывной массовой оцѣнки, производимой судами на массѣ дѣлъ, и кристаллизованный опытъ такой оцѣнки выливается въ нормы судебной практики. Эти нормы, имѣющія характеръ прочно выработанныхъ рѣшеній, начинаютъ получать общеобязательное значеніе,

частности, цѣли процесса. Необходимо въ общихъ интересахъ *reperere finem controversiarum pronuntiatione iudicis*; необходимо также, чтобы вытекающія изъ приговора правоотношенія были прочны. Въ самой сущности процесса лежитъ признаніе авторитета воли судьи. Конечно, возможны неправильныя рѣшенія, но эти недостатки не упраздняютъ необходимости установленія конечной силы судебного приговора. Какъ видно, эти соображенія говорятъ лишь въ пользу того, что вообще необходима наличность сѣязательной регулировки, но нисколько не объясняютъ, почему средствомъ такой регулировки должно быть судебное рѣшеніе.

однако только для судовъ (и даже только для кассационнаго). Отъ нормъ законодательныхъ онѣ отличаются главнымъ образомъ тѣмъ, что осуществленіе ихъ сопряжено съ большей затратой дѣятельности въ виду необходимости достиженія ихъ судомъ; это—нормы, регулирующія примѣненіе государственнаго принужденія, но обладающія особымъ механизмомъ осуществленія, болѣе сложнымъ, чѣмъ тотъ, который имѣется у нормъ законодательныхъ. Впрочемъ, это соображеніе имѣетъ больше значенія для области имущественныхъ гражданскихъ правъ; въ области уголовныхъ дѣлъ, гдѣ вообще всегда требуется предварительное разсмотрѣніе дѣла судомъ, указаніе на большую затрату судебной дѣятельности можетъ имѣть значеніе лишь указанія на необходимость болѣе частыхъ обжалованій и пересмотровъ. Отсюда слѣдуетъ, что въ цѣляхъ большей устойчивости новыхъ правилъ и экономіи судебной дѣятельности необходимо постепенное превращеніе такихъ правилъ въ законодательныя, обладающія большимъ удобствомъ выполненія и общезвѣстностью.

Поскольку судебная практика уживается въ рамкахъ закона, постольку законъ хорошъ (по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія полноты и ясности его), но если правила закона дополняются, а порою и видоизмѣняются ею, то это служитъ нагляднымъ показателемъ различныхъ несовершенствъ закона. Судебная практика, приспособляя такъ или иначе законъ къ жизни, выполняетъ важную общественную функцію, данную ей самою жизнью, ибо кто можетъ поставить свое толкованіе закона выше того, которое далъ судъ? Вслѣдствіе высшаго права толковать законъ, присущаго высшему судебному учрежденію, судамъ безусловно присвоена въ извѣстной степени регулирующая юридическія отношенія роль. Государство не можетъ создать еще болѣе высокій по своему положенію органъ, могущій отбрасывать тѣ или иныя толкованія, какъ „неправильныя“ или „не вытекающія изъ закона“. Отсюда ясно, что правотворческая дѣятельность при толкованіи высшаго судебного учрежденія сдерживается не какими-либо государственно-принудительными мѣрами, а лишь общественнымъ мнѣніемъ, оказывающимъ воздѣйствіе на правильное направленіе толкованія, подобно тому, какъ оно вліяетъ и на справедливое направленіе законодательства. Для выполненія такой дѣятельности приспособлена и сама организація кассационнаго суда: эта организація можетъ быть характеризована, какъ занимающая среднее положеніе между организаціей законодательнаго учрежденія и организаціей суда. Изъ первой формы заимствованы: многочисленность коллегіи (напр., департаментъ Сената), отсутствіе состязательности въ разсмо-

трѣни дѣла (система доклада и заключеній), широкое обнародованіе разъясненій, наличность ряда правилъ, обеспечивающихъ обдуманность и нѣкоторую консервативность разъясненій (сила предшествующихъ рѣшеній), и др.; изъ второй же формы заимствованы принципы разсмотрѣнія отдѣльныхъ дѣлъ (а не вообще вопроса), судейскій характеръ должности, тайна совѣщанія, мотивировка и пр. Такимъ образомъ организациа высшаго судебного учрежденія въ большой степени обеспечиваетъ тѣ качества, которыя требуются для установленія обязательныхъ нормъ. Должно всѣми силами стараться, чтобы законъ былъ незыблемъ и проченъ, но все-же не слѣдуетъ этому принципу приносить въ жертву самую жизнь: средствомъ постепеннаго приспособленія закона къ жизни, безъ нарушенія его общеобязательной силы, является дѣятельность высшаго судебного учрежденія. Сдавивъ ее (упразднить ее государство не въ состояніи), государство въ значительно большей степени подорветъ авторитетъ закона. Отзычивость законодательнаго органа къ требованіямъ жизни можетъ въ нѣкоторой степени упразднить необходимость въ модификаціяхъ закона судомъ, но, къ сожалѣнію, въ сложномъ механизмѣ законодательства такая пластичность— трудно достижимый идеалъ. Мы видимъ, что и въ самой жизни привѣтствуются попытки широкаго толкованія, кромѣ, конечно, тѣхъ случаевъ, когда такое толкованіе принято не въ цѣляхъ дѣйствительнаго удовлетворенія новыхъ потребностей, а въ интересахъ какого либо отдѣльнаго, исключительнаго случая ¹⁾.

Судъ — настолько тонкій аппаратъ, что онъ не сумѣетъ быть проводникомъ законности, если эта законность вредна обществу, и принужденіе суда (мы имѣемъ въ виду судъ уголовный) слѣдовать плохому закону выразится въ рядѣ серьезныхъ ненормальностей, въ видѣ ли неосновательныхъ оправдательныхъ приговоровъ присяжныхъ, въ видѣ ли искусственной квалификаціи дѣяній коронными судьями или, наконецъ, въ видѣ цѣлаго ряда опасныхъ обходовъ закона. Не-

¹⁾ Barbarino—Die Rechtskraft. 1902. S. 2. „Tätigkeit des Richters besteht nicht bloss in der Weiterbildung des bestehenden Rechts, sondern auch in der Neuschöpfung der dem einzelnen Falle entsprechenden Rechtsnorm“. Пѣрвымъ противникомъ всякаго усмотрѣнія является Биндингъ— „Das Recht bedarf eines Gerichtes, welches Recht und nichts als Recht spricht, welches daher mit der nötigen Einsicht und der nötigen unabhängigen Kraft ausgehalten werden muss seinen erhabenen Beruf zu erfüllen“ (Die drei Gründe der Organisation des Strafgerichts. 1876. S. 2) „Von einem sehr schwanken Faktor, dem momentanen Gefühl des Urtheilers, von Recht und Billigkeit hängen die köstliche Güter des Beklagten ab. (Ibid. S. 22)“.

стѣшенное буквой толкованіе высшаго суда, до минимума ослабляющее вредную силу закона, конечно, является только нѣкоторымъ наліативомъ, но нельзя отказывать ему въ значеніи. Предоставлять суду широкую область толкованія въ извѣстной степени является вреднымъ, но еще вреднѣе вызывать цѣлый рядъ ненормальностей примѣненіемъ вреднаго закона, законодательное измѣненіе котораго почему-либо задерживается ¹⁾.

IV.

Переходя теперь ко второму вопросу, именно къ основаніямъ усмотрѣнія судьи *въ предѣлахъ закона*, мы остановимся на второй предпосылкѣ такого усмотрѣнія, требующейъ наличности ряда обстоятельствъ для примѣненія оцѣнки. Объемъ предоставляемаго усмотрѣнія долженъ опредѣляться слѣдующими условіями:

1) сложностью и неуловимостью обстоятельствъ, которыя слѣдуетъ принять во вниманіе при оцѣнкѣ;

2) невозможностью для законодателя найти общія формулы для выраженія какого-либо юридическаго правила, вслѣдствіе чего онъ можетъ дать только наставленіе, а не строгую норму; и

3) вообще невыясненностью въ законѣ тѣхъ юридическихъ фактовъ, въ зависимости отъ которыхъ должна быть принята ограничивающая права мѣра въ тѣхъ или другихъ ея видѣ, размѣрѣ и тяжести.

Въ первомъ случаѣ законодательство можетъ дать самыя общія правила оцѣнки, а главнымъ образомъ слѣдить, чтобы оцѣнка была обстоятельной, безпристрастной и разносторонней (напр., оцѣнка до-

¹⁾ Вспомнимъ, какою существенную роль въ правовомъ творествѣ Рима игралъ преторъ, обладавшій въ уголовныхъ дѣлахъ весьма широкимъ правомъ *coercitionis* (Mommisen—Römisches Strafrecht 1899. S. 142—143). Широкія рамки толкованія, въ которыхъ римскіе юристы дѣйствовали, позволили имъ создать неподобно разработанныя нормы *Corpus'a*. Про современное англійское право Г. В. Демченко (Судебный прецедентъ. 1903, стр. 20) говоритъ: „Приговоры англійскихъ судовъ имѣютъ огромное значеніе въ дѣлѣ созданія права, и очень часто при ихъ посредствѣ вопліѣ сознательно измѣняются и отмѣняются несовершенныя постановленія законовъ и вводятся новыя нормы, имѣющія общеобязательную силу“. Несмотря на такую, почти равную законодательной, власть, суды пользуются полнымъ довѣріемъ, и законодательство не терпитъ ущерба. Судебно-практическая точка зрѣнія очень часто опредѣляетъ законодательную; пробѣлы закона почти всегда первоначально обнаруживаются на судѣ, а не посредствомъ законодательнаго разсмотрѣнія. Въ тѣхъ областяхъ административнаго права, куда еще не проникла очищающая дѣятельность суда, мы видимъ нагроможденіе самыхъ устарѣлыхъ и неразработанныхъ правилъ.

казательствъ). Во второмъ случаѣ законодатель сознаетъ отдѣльныя условія примѣненія различныхъ мѣръ, но, не умѣя заключить ихъ въ общую норму, даетъ для примѣра перечисленіе нѣкоторыхъ условій, предоставляя усмотрѣнію судьи выводить точное значеніе каждаго (такой характеръ имѣетъ у насъ усмотрѣніе судьи въ области принятія мѣръ, обезпечивающихъ неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія). Что касается третьяго условія, то здѣсь законодатель, имѣя съ одной стороны сложность обстоятельствъ, которыя должны быть приняты во вниманіе, и съ другой стороны—разнообразіе могущихъ быть принятыми мѣръ, способенъ установить цѣлесообразно-справедливое соотношеніе между ними лишь въ общихъ чертахъ, оставивъ болѣе подробное соображеніе усмотрѣнію судьи (напр., усмотрѣніе при назначеніи мѣры наказанія).

Такамъ образомъ условіями, отъ которыхъ зависитъ объемъ усмотрѣнія, являются: сложность обстоятельствъ, степень выясненія законодателемъ значенія этихъ обстоятельствъ и, наконецъ, разнообразіе могущихъ быть принятыми мѣръ.

Если усмотрѣнію судьи въ какой-либо области права предоставлено нѣкоторое мѣсто, въ рѣшеніи судовъ являются выраженными двѣ оцѣнки: сначала общая оцѣнка законодателя и затѣмъ болѣе индивидуальная оцѣнка самого судьи. Вопросъ о томъ, гдѣ лучше всего провести грань между ними, можетъ быть разрѣшенъ лишь принятіемъ во вниманіе *соціальныхъ качествъ* той или иной оцѣнки и значеніемъ каждой изъ нихъ въ определенной сферѣ.

Какъ законодатель, такъ и судья подвергають оцѣнкѣ рядъ обстоятельствъ для того, чтобы въ концѣ концовъ создать общественно-обязательное положеніе. Но характеръ ихъ дѣятельности, одинаковый съ логической стороны, во многомъ различенъ со стороны соціальной, т. е. съ точки зрѣнія цѣли, оснований и положенія судящаго.

Законодатель, производя оцѣнку, *имѣетъ въ виду* широкіе общественные интересы, онъ заботится о согласованности даннаго правового института съ прочими, обсуждаетъ общественно-воспитательное значеніе предполагаемой нормы, такъ какъ продуктъ его дѣятельности послужитъ руководствомъ для многихъ милліоновъ людей и установитъ въ обществѣ извѣстный типъ поведенія. Судья же по существу своей дѣятельности не заглядываетъ такъ далеко. Кругъ констатируемыхъ на судѣ фактовъ—вотъ естественная сфера оцѣнки судьи, и эта сфера заставляеть судью почти исключительно руководиться цѣлями индивидуальнаго приспособленія, наибольшей цѣлесообразностью конкретнаго

случая ¹⁾); а влѣдствіе этого и конечные выводы оцѣнки судьи и законодателя различны. Первая по преимуществу индивидуалистична, вторая—соціална.

Кромѣ того, *основанія* оцѣнки различны. Въ то время какъ законодатель стоитъ исключительно на точкѣ зрѣнія политики права, и правильность основаній закона достигается представительствомъ въ законодательномъ органѣ интересовъ различныхъ общественныхъ классовъ, судья руководится почти исключительно соображеніями справедливости, гуманности, составляющими лишь одну группу основаній политики права, и интересы одной отрасли государственной жизни—правосудія являются ему наиболѣе близкими.

Наконцѣ *положеніе судьи*, его подготовка, имѣющіяся въ его распоряженіи средства сильно вліяютъ на характеръ производимой имъ оцѣнки. Судья не стоитъ такъ высоко надъ соціальными отношеніями, какъ законодатель, и потому горизонтъ, открывающійся его умственному взору, значительно уже: онъ видитъ не на много дальше обычного гражданина.

Вслѣдствіе всего этого оцѣнка судейская по своему качеству стоитъ ниже оцѣнки законодательной, пока дѣло касается общихъ соціальныхъ началъ юридической регулировки, наоборотъ, она наиболѣе удобна въ примѣненіи къ условіямъ конкретнаго случая ²⁾). Если законодатель, напр., хочетъ оградить подслѣдственную свободу обвиняемыхъ, въ преступныхъ дѣяніяхъ, не достигающихъ извѣстной тяжести, онъ не долженъ это огражденіе предоставлять судья; въ глазахъ судьи потребность правосудія въ обезпеченіи неуклоненія обвиняемаго будетъ стоять впереди всѣхъ другихъ соціальныхъ благъ, и индивидуальная свобода будетъ приноситься въ жертву этой цѣли даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ соціальный интересъ обезпеченія ея стоитъ выше интереса опасности неявки. Поэтому созданіе правила, имѣющагося въ ст. 419 у. у. с., является вполне цѣлесообразнымъ. Точно такъ же судью необ-

¹⁾ Это между прочимъ отражается и на составѣ коллегій. Законодательная коллегія обыкновенно многочисленна, вслѣдствіе потребности въ разносторонней и сложной оцѣнкѣ, коллегія судейская сравнительно не велика, ибо кругъ расцѣпляемыхъ интересовъ уже.

²⁾ На практикѣ, конечно, законодатель, самъ того не сознавал, руководится иногда судебно-практической оцѣнкой (см. прекрасное доказательство этого для германскаго гражданскаго уложенія у проф. Л. И. Петражицкаго „Lehre vom Einkommen“ 1895. С. II). Наоборотъ, вслѣдствіе крайней косности законодательнаго органа, сдавленная здѣсь реформа направляетъ волну политической оцѣнки въ судъ, который, особенно если онъ снабженъ широкимъ усмотрѣніемъ, становится на законодательную точку зрѣнія.

ходимо ограничить общими правилами соціальной оцѣнки тяжести отдѣльнаго преступнаго дѣянія, ибо въ противномъ случаѣ соціальная цѣль наказанія (общее предупрежденіе), болѣе ясная законодателю, отступала бы значительно на второй планъ передъ цѣлью индивидуальной (спеціальное предупрежденіе), болѣе близкой судѣ. Соединеніе обѣихъ цѣлей одно только можетъ обезпечить цѣлесообразное примѣненіе наказанія.

Обсуждая цѣлесообразныя начала такого разграниченія, мы коснемся постановки его въ *динамику процесса и при постановленіи приговора*. Въ первомъ случаѣ оно проявляется: 1) въ области принятія принудительныхъ мѣръ (мѣры обезпеченія, обыски и пр.); 2) въ области разслѣдованія дѣла (усмотрѣніе въ собираніи доказательствъ, принятіи различныхъ слѣдственныхъ мѣръ, управленія ходомъ судебного слѣдствія) и 3) въ области опредѣленія процессуальныхъ правъ сторонъ (напр., опредѣленіи слѣдователемъ права обвиняемаго присутствовать при допросѣ свидѣтелей, опредѣленіи различныхъ правъ защиты, правъ дополненія слѣдствія при заключеніи его и мн. др.). Усмотрѣніе же судьи при постановленіи приговора выражается: 1) въ оцѣнкѣ доказательствъ при констатированіи факта; 2) въ признаніи даннаго состава фактовъ вообще наказуемымъ и 3) въ опредѣленіи размѣра наказанія.

Рѣшеніе вопроса о надлежащихъ границахъ судейскаго усмотрѣнія въ каждой изъ этихъ областей должно составить предметъ спеціальнаго изслѣдованія, но мы все-таки не можемъ пройти мимо существа вопроса объ усмотрѣніи и не ограничиться нѣсколькими, хотя бы очень поверхностными по необходимости, замѣчаніями относительно каждой изъ этихъ областей.

У.

При назначеніи принудительныхъ мѣръ (напр., личнаго задержанія) усмотрѣніе судьи сталкивается съ личной свободой гражданъ, и законодателю предстоитъ трудная задача установить равновѣсіе между индивидуальной свободой и потребностями правосудія. Единогласно всѣми признается, что свобода должна быть ограничена только въ случаяхъ необходимости. Но, конечно, здѣсь имѣется въ виду не необходимость явленій природы, а необходимость телеологическая, потребность для опредѣленныхъ цѣлей. Поэтому законодатель прежде всего долженъ указать судѣ тѣ *цѣли* или *основанія*, по которымъ могутъ быть приняты принудительныя мѣры. Другимъ средствомъ опредѣленія дѣйствительной необходимости явится *состязательное выясненіе силы уликъ*, безъ наличности которыхъ отпадаетъ потребность въ принятіи

этих мѣръ. Затѣмъ въ интересахъ большей опредѣленности принимаемыхъ мѣръ, требуются опредѣленія общихъ условій ихъ примѣненія, силы и продолжительности дѣйствія каждой изъ нихъ. Наконецъ, въ случаѣ предоставленія назначенія ихъ единоличному судѣ (особенно не пользующемуся всѣми судебскими гарантіями, какъ слѣдователь) необходимы добавочныя гарантіи, какъ составленіе мотивированнаго постановленія, контроль и обжалованіе. Вообще же можно выставить то правило, что по принятію принудительныхъ мѣръ въ процессѣ законъ долженъ стѣснять судью въ возможности ограничивать индивидуальную свободу ¹⁾ и никогда не предписывать ему такихъ ограниченій въ видѣ общаго правила. Тѣ интересы правосудія, которые хотѣлъ бы оградить законодатель установленіемъ обязательности привятія въ извѣстныхъ случаяхъ принудительныхъ мѣръ, судѣ еще ближе, чѣмъ ему (см. выше), и потому для правосудія не будетъ никакого ущерба, если на мѣсто безусловной нормы поставить благопріятное къ огражденію такого соціального интереса усмотрѣніе судьи. Отъ такой же постановки свобода и справедливость много выиграютъ. На поприщѣ созданія нормальныхъ условій усмотрѣнія судьи въ области принятія принудительныхъ мѣръ нашему законодательству предстонтъ еще много усовершенствованій.

Что касается другой сферы процессуальнаго усмотрѣнія — *сферы разслѣдованія дѣла*, то она находится въ рукахъ главнымъ образомъ единоличнаго судебного органа (сначала слѣдователя, затѣмъ председателя). Судъ, какъ на предварительномъ, такъ и на судебномъ слѣдствіи, обладаетъ многочисленными правами активнаго разслѣдованія дѣла (сбораніе доказательствъ, производство слѣдственныхъ дѣйствій, порядокъ изложенія доказательствъ, допущеніе экспертизы и пр.). Область судебного усмотрѣнія здѣсь расширяется, если законодатель предоставляетъ судѣ свободно руководиться правилами цѣлесообразности. Однако чрезмѣрное расширеніе усмотрѣнія въ этой области отразилось бы вредно на процессѣ. Дѣятельность судьи поглотила бы здѣсь всякое состязательное начало; изъ дѣятельности рѣшающей она превратилась бы въ дѣятельность инквизиціонную, всегда болѣе одностороннюю. При такомъ порядкѣ у суда было бы также больше средствъ вносить свою пристрастность и предубѣжденіе (подборъ доказательствъ). Отсюда вполне цѣлесообразно стремленіе предоставить это дѣло сто-

¹⁾ Sonntag—Entlassung gegen Caution 1863 S. 2—замѣчаетъ вполне правильно „Die persönliche Freiheit des Staatsbürgers bedarf eines stärkeren Schutzes, als ihm das gerichtliche Ermessen zu gewären vermag“.

ронамъ, за судомъ же сохранить только вспомогательное, дополняющее значеніе. Возможны также спеціальныя ограниченія судьи въ этой области (напр., по дѣламъ частнаго обвиненія), въ зависимости отъ требованія полной состязательности.

На третьемъ вопросѣ процессуальнаго усмотрѣнія — усмотрѣнія судьи въ разрѣшеніи сторонамъ пользоваться ихъ процессуальными правами — намъ придется остановиться подробнѣе въ виду особой его важности и малой выясненности. Определенность нормъ процесса, не сдвигивающая однако направленной къ розысканію истины дѣятельности участвующихъ лицъ, является крупнымъ его качествомъ, такъ какъ вслѣдствіе нея достигается большая экономія силъ и большая крѣпость вынесеннаго приговора (неоспариваемость процессуальной его правильности). Существенную часть современнаго процесса составляетъ дѣятельность такъ называемыхъ сторонъ — обвинителя, обвиняемаго или его защитника. Эта дѣятельность или дозволяется безусловно (и даже иногда предписывается), или же ставится въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи, который можетъ дозволить или воспретить ее. Допуская дѣятельность стороны въ процессѣ и придавая ей существенное для дѣла значеніе, законодатель долженъ, конечно, обезпечить за нею характеръ не ряда разбросанныхъ актовъ, а строго послѣдовательной дѣятельности, успѣшность которой, подобно успѣшности дѣятельности хозяйственной, основывается на определенномъ разчетѣ, планѣ. Основными посылками этого плана защиты или обвиненія являются процессуальныя нормы, сообразуясь съ которыми, сторона получаетъ увѣренность въ будущей возможности для нея совершать при извѣстныхъ условіяхъ извѣстныя процессуальныя дѣйствія. Отсюда ясно, что успѣхъ всей планомѣрной дѣятельности зависитъ отъ прочности положенныхъ въ основаніи всего разчета нормъ. Допущеніе въ эту область судейскаго усмотрѣнія, заключающагося въ поставленіи въ зависимость отъ будущаго рѣшенія судьи (а не безусловной законодательной нормы) процессуальныхъ дѣйствій сторонъ, сильно ослабляетъ планомѣрное и разработанное веденіе защиты или обвиненія, а слѣдовательно и качество всего процесса. Усмотрѣніе судьи, въ особенности если оно не регулировано ясными правилами и не ограждено отъ постороннихъ вліяній, вноситъ много случайнаго въ процессъ и разстраиваетъ стройную его организацію. Возможность состязанія предъ безпристрастнымъ судьей до извѣстной степени препятствуетъ такому разрушительному вліянію усмотрѣнія, потому что каждая сторона будетъ дѣйствовать сообразно съ имѣющимися у ней силами. Сознвая въ себѣ силы, достаточныя для того, чтобы убѣ-

дить разумнаго судью въ необходимости предоставить ей выполнение какого-либо процессуальнаго дѣйствія, сторона будетъ относиться къ этому рѣшенію не какъ къ чему-либо случайному, основанному на догадкахъ, а чувствовать извѣстную увѣренность въ его результатѣ. При такой формѣ дѣятельность сторонъ хотя и усложняется, но все же остается въ большой степени планомѣрной, такъ какъ непредвидимый, случайный элементъ сведенъ къ минимуму¹⁾. Въ противномъ случаѣ при усмотрѣніи судьи, не покоящемся на состязательности (усмотрѣніе слѣдователя), рѣшеніе его пріобрѣтаетъ произвольный, случайный характеръ и потому вредитъ планомѣрности процесса.

Водвореніе судейскаго усмотрѣнія въ сферу процессуальныхъ правъ сторонъ есть средство противъ возможныхъ злоупотребленій, вредныхъ для процесса. Конечно, поскольку даютъ поводъ къ такимъ опасеніямъ стороны, оно необходимо; но устанавливать его на всякій случай, про запасъ, какъ то склонно дѣлать наше законодательство, значитъ ослаблять всякую самостоятельную дѣятельность сторонъ и давать просторъ произвольному началу въ процессѣ. Такія каучуковыя нормы—опасное орудіе въ рукахъ пристрастнаго судьи. Созданіе нѣкоторой угрозы по отношенію къ такому судью въ видѣ возможности отмены приговора, постановленнаго при излишнемъ стѣсненіи какой-либо стороны—плохое средство, ибо имъ вызываются всѣ печальныя послѣдствія неоднократныхъ пересмотровъ дѣла. Такое средство способно также исправить лишь грубыя нарушенія, а не десятки мелкихъ стѣсненій, иногда, быть можетъ, еще болѣе вредныхъ. Допустивъ къ выработкѣ приговора стороны, законъ долженъ отнестись къ нимъ съ большимъ довѣріемъ, не подчинивъ ихъ всецѣло суду.

Что касается судейскаго усмотрѣнія по отношенію къ процессуальной дѣятельности другихъ лицъ (экспертовъ, свидѣтелей и даже гражданскаго истца), то расширить здѣсь контроль усмотрѣнія суда только желательно. Отъ этихъ лицъ не требуется планомѣрной дѣятельности, какъ отъ сторонъ, а лишь помощь правосудію въ отдѣльныхъ случаяхъ, когда оно нимъ обращается. Судь самъ больше всего можетъ быть признанъ выразителемъ потребностей правосудія и по-

¹⁾ Всѣ права обвиняемаго (а въ проектѣ 1900 г.—и его защитниковъ)—на предварительной стадіи у насъ поставлены въ зависимость отъ крайне недоброкачественнаго усмотрѣнія слѣдователя. Понятно поэтому, что пользование ими парализовано и бесполезно. Необходима значительно большая ихъ самостоятельность. См. мою статью въ „Вѣстникъ Права“ 1904. № 9—О процессуальныхъ правахъ заключеннаго подъ стражу обвиняемаго.

тому свободно можетъ рѣшать вопросъ о желательности совершенія или какихъ-либо процессуальныхъ дѣйствій.

Кромѣ указанныхъ трехъ крупныхъ областей примѣненія процессуальнаго усмотрѣнія можно было бы отмѣтить и нѣкоторыя другія, болѣе мелкія (напр., при назначеніи мѣръ обезпеченія доказательствъ, при назначеніи перерывовъ засѣданія, при поддержаніи порядка и пр.); но онѣ, съ большимъ успѣхомъ, могутъ быть отнесены къ простому расчету, къ правиламъ цѣлесообразности, такъ какъ не сталкиваются ни съ процессуальными, ни съ личными правами сторонъ и участвующихъ въ дѣлѣ лицъ.

VI.

Изъ сферы примѣненія судейскаго усмотрѣнія *при постановкѣ приговора*, конечнаго и существеннѣйшаго момента всего процесса, отмѣтимъ сначала область оцѣнки доказательствъ.

Съ оцѣнкою доказательствъ судья приходится имѣть дѣло въ процессѣ неоднократно. Но законъ относится различно къ значенію ихъ въ зависимости отъ того рѣшенія, для обоснованія котораго они предназначаются. Для принятія принудительныхъ мѣръ, для преданія суду требуются „достаточныя, вѣсныя, серьезныя, существенныя улики“, порою даже опредѣляемыя въ законѣ. Здѣсь доказательства нужны для принятія временной, предварительной мѣры. Но окончательное, роковое значеніе доказательствамъ законъ придаетъ при постановленіи приговора, а правила оцѣнки ихъ установлены главнымъ образомъ для этой стадіи процесса. Дать въ руки суда надежныя средства распознаванія достовѣрности и значенія полученныхъ доказательствъ въ настоящее время, вѣдѣствіе крайней сложности оцѣнки, законодатель не можетъ, а предоставляетъ это житейской опытности и наукѣ. Наибольшее, что онъ можетъ сдѣлать,—это лишить всякой доказательней силы нѣкоторые виды уликъ или же счесть ихъ въ отдѣльности недостаточными для осужденія (англійская система). Оцѣнка суда въ этой области всегда останется свободною, ибо нѣтъ органа, который могъ бы быть поставленъ здѣсь выше судьи, постановившаго приговоръ. Не приходится повторять соображенія о вредѣ формальныхъ доказательствъ: онъ доказанъ настолько очевидно, что врядъ-ли законодательство скоро вернется къ этой системѣ (для этого необходимъ колоссальный прогрессъ криминалистики) ¹⁾.

¹⁾ Lothar Seuffert („Ueber richterliches Ermessen“, academische Festrede der Universität Giessen. S. 11) правильно указываетъ, что прежнія формальная

При оцѣнкѣ доказательствъ по своимъ качествамъ судебная оцѣнка гораздо приспособленнѣе законодательной; задача законодателя состоитъ лишь въ устраненіи произвола ея, что достигается: 1) устраненіемъ постороннихъ тенденцій въ судьяхъ, напр., у присяжныхъ тенденции вліять на наказаніе; 2) полной обезпеченностью и независимостью даннаго судебного органа и довѣріемъ къ нему со стороны общества. Признаніе совершенія извѣстнаго преступнаго дѣянія полагаетъ грань между гражданиномъ преступнымъ и непроступнымъ и, какъ существеннѣйшій юридическій фактъ, требуетъ наиправильнѣйшаго констатированія, особенно по отношенію къ болѣе тяжкимъ дѣяніямъ, послѣдствія которыхъ радикально измѣняютъ всю соціальную жизнь человѣка. Обязанность мотивировки доказательствами принятаго рѣшенія—первый коррективъ недовѣрія къ судѣ и недостаточности гарантій безпристрастности: апелляціонное обжалованіе—другой, болѣе рѣшительный ¹⁾. Нареканія за неправильность оцѣнки раздаются часто на нашъ судъ присяжныхъ, главнымъ образомъ, вслѣдствіе склонности его вліять на наказаніе ²⁾. Но такого рода ненормальность—результатъ нецѣлесообразной процессуальной постановки присяжныхъ, по существу являющихся лучшей гарантійю правильности оцѣнки доказательствъ. Съ другой стороны, проявляется недовольство короннымъ судомъ, имѣющимъ сильную обвинительную тенденцію, вслѣдствіе того, что все судебное слѣдствіе сценируется тѣми же органами, которые и выносятъ по дѣлу приговоръ и которые находятся подъ значительнымъ давленіемъ административной власти. Оба эти недостатка—результатъ несовершенной организаціи суда, но отнюдь не симптомъ вредности безусловнаго усмотрѣнія въ оцѣнкѣ доказательствъ. Судейская совѣть въ оцѣнкѣ доказательствъ—наиболѣе нѣжная и чувствительная сторона процесса, и законодатель, предоставляя сторонамъ и призываемымъ въ помощь суду лицамъ возможность вліять на нее, какъ на особую свѣточувствительную пластинку,

правила доказательствъ, потерявъ свою силу закона, имѣютъ все-же значеніе „золотыхъ правилъ“, въ которыхъ столѣтіями накопилось значительное сокровище опыта.

¹⁾ О вредныхъ послѣдствіяхъ обжалованія вопроса о виновности см. Prof. A. Z u c k e r—Keine Berufung in der Schuldfrage. Ein Warnungsruf (aus Gerichtssaal B. 50. Heft. 4, 5).

²⁾ См. указанія на многочисленную литературу по этому вопросу у Б а р д з а г а г о—Невиѣненіе. Еще къ вопросу объ оправдательныхъ приговорахъ присяжныхъ 1897. На этомъ вопросѣ останавливались почти всѣ выдающіеся наши процессуалисты.

заботится, чтобы на нее дѣйствовали лишь лучи истиннаго свѣта, а все судебное слѣдствіе можно сравнить съ искусно созданной системой зеркалъ, выпуклыхъ и вогнутыхъ стеколъ, приспособленной опытнымъ оптикомъ для проявленія на чувствительной пластинкѣ судейской совѣсти X—лучей истины.

Второй моментъ постановленія приговора—это признаніе даннаго состава фактовъ соответствующимъ понятію указаннаго въ законѣ преступнаго дѣянія. Иногда судъ не можетъ найти въ законѣ гипотезы, вполне соответствующей данной совокупности фактовъ. Крайняя обобщенность гипотезы часто предоставляетъ мѣсто судейскому усмотрѣнію въ такомъ подведеніи, и вслѣдствіе этого возникаетъ возможность пенализаціи дѣяній, не имѣвшихся въ виду законодателемъ. Въ прежнее время гипотеза являлась конкретной, приспособленной къ небольшому кругу хорошо распознаваемыхъ случаевъ (или совершенно бланкетной), и лишь постепенно стало возможнымъ выдѣленіе общихъ понятій, главнымъ образомъ, вслѣдствіе большаго довѣрія къ судьямъ и развитія законодательной техники. Но и при такой обобщенности иногда встрѣчаются *Lücken im Recht*—правовыя прорѣхи, требующія настоятельной починки¹⁾. Для такой починки предлагаютъ дать въ руки судьи радикальное средство—аналогію, которая можетъ положить временныя заплаты на „матеріальное“ право.

Съ точки зрѣнія политики, такое примѣненіе судейскаго усмотрѣнія до крайности вредно²⁾. Появленіе (или обнаруженіе) новой формы преступнаго дѣянія является важнымъ поводомъ къ законодательному обсужденію вопроса. Нѣкоторая однородность состава съ какимъ-либо изъ существующихъ видовъ преступныхъ дѣяній еще не служитъ основаніемъ для одинаковой наказуемости. Вторженіе въ область пенализаціи узкой и стѣсненной еще рамками толкованія судейской оцѣнки можетъ сильно исказить всю систему государственной репрессіи³⁾. Оно посягаетъ на

¹⁾ Даже римляне, наиболѣе искусные въ заключеніи отдѣльныхъ фактовъ въ общія формулы, признавали: „*Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint comprehendantur (L. 10. D. de legibus).*“

²⁾ *Stephen*, являющійся вообще сторонникомъ широкаго судейскаго усмотрѣнія, рѣзко возстаетъ противъ всякаго примѣненія его въ этой области. „Едва ли есть вѣроятіе того, что судьи рискнутъ теперь создавать новые виды преступныхъ дѣяній. Сильнѣйшимъ протестомъ общество отозвалось бы на такую дѣятельность и поставило бы судей въ независтное положеніе“ (*History of crim. law* III p. 202).

³⁾ См. разборъ нѣсколькихъ случаевъ изъ сенатской практики по этому во-

индивидуальную свободу ¹⁾ (*nullum crimen sine lege*) и вредить общественно воспитательнымъ цѣлямъ, которымъ служить угроза уголовного закона. Перенесеніе аналогіи въ эту область, распатывая основные устои общества, вредно отзывается и на довѣріи къ суду, котораго начинаютъ бояться вслѣдствіе имѣющейся у него возможности завтра признать преступнымъ то, что сегодня таковымъ не признается, да еще распространить силу такого признанія на прошлую дѣятельность гражданъ (судейское толкованіе имѣетъ обратную силу).

Накопецъ послѣдняя и важнѣйшая область примѣненія судейскаго усмотрѣнія—назначеніе наказанія. Въ виду сложности основаній усмотрѣнія въ этой области и многочисленности затронутыхъ нами темъ мы коснемся даннаго вопроса въ самыхъ общихъ чертахъ.

Назначеніе наказанія можетъ происходить или въ единомъ актѣ точнаго опредѣленія его размѣровъ, или же въ длительной дѣятельности суда (иногда и другихъ органовъ), продолжающейся порою нѣсколько лѣтъ, какъ то предлагаютъ сторонники неопредѣленныхъ приговоровъ. Но основанія въ обоихъ случаяхъ почти одинаковы (въ неопредѣленныхъ приговорахъ при опредѣленіи размѣра наказанія получаютъ большее значеніе индивидуальныя цѣли наказанія—исправленіе, вліяніе наказанія, хорошее поведеніе). Мы будемъ имѣть въ виду господствующую форму безусловной опредѣленности наказаній. Рѣшеніе вопроса и въ этой ограниченной формѣ осложняется крайне сложнымъ отношеніемъ къ цѣлямъ наказанія и быстрыми перемѣнами въ характерѣ карательной дѣятельности государства, вслѣдствіе чего весьма затруднительно опредѣленіе относительной цѣнности полученныхъ выводовъ для существующей системы. Но дѣло не ограничивается только этимъ. Различіе видовъ преступныхъ дѣяній, усиленіе значенія психологической стороны преступника, многочисленность категорій делинквентовъ и наконецъ свойства самаго карательнаго механизма, все это сильно вліяетъ на рѣшеніе вопроса. Словомъ, судейское усмотрѣніе, являясь здѣсь однимъ изъ элементовъ карательной дѣятельности, вызываетъ всѣ тѣ спорные вопросы этой области, которые такъ усиленно обсуждаются въ наукѣ уголовного права.

просу въ статьѣ А. М. Бобрѣщева-Пушкина въ „Правѣ“ начала 1904 г. „Предѣлы судейскаго усмотрѣнія“.

¹⁾ Признаніе даннаго состава наказуемымъ составляетъ основу того рокового силлогизма, о которомъ картинно выражается *Trendelenburg*. (*Logik*) *«Nirgends wird die Logik so praktisch, so empfindlich, als im Recht... Die Thür des Gefängnisses schließt sich hinter dem Uebertreter des Gesetzes und das Fallbeil fällt auf den Hals des Mörders—in Kraft der Definition und Terminus medius»*.

Современные европейскіе уголовные кодексы систематизированы такимъ образомъ, что послѣ указанія извѣстной категоріи преступленій приводится въ общихъ границахъ и положеніе за нихъ наказаніе, тяжесть котораго соотвѣтствуетъ опасности даннаго посягательства для правопорядка. Придерживаясь такой редакціи, законодатель на первый планъ безусловно выдвигаетъ цѣль общаго предупрежденія, требующаго установленія репрессіи пропорціонально опасности для общества отдѣльнаго преступленія, а не преступника. Полагая общее предупрежденіе въ основу, законъ въ извѣстныхъ предѣлахъ даетъ мѣсто и спеціальному предупрежденію посредствомъ указанія ряда условій, относящихся къ индивидуальности совершителя или, вѣрнѣе, къ его психической сторонѣ. Лишь въ рѣдкихъ случаяхъ эти указанія даны въ такъ называемой особенной части, въ большинствѣ же случаевъ они установлены въ общихъ положеніяхъ, служащихъ основаніями наказуемости преступныхъ дѣяній вообще.

Для того, чтобы судья могъ прилагать положенія общей части къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, законъ устанавливаетъ широкія рамки усмотрѣнія въ мѣрѣ наказанія.

Не слѣдуетъ представлять, что предѣлы наказанія, находящіеся между установленнымъ максимумомъ и минимумомъ, являются *das pothleere Raum*, въ предѣлахъ котораго господствуетъ одинъ только случай. При такомъ положеніи правосудіе было бы дѣйствительно въ большой опасности, какъ поставленное въ зависимость отъ всякихъ произвольныхъ вліяній. Судейское усмотрѣніе обратилось бы тогда въ полную возможность для каждаго отдѣльнаго судьи творить право (ибо приговоръ есть правовое положеніе) по своему произволу. Не этого хотѣлъ законодатель, и не это достигается судейскимъ усмотрѣніемъ, хотя бы потому, что нельзя было бы объяснить тогда повсемѣстное стремленіе къ расширенію усмотрѣнія въ примѣненіи наказанія.

Нѣтъ, здѣсь, какъ и въ другихъ областяхъ судейскаго усмотрѣнія, законъ не хотѣлъ установить строгую, давящую определенность законодательныхъ нормъ, а стремился построить пластичное постоянство судебной практики. Для того, чтобы достичь такой своей цѣли, законъ долженъ былъ дать руководящія начала, предоставивъ развитіе и примѣненіе ихъ практикѣ. Безъ такихъ правилъ судебная дѣятельность похожа на корабль, не имѣющій руля, а руководимый перемѣнчивыми направленіями вѣтра и волнъ. Между тѣмъ современное законодательство еще во многомъ бессильно дать такія руководящія правила. На обязанности оцѣнки судьи лежитъ главнымъ образомъ задача цѣлесообразнаго примѣненія началъ спеціального предупрежде-

шія. Между тѣмъ крайне слабое психологическое изслѣдованіе личности преступника на судѣ, съ другой стороны крайняя неприиспособленность нашей карательной системы къ цѣлямъ спеціальнаго предупрежденія и даже неизвѣстность вліянія ея на психику преступника, вѣдствіе господства еще многихъ случайныхъ причинъ въ ея организаціи, не даютъ возможности судѣ установить прочныя основанія для примѣненія делегированнаго ему законодателемъ усмотрѣнія. Если судья затрудняется установить цѣлесообразныя начала въ отдѣльномъ случаѣ, то что сказать про законодателя, которому предстоить задача гораздо болѣе сложная—установленіе цѣлесообразности въ ея общихъ посылкахъ. Такимъ образомъ при настоящемъ положеніи законодатель еще безсиленъ правильно выполнить свою функцію, и усмотрѣніе судьи въ очень многомъ остается нерегулированнымъ. Впрочемъ и объемъ его не такъ великъ, какъ принято думать. До самаго послѣдняго времени все усмотрѣніе судьи могло выражаться лишь въ видѣ возможности измѣненія *количественнаго* размѣра того или другого наказанія. При такой узкой власти, цѣли спеціальнаго предупрежденія совершенно не могли достигаться. Сознавая вообще нецѣлесообразность примѣненія даннаго наказанія, судья, конечно, не могъ рѣшить вопросъ, въ какомъ размѣрѣ цѣлесообразно назначить его, и руководился только цѣлями общаго предупрежденія, принимая во вниманіе милосердіе или, наоборотъ, общественное негодованіе. Такимъ образомъ, въ виду того, что основанія оцѣнки у судьи и у законодателя были одинаковыя (общее предупрежденіе) количественно широкое усмотрѣніе судьи производило впечатлѣніе чего-то произвольно предоставленнаго судѣ. Но все болѣе и болѣе интенсивное развитіе профессиональнаго преступнаго класса заставило законодателя создать особыя средства спеціальнаго предупрежденія, и такими средствами явились, съ одной стороны, установленіе особыхъ видовъ наказанія (пріюты для малолѣтнихъ, работные дома—для праздныхъ, реформаторіи—для случайныхъ преступниковъ, больницы—для алкоголиковъ, особый режимъ—для лицъ, подлежащихъ уменьшенной вмѣняемости) и съ другой стороны особые способы примѣненія наказанія (условное осужденіе, условное досрочное освобожденіе, относительно-неопредѣленные приговоры). Примѣненіе всѣхъ этихъ мѣръ, лишь общимъ образомъ обозначенное въ законѣ, предоставлено усмотрѣнію разумнаго судьи, и можно вполне думать (къ тому имѣются и факты), что судебная практика сумѣетъ на опытѣ выработать прочный порядокъ, не допускающій игры случая. Пока законъ не дастъ судѣ средствъ *качественной* индивидуализаціи мѣръ и способовъ примѣненія наказанія, до тѣхъ поръ при-

мѣненіе его въ извѣстномъ размѣрѣ будетъ покониться на произволѣ. Итальянская школа, предлагая почти полную отмѣну устанавливаемыхъ въ законѣ размѣровъ наказанія, грозитъ серьезною опасностью правопорядку и свободѣ гражданъ и игнорируетъ общественно-педагогическое значеніе наказанія, но вмѣстѣ съ тѣмъ она права, возражая противъ современнаго дозирования наказанія. Правосудіе превращается въ игру, въ которой тяжесть наказанія зависить отъ района, отъ характера судьи, отъ различныхъ побочныхъ причинъ. Возможность обжалованія превращаетъ апелляцію въ азартную игру, гдѣ ставкой является размѣръ предоставленнаго усмотрѣнію суда наказанія. Только тогда обжалованіе станетъ дѣйствительнымъ коррективомъ противъ индивидуальной пристрастности, когда будутъ выработаны стойкія начала судейскаго усмотрѣнія въ этой области ¹⁾. Мы не будемъ останавливаться на разборѣ средствъ, предлагаемыхъ въ настоящее время наукой, а отчасти и законодателемъ, для спеціальнаго предупрежденія, но отмѣтимъ только, что всѣ они безусловно способны ослабить произвольное начало, заключающееся въ опредѣленіи наказанія. Законъ делегировалъ власть судѣ, но не далъ удовлетворительныхъ средствъ ея выполненія. Только съ введеніемъ многочисленныхъ реформъ въ область государственной карательной дѣятельности регулируемое закономъ усмотрѣніе уголовного суда въ примѣненіи наказанія явится здоровымъ пенитенціарнымъ средствомъ, которому однако не слѣдуетъ придавать характеръ панацеи, какъ то хочетъ сдѣлать итальянская школа; пока же необходимъ рядъ коррективовъ противъ превращенія его въ произволъ. Индивидуальная дѣятельность можетъ быть успѣшной лишь тогда, если прочны и ясны общія основанія, безъ этого она—слѣпое блужданіе по опасному пути.

¹⁾ R. Schmidt—Die Aufgaben der Strafrechtspflege. 1895. S. 308—правильно замѣчаетъ: „Das also ist die der künftigen Strafgesetzgebung gestellte Aufgabe nicht nur durch Fixierung eines Strafrahmens Maximum und Minimum der zulässigen Strafe zu bezeichnen, sondern Normen zu schaffen, die dem Gericht unter möglichen Einschränkung seines Ermessens die Findung schwererer oder milderer Strafen für die schwereren oder mildereren Formen desselben Delikts zwischen einem fixierten Maximum und Minimum vorschreiben. Но съ другой стороны одна совѣтъ можетъ дать мало руководящихъ указаній. P. Carnevale (L'arbitrio del giudice nell' applicatione della pena. Riv. Pen. vol. XLVI № 2. p. 109) указываетъ, что—Che determinare la pena concreta che bisogna irrogare per un dato delitto, spaziando nella latitudine che il legislatore à accordato al magistrato, è semplicemente un fatto di coscienza allora manca la ragione e l'opportunità di prestabilire norme dottrinali per il retto esercizio di questa latitudine.

VII.

Обращаемся, наконецъ, къ третьей, послѣдней предпосылкѣ судейскаго усмотрѣнія—къ *внутреннему содержанию его*. Всякій актъ судейскаго усмотрѣнія непременно сначала долженъ выразиться въ *сужденіи*. Какъ мы указывали, дѣятельность усмотрѣнія ставится въ зависимость отъ наличности опредѣленныхъ юридическихъ фактовъ и проявляется въ *оцѣнкѣ* ихъ значенія (актъ сужденія). Конечно, возможно себѣ представить, что судья будетъ примѣнять свою власть, не соображаясь ни съ чѣмъ, а просто по внезапному побужденію, но тогда можно говорить лишь о полномъ произволѣ, а не объ усмотрѣніи. Сужденіе, въ которомъ выражается оцѣнка судьей правильности, истинности и справедливости обстоятельствъ, подлежащихъ разсмотрѣнію, для того, чтобы оно могло съ пользою для общества выполнять свою роль, должно покоиться на цѣломъ рядѣ мотивовъ, которые мы въ совокупности назовемъ *правосудной мотивацией*. Эта мотивация, съ одной стороны, состоитъ въ активномъ стремленіи судьи создать дѣйствительно общественно цѣнное сужденіе (соціальный мотивъ самого судьи), съ другой же стороны—въ устраненіи всякихъ мотивовъ, могущихъ вредить основнымъ качествамъ судебного рѣшенія—законности, безпристрастности, обдуманности и полнотѣ его и, наконецъ, устойчивости (вспомогательные мотивы, искусно создаваемые законодателемъ).

При отсутствіи системы такихъ мотивовъ (мотивации), судейское усмотрѣніе необходимо должно выродиться въ произволъ, т. е. дѣятельность, не покоряющуюся ни на какихъ постоянныхъ основаніяхъ, а вносящую случайность и личный эгоизмъ въ область судебныхъ дѣйствій. Главнѣйшей и настоятельнѣйшей задачей закона должно явиться полное изгнаніе всякаго произвола, какъ опаснѣйшаго порока судебного производства, и пока не будетъ достигнута эта насущнѣйшая задача, до тѣхъ поръ предоставленіе широкихъ границъ судейскому усмотрѣнію явится крайне вреднымъ.

Въ дальнѣйшемъ мы позволяемъ себѣ привести въ качествѣ примѣровъ нѣсколько средствъ, обезпечивающихъ правосудную мотивацию.

Относительно соціального мотива самого судьи, т. е. относительно личнаго стремленія дѣйствовать исключительно на пользу общества въ противность всякимъ другимъ интересамъ, слѣдуетъ замѣтить, что онъ, взятый одинъ только, является крайне слабымъ средствомъ обезпеченія правосудности рѣшенія въ томъ общественномъ строѣ, въ ко-

торомъ дѣятельность окружающихъ побойтся на другихъ мотивахъ (напримѣръ, эгоистическихъ). Дѣйствуя въ такихъ условіяхъ, социальный мотивъ не можетъ вполне проявиться соответственнымъ образомъ, а растворяется въ общей средѣ и становится скорѣе тенденціей, зависящей отъ характера, а не постояннымъ принципомъ дѣятельности. Стать сильнымъ онъ можетъ, лишь опираясь на множество мотивовъ вспомогательныхъ, поставленныхъ тамъ, откуда можно было бы ожидать вторженія искажающихъ его вліяній. Однимъ добрымъ желаніемъ мало сдѣлаешь, необходима прочная организація, ослабляющая треніе со стороны антисоциальныхъ воздѣйствій. Устраненію ихъ и служить рядъ вспомогательныхъ мотивовъ.

Первымъ качествомъ правосудной мотиваціи является *безпристрастность*. Ее обезпечиваетъ прежде всего личность самаго судьи, назначаемаго или избираемаго изъ интеллигентныхъ классовъ, обладающаго умственнымъ и нравственнымъ цензомъ. Но такая гарантія является недостаточной. Законъ долженъ оградить совѣсть судьи отъ различныхъ вліяній, угрожающихъ ей, и прежде всего отъ вліянія правительственной власти. Несмѣняемость, неперемѣстимость, неупраздняемость должности, свобода отъ дисциплинарной отвѣтственности— вотъ главнѣйшіе способы такого огражденія. Они настолько существенны и необходимы для поддержанія довѣрія къ судѣ, что ихъ приходится допускать даже въ тѣхъ случаяхъ, когда личность отдѣльныхъ судей не является достаточно надежной. При отсутствіи такихъ гарантій судъ легко можетъ стать орудіемъ правительственнаго деспотизма. Отъ вредныхъ вліяній сторонъ судья огражденъ тайной совѣщанія (боязнь мщенія), отводомъ (родственныя, служебныя чувства), экономической обезпеченностью въ видѣ ценза или постоянного жалованія (опасность подкупа), повышенной защитой чести (усиленная отвѣтственность за оскорбленіе суда) и пр. Наконецъ присяга и коллегиальность парализуютъ пристрастное вліяніе индивидуальныхъ склонностей и эгоистически-личныхъ мотивовъ. Такимъ образомъ судебная организація устроена такъ, чтобы судья выносилъ рѣшеніе только согласно требованію социальнаго долга.

Другимъ качествомъ судебного рѣшенія, постановленнаго хотя бы по власти усмотрѣнія, является его *подзаконность*. Это качество достигается: а) предоставленіемъ судейскаго усмотрѣнія органамъ, въ извѣстной степени зависимымъ отъ государства или благодаря возможности повышенія по государственной службѣ или благодаря способу замѣщенія должности, не говоря уже о болѣе существенныхъ, посягающихъ на независимость, средствахъ; б) установленіемъ за су-

домъ административнаго надзора прокуратуры; в) установленіемъ гласности, обязанности мотивировки, необходимостью ссылокъ на законъ; и г) системой инстанцій, при которой за рѣшеніемъ сохраняется сила лишь подъ условіемъ его законности; высокое положеніе кассационнаго судебнаго установленія обезпечиваетъ дѣйствительную возможность отмены незаконныхъ судебныхъ рѣшеній. Ослабленіемъ указанныхъ въ первыхъ двухъ пунктахъ гарантій суду предоставляется возможность болѣе свободно относиться къ административной регулировкѣ судебной дѣятельности.

Крупными качествами покоящагося на судейскомъ усмотрѣніи сужденія, которыя обуславливаютъ его цѣнность, являются также *полнота и обдуманность ео*. Если бы дѣятельность суда была неосновательна и легковѣсна, она не достигала бы цѣнныхъ результатовъ, несмотря на принятые мѣры обезпеченія безпристрастія и законности. Чтобы достичь этихъ весьма цѣнныхъ при усмотрѣніи качествъ, процессъ расчлененъ на дѣятельность нѣсколькихъ судейскихъ органовъ, послѣдовательно провѣряющихъ и дополняющихъ другъ друга (сопокупность органовъ предварительнаго производства, двойственность коллегіи при постановленіи приговора). Вторымъ необходимымъ для этого средствомъ является выдѣленіе сторонъ—защиты и обвиненія, съ обезпеченіемъ для нихъ правъ состязательности, благодаря чему получается возможность полного разсмотрѣнія обстоятельствъ съ различныхъ точекъ зрѣнія. Наконецъ, та же цѣль достигается установленіемъ наиболее цѣлесообразнаго порядка движенія дѣла, активными правами разслѣдованія, коллегіальностью, словомъ,— почти всей системой динамики процесса.

Наконецъ *устойчивость* судейскаго рѣшенія, основаннаго на усмотрѣніи, состоящая въ закрѣпленіи обще-цѣнныхъ качествъ предшествующихъ рѣшеній для руководства въ будущемъ, можетъ быть достигнута отправленіемъ судейской службы, какъ профессіи (профессіональный навыкъ), обязательностью прецедента или примѣрныхъ рѣшеній, собраніемъ и обнародованіемъ кассационныхъ разъясненій съ придачіемъ имъ обязывающей силы. Если устойчивость усмотрѣнія въ дѣятельности судей достигнута, то усмотрѣніе становится уже функціей не отдѣльнаго судьи, а цѣлой судебной системы, и много выигрываетъ отъ этого въ своихъ качествахъ.

Вмѣстѣ съ указанными средствами обезпеченія правосудной мотивации можетъ быть поставлено и апелляціонное обжалованіе, служащее общимъ средствомъ правильности рѣшенія, при признаніи одною изъ сторонъ перваго рѣшенія неправосуднымъ.

Если общія рамки судоустройства и процесса приспособлены къ поддержанію соціальной мотиваціи, то въ частности могутъ всегда найдется прорѣхи, которыя требуютъ настоятельной починки. Только въ совершенныхъ рамкахъ процесса можетъ уживаться такая сложная форма государственно-регулирующей дѣятельности, какъ судебское усмотрѣніе, и, признавая желательнымъ расширить его въ конечной стадіи, при постановленіи приговора, законодатель долженъ усилить средства обезпеченія противъ произвольныхъ мотивовъ, крайне понижающихъ качество всей судебной дѣятельности. Англійскій судъ, при всѣхъ недостаткахъ матеріальнаго права, пользуется большимъ уваженіемъ, несмотря на широкую свободу усмотрѣнія, и именно потому, что гарантіи правосудности тамъ стоятъ высоко и уголовный процессъ обладаетъ цѣнными качествами. Лишь при наличности непристрастности, законности, устойчивости, полноты и обдуманности судебной дѣятельности гражданинъ будетъ довѣрять суду регулировку своихъ правъ. При правильномъ положеніи, произволь въ усмотрѣніи судьи доведенъ до минимума, и отличительной чертой судебной дѣятельности по сравненію съ закономъ являются лишь пластичность и нѣкоторое различіе основаній оцѣнки—качества, характеризующія судъ.

VIII.

Намъ остается резюмировать сказанное.

Государство, стремясь къ выработкѣ устойчивой, справедливой и цѣлесообразной дѣятельности при разслѣдованіи преступныхъ дѣяній и при выработкѣ реакціи на нихъ, прибѣгаетъ не только къ законодательной регулировкѣ, но и къ судебскому усмотрѣнію. Нельзя смотрѣть на судебское усмотрѣніе, какъ на произвольное начало въ процессѣ, если обезпечены необходимыя для его качества условія или, иначе говоря, если судебная система организована прочно и цѣлесообразно. Прочность правопорядка требуетъ крайней определенности правоотношеній, которая не можетъ быть во всей ея полнотѣ предусмотрена закономъ. Поэтому существуетъ органъ болѣе гибкій, болѣе приспособляющійся къ конкретнымъ проявленіямъ потребности въ регулировкѣ—судъ, рѣшеніямъ котораго, постановленнымъ въ законномъ порядкѣ, присваивается сила, равная силѣ закона, но лишь для конкретныхъ случаевъ. Поскольку судебное правило начинаетъ часто примѣняться, постольку оно должно превратиться въ норму (закона или судебной практики), такъ какъ неоднो-

кратное обращеніе въ судъ за разъясненіемъ служить показателемъ юридической неопредѣленности въ этой области.

При опредѣленіи цѣлесообразной сферы судейскаго усмотрѣнія преимущественное вниманіе слѣдуетъ обращать на различіе социальныхъ качествъ оцѣнки судебной и законодательной. Какъ бы ни былъ судья хорошъ и образованъ, онъ никогда не сумѣетъ подняться на такую высоту теоретическаго разсмотрѣнія вопроса, на которой стоятъ законодатель, и принять въ основаніе своей оцѣнки столько сложныхъ обстоятельствъ. Судья по своему положенію близорукъ и можетъ хорошо оцѣнивать лишь то, что происходитъ вокругъ него, что доставлено ему на судъ, что изложено передъ нимъ. Даже хорошій судья не сумѣетъ упразднить надобность въ законѣ и стать мудрѣе законодателя въ оцѣнкѣ общихъ интересовъ. Усмотрѣніе должно быть предоставлено судѣ постольку, поскольку оно соответствуетъ поставленной законодателемъ политической цѣли. Но и законодатель не можетъ претендовать на полное проникновеніе вглубь индивидуальныхъ обстоятельствъ и на вытѣсненіе судебного усмотрѣнія изъ этой области. Подъ защиту одного судейскаго усмотрѣнія нельзя ставить основныхъ правъ гражданина, но въ извѣстныхъ предѣлахъ усмотрѣніе судьи столь же необходимо, какъ и само правосудіе. Тамъ, гдѣ законъ неспособенъ уловить въ общихъ постановленіяхъ особенностей отдѣльныхъ случаевъ, гдѣ требуется особенная гибкость государственной дѣятельности, тамъ единственно возможно примѣненіе усмотрѣнія. Попытки упразднить его, дѣлавшіяся въ началѣ прошлаго столѣтія, замѣнивъ строгими законодательными нормами, привели къ господству формальнаго начала, допуская еще больше злоупотребленій и судебныхъ ошибокъ. И въ настоящее время повсюду признана невозможность изгнать изъ судебной системы это существенное начало судебной дѣятельности, и замѣтно стремленіе прочно укрѣпить его, обезпечивъ непристрастность и правильность прежде всего независимостью судьи и состязательностью процесса.

Граждане боятся не усмотрѣнія судьи, а его произвола, они протестуютъ не противъ власти судьи опредѣлять справедливость въ отдѣльныхъ случаяхъ, а противъ чрезмѣрности ея и поставленія въ зависимость отъ нея основныхъ правъ гражданина ¹⁾. Крайняя централизація принудительной регулировки, въ частности въ борьбѣ съ

¹⁾ Такъ, конечно, слѣдуетъ признать ненормальностью приводимый Г. В. Демченко (Судебный прецедентъ стр. 21) со словъ англійскихъ авторовъ случай отмѣны въ Англій рабства судебнымъ прецедентомъ.

преступностью, вовсе не конечный пункт соціального розвитку; наоборот, найлучшею організацією будеть та, при которой носителями регулювання будуть и менше високо стоящі органи, чѣмъ законодатель, поскольку, конечно, за дѣятельностью ихъ обезпечено направле-
ніе, согласное съ нуждами общественнаго цѣлаго.

СПБГУ