Проф. С. БѢЛЯЦКИНЪ.

ЗАЩИТА
ПО
УГОЛОВНЫМЪ ДѢЛАМЪ.

КАУНАСЪ ИЗДАТЕЛЬСТВО „ЛИТЕРАТУРА“ 1931.

Предисловіе.

Задача настоящихъ очерковъ—коснуться въ общихъ чертахъ роли уголовной защиты въ общественной жизни, ея соціальнаго и юридическаго значенія, ея основныхъ правъ и функцій. Первоначально (въ 1930 г.) эти очерки изданы были на литовскомъ языкѣ („Baudžiamųjų bylų gynimas"—Труды юридическаго факультета Литовскаго Университета, т. 7). Они представляютъ собою лекціи, которыя авторъ предполагалъ прочесть въ Литовскомъ, нынѣ имени Витовта Великаго, Университетѣ оканчивающимъ юридическій факультетъ студентамъ. Предположеніе автора не осуществилось цѣликомъ, ему удалось лишь спорадически знакомить студентовъ съ содержаніемъ этихъ очерковъ. Нынѣ эти очерки—лекціи издаются на русскомъ языкѣ съ небольшими измѣненіями и пополненіями. Къ нимъ прибавленъ въ концѣ ещё одинъ новый очеркъ „Общій взглядъ на роль защитника въ уголовномъ дѣлѣ и заключеніе",—которымъ авторъ считалъ нужнымъ дополнить свою работу. Въ этомъ послѣднемъ очеркѣ авторъ, между прочимъ, использовалъ нѣкоторыя новыя сочиненія, имѣющія отношеніе къ данному предмету и вышедшія уже послѣ опубликованія перваго изданія, а также нѣкоторыя книги, которыя прежде были недоступны автору и попали въ его руки лишь впослѣдствіи (Vargha, Die Vertheidigung in Strafsachen, Wien, 1879, Фойницкій, Защита въ уголовномъ процессѣ, какъ общественное служеніе, 1885 г., и др.).

С. Бѣляцкинъ.

I.

Сущность уголовной защиты.

Уголовная защита при инквизиціонномъ процессѣ. Вліяніе обвинительнаго процесса на постановку защиты. Уголовная защита и „общественное служеніе". Ученіе M. Frydmann'a и др. объ „общественномъ служеніи" защиты. Моментъ идеализаціи въ ученіи объ „общественномъ служеніи" уголовной защиты. Общіе недостатки ученія объ „общественномъ служеніи" уголовной защиты. Уголовная защита съ точки зрѣнія раздѣленія труда въ уголовномъ процессѣ. Уголовная защита и представительство. Защитникъ, какъ представитель интересовъ обвиняемаго. Отличіе представительства защитника отъ другихъ видовъ юридическаго представительства (повѣреннаго въ гражданскомъ дѣлѣ). Соотношенія между подзащитнымъ и защитникомъ, какъ мандаторіемъ перваго.

Вопросами уголовной защиты стали интересоваться сравнительно недавно. Ранѣе къ ней относились равнодушно или даже пренебрежительно. Въ прежнее время въ Европѣ, при господствѣ, почти безраздѣльномъ, инквизиціоннаго процесса, главной цѣлью, которую ставило себѣ судебное производство въ уголовномъ дѣлѣ, было достиженіе обвинительнаго приговора и наложеніе наказанія на обвиняемаго [1]). Власть, привлекая обвиняемаго, тѣмъ самымъ требуетъ для него осужденія и наказанія. „Торжествомъ" было осужденіе. Оно сопрождалось зачастую актами жестокаго злорадства со

---

[1]) Обвиняемый въ широкомъ смыслѣ—это всякое преслѣдуемое въ процессѣ лицо, подозрѣваемое въ преступномъ дѣяніи, подсудимый—то же лицо съ момента преданія суду въ общихъ судебныхъ установленіяхъ (см. ст. 548, 549, 556 и др. Уст. Уг. Судопр.). Эта терминологія, въ общемъ, не выдержана въ Уставѣ до конца (ст. 119, 121, 133 Устава, Розинъ, Уголовное Судопроизводство, 1916, стр. 300). Уст. Уг. Судопр. Германіи (и Клайпеды) употребляетъ термины: Angeschuldigter—обвиняемый и Beschuldigter—подсудимый. Str. Proz. Ordn. §§ 112 и сл., § 133 и сл. Въ настоящихъ очеркахъ принятъ, удобства ради, для всѣхъ привлекаемыхъ, во всѣхъ стадіяхъ производства, терминъ „обвиняемый", подъ которымъ слѣдуетъ разумѣть, стало быть, обвиняемаго въ болѣе широкомъ смыслѣ и „подсудимаго".

стороны суда и исполнителей приговора, утонченными и мучительными казнями. Неудивительно, что вся судебная машина заострялась въ томъ направленіи, чтобы получить признаніе обвиняемаго, этого „лучшаго въ мірѣ доказательства". Защита была помѣхой, ее терпѣли и только терпѣли. Такъ называемая формальная защита, подъ которой въ наукѣ разумѣется „представительство обвиняемаго передъ уголовнымъ судомъ и совокупность правъ, предоставляемыхъ заступнику обвиняемаго для огражденія интересовъ послѣдняго" —организованная и самостоятельная, претендующая на независимость, была почти совершенно чужда инквизиціонному процессу: она уступала мѣсто защитѣ матеріальной, которая, будучи предоставлена самому обвиняемому, была въ то же время одной изъ функцій суда, рѣшающаго дѣло, а также отчасти публичнаго обвинителя[1]). Только тогда, когда на сцену выступилъ обвинительный процессъ, и судъ сталъ стремиться къ достиженію справедливости, т. е. къ объективному, безпристрастному выясненію, виновенъ ли обвиняемый въ приписываемомъ ему дѣяніи или нѣтъ,—наряду съ ролью обвинителя, на котораго упадала вся тяжесть представленія данныхъ и доказательствъ обвиненія, стала выдвигаться и роль защиты, какъ естественнаго противовѣса обвиненію. Прежній „пасынокъ правосудія",—какимъ былъ институтъ формальной защиты въ инквизиціонномъ процессѣ,—сталъ теперь желаннымъ дѣтищемъ, необходимымъ звеномъ процесса. Естественно, что теорія

---

[1]) Матеріальная защита—это: die Geltendmachung dessen, was zur Erweisung der Schulddlosigkeit oder der Minderschuld der Beschuldigten dienen kann, sei es durch diesen selbst oder durch den Richter oder auch selbst durch den Staatsanwalt, Schott, Die Lehre von der formelen Verteidieigung nach deutschen Strafprozessrecht, 1886, S. I. Относительно матеріальной защиты заключаются у насъ нѣкоторыя указанія въ статьяхъ Устава Уг. Судопр. Объ этомъ упоминается въ связи съ функціями судебнаго слѣдователя, который „обязанъ съ полнымъ безпристрастіемъ приводить въ извѣстность какъ обстоятельства, уличающія обвиняемаго, такъ и обстоятельства, его оправдывающія" (ст. 265). Тоже отчасти говорится о прокурорѣ и объ обвинительной рѣчи (ст. 739), о предсѣдателѣ и его напутственномъ словѣ присяжнымъ засѣдателямъ (ст. 108). Имѣетъ въ виду этотъ предметъ и законъ о необходимости предоставлять обвиняемому всевозможныя средства къ оправданію (ст. 612). Формальная защита—die gesetzlich (formall) geregelte Warnehmung der Interessen eines Beschuldigten durch eine hiezu speciell berufene Peson, Schott, ib., S. 1, 2.

права занялась институтомъ защиты, стала выяснять и изучать его. Появились новыя ученія о природѣ уголовной защиты.

Этихъ ученій и приходится здѣсь коснуться, въ общихъ чертахъ, въ цѣляхъ выясненія того, какая точка зрѣнія на институтъ защиты должна быть усвоена для правильнаго пониманія теоретическаго и практическаго его значенія.

Тѣ, которые учили,— а это ученіе было наиболѣе популярнымъ въ наукѣ и практикѣ,—что въ уголовной защитѣ надлежитъ усматривать особое специфическое „служеніе обществу", настаивали, что это „общественное служеніе"—верховная задача, опредѣляющая собою весь характеръ и тонъ дѣятельности защитника. Защита, утверждали представители этого ученія, есть прямой интересъ общества, во имя котораго требуется наказаніе виновнаго. Формальная защита нужна въ интересахъ публичныхъ, общественныхъ [1]).

Точку зрѣнія „общественнаго служенія" защиты много лѣтъ тому назадъ формулировалъ M. Frydmann такимъ образомъ, что охарактеризовалъ защитника въ уголовномъ дѣлѣ, какъ Gesellschaftsanwalt [2]).

Этотъ авторъ начинаетъ съ того, что усваиваетъ точку зрѣнія на уголовное преступленіе, проведенную Feurbach'омъ и сводящуюся къ положенію, что государство есть прямой источникъ власти суда и наказанія за преступленіе. Передъ волей государства должны капитулировать всѣ теоріи о цѣли и причинахъ уголовной репрессіи (трансцедентныя построенія Канта, Гегеля и др.). государство—единственный судья, что должно быть преслѣдуемо и наказываемо и какъ должно вести уголовную репрессію. Преступленіе—это только обозначеніе границъ для понятія государственной власти въ опредѣленный моментъ времени, а уголовный законъ указываетъ намъ тѣ дѣянія, которыя государство, согласно своимъ

---

[1]) Объяснительная записка къ Проекту новой редакціи Устава Уголовн. Судопр., т. 3, 1900 г., стр. 89, 90, Вульфертъ, Очеркъ изслѣдованія Франческо Каррара объ уголовной защитѣ, 1883 г. стр. 2, И. Фойницкій, Курсъ Уголовнаго Судопроизводства, 1915 г., стр. 71, В. Случевскій, Учебникъ русскаго уголовнаго процесса, 1895 г. стр, 269, Н. Розинъ, Уголовное Судопроизводство, 1916 г., стр. 303.

[2]) Systematisches Handbuch der Verteidigung im strafverfahren, 1870, S. 30.

цѣлямъ и интересамъ, имѣетъ право и власть наказывать. Уголовный законъ является такимъ образомъ частью публичнаго, государственнаго права. Онъ реагируетъ на волевые акты гражданъ. Онъ—укротитель проявляемой отдѣльными лицами противной государству воли (die Machtbefugniss über die äusserstere Erscheinung gelangenen Willensbestrebungen). Но подчиненіе частной воли волѣ государства должно имѣть извѣстные предѣлы, ибо и государственная власть осуществляется людьми, а послѣднимъ присуще постоянное стремленіе къ расширенію своей дѣятельности и своего произвола. Эти предѣлы въ дѣлѣ преслѣдованія преступника ставитъ государству общество въ качествѣ фактора съ собственной крѣпкой волей, дѣйствующей противъ воли государства. Представителемъ общества выступаетъ въ данномъ случаѣ защитникъ, противоставляемый публичному обвинителю, какъ репрезентанту государства. Общество призываетъ къ извѣстнымъ границамъ въ дѣлѣ криминальной репрессіи. Опираясь на свою „автономію воли", оно говоритъ устами защитника публичному обвинителю: „Данный проступокъ не долженъ быть преслѣдуемъ карательной властью. Судья не долженъ здѣсь давать мѣсто государственному правомочію наказывать. Это не криминальная неправда". Государство черезъ публичнаго обвинителя стремится къ расширенію своей карательной мощи, къ побѣдѣ генеральной воли, des allgemeinen Willens, надъ всѣмъ частнымъ, über alles Particulare, dem Einzelwillen oder der Einzelpersönlichkeit entstammende. Общество черезъ защитника, напротивъ, старается локализировать репрессію государства, индивидуализировать виновность и вообще удерживать мечъ правосудія въ области дѣйствительной вины привлекаемыхъ, дабы этимъ обезпечить торжество принципу свободы индивидуума. Что влечетъ эти два фактора процесса—обвиненіе и защиту—къ вѣчному спору и постоянному противорѣчію? ихъ должность? Но сама должность не приводитъ ни къ такому обостренію противорѣчій, ни къ такой непреклонной послѣдовательности въ дѣлѣ отстаиванія своей точки зрѣнія. Нѣтъ, это тѣ идеи, которыя насквозь проникали до сихъ поръ обвиненіе и защиту (Parquet und Barreau), тѣ идеи, которыя только тогда достигнутъ умиротворенія, когда человѣчество вообще перестанетъ думать и стремиться [1]).

[1]) M. Frydmann, op. cit., S. 8—42.

Ту же, приблизительно, мысль высказалъ въ Россіи Е. Васьковскій. Кто долженъ оказать защиту обвиняемому, кто обязанъ взять его подъ свое покровительство,—спрашиваетъ Е. Васьковскій—и отвѣчаетъ: общество, понимая подъ обществомъ всю совокупность гражданъ, составляющихъ населеніе даннаго государства. Государство преслѣдуетъ въ лицѣ обвиняемаго одного изъ членовъ этого самого общества. Въ силу этого общество для собственнаго своего блага, для охраны своихъ правъ должно брать подъ свою защиту обвиняемыхъ, какъ государство беретъ потерпѣвшихъ, и отрядить для участія въ процессѣ особаго уполномоченнаго, подобнаго уполномоченному государства—прокурору. Такимъ уполномоченнымъ представителемъ общества на судѣ уголовномъ является правозаступникъ или адвокатъ [1]).

Теорія объ „общественномъ служеніи“ защитника и его призваніи, какъ представителя общества, оказалась излюбленнымъ ученіемъ и встрѣчена была почти всеобщимъ сочувствіемъ. Эта теорія должна была поднять уголовную защиту на недосягаемую высоту. Она проникала глубоко и въ среду русскихъ адвокатовъ. Новое поколѣніе адвокатуры, заступившее мѣсто прежнихъ стряпчихъ и ходатаевъ, „продажныхъ душъ“, „чернорабочихъ суда“, выросло и воспитано было именно въ атмосферѣ возвышенныхъ представленій объ „общественномъ служеніи“ уголовной защиты. Но и вся масса остальной адвокатуры, изо дня въ день боровшаяся за право, отстаивавшая это право въ крупныхъ и мелкихъ дѣлахъ и процессахъ, эти „мизинные“ адвокаты согрѣвались въ своей дѣятельности, въ значительной мѣрѣ, тѣми же яркими идеями „общественнаго служенія“.

Однако, сама по себѣ эта теорія, насколько она заострена была въ изложенныхъ ученіяхъ о „представительствѣ интересовъ общества“, объ участіи общества въ процессѣ черезъ своихъ репрезентантовъ—защитниковъ, является, несомнѣнно, нѣкоторой идеализаціей и заключаетъ въ себѣ зерно преувеличенія, противорѣчія и искусственности.

Прежде всего приходится отмѣтить, что общество, въ качествѣ чего-то, противоставляемаго государству и имѣю-

---

[1]) Организація адвокатуры, ч. 2, 1893 г., Стр. 1—18,7.

щаго свои особыя правомочія и правовую волю,—понятіе, не разработанное настолько полно, чтобы оперировать имъ въ дѣлѣ постановки уголовной репрессіи [1]) Далѣе, если даже представить себѣ указанную самостоятельность общества въ отправленіи правосудія, то возникаетъ вопросъ, почему общество беретъ на себя делегацію защитниковъ, а не обви-

---

[1]) Робертъ фонъ Моль, спеціально занимавшійся изслѣдованіемъ юридической природы общества, хотя и оттѣнялъ самостоятельное значеніе общества, какъ совокупности общественныхъ группъ, обладающей своими интересами, которые могутъ даже приходить въ столкновеніе съ интересами государства, но эти интересы видѣлъ въ сосѣдствѣ, въ совмѣстной жизни на опредѣленномъ ограниченномъ пространствѣ. Съ этимъ ученіемъ отчасти согласился и Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, 1897, стр. 229—235, но онъ же отмѣтилъ чрезвычайную широту даваемаго Молемъ построенія, включающаго въ себя даже національность, члены которой связаны единствомъ происхожденія, а не сосѣдствомъ. Съ своей же стороны ни Коркуновъ, ни кто-либо другой не предложилъ въ данномъ отношеніи прочныхъ юридическихъ построеній. Что же касается Е. Васьковскаго, то въ его ученіи вопросъ изображается такимъ образомъ. Основными элементами понятія „государства“ являются: территорія, населеніе и власть. Второй изъ нихъ, населеніе, и представляетъ собой ту „совокупность общественныхъ группъ“, которую Моль называетъ обществомъ. Такимъ образомъ общество—элементъ государства, и ихъ нельзя отдѣлить другъ отъ друга. Но они могутъ быть логически отличаемы: такъ костяной скелетъ элементъ человѣческаго организма, но онъ не организмъ и мысленно можетъ быть противоставленъ ему (Ук. соч., стр. 36). Такое діалектическое объясненіе, къ сожалѣнію, мало въ состояніи удовлетворить, оно слишкомъ абстрактно и мистично. Нелишне замѣтить, что разграниченіе между государствомъ и обществомъ проводилось раньше всѣхъ экономистами—соціалистами, преслѣдовавшими практическія (революціонныя) цѣли. Они выставили рядомъ съ понятіемъ политической революціи понятіе революціи общественной, сводящейся къ сверженію общественнаго строя, существующаго независимо отъ того или другого государственнаго строя. Распространенію этого ученія способствовала отчасти философія Гегеля, по ученію котораго антитезой семьѣ (тезису) является не государство, а гражданское общество, представляющееся результатомъ распаденія семьи. Однако и Гегель, какъ указалъ уже Коркуновъ, не далъ опредѣленной выработки новому ученію о гражданскомъ обществѣ и не установилъ самостоятельнаго понятія о гражданскомъ обществѣ. (См. Коркуновъ, Ук. соч. стр. 230, 231, а также Тарановскій, Энциклопедія права, 1923 г. стр. 301 и сл.,). Правда, нельзя отрицать въ условіяхъ коллективной жизни людей нѣкоторую самостоятельность „общества“, какъ такового, и въ свое время мы сами сдѣлали выводы изъ этой самостоятельности въ отношеніи авторскихъ правъ и участія общества въ осуществленіи этихъ правъ, (См. Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ 1912 г., а также Частное право въ основныхъ принципахъ, 1928 г. стр. 186). Но, во-первыхъ, общество все же стремится не-

нителей, развѣ общество въ одинаковой мѣрѣ не заинтересовано въ пресѣченіи преступленій, посягающихъ на свободу, а то и на самое существованіе индивидуумовъ? Съ другой стороны, развѣ государство можетъ равнодушно относиться къ защитѣ, не усматривать въ ней одинъ изъ корней правдивости и справедливости приговоровъ? Почему же общество избираетъ защиту, а государство обвиненіе? Откуда происходитъ такое именно раздѣленіе труда между государствомъ и обществомъ? Вѣдь, всякое огражденіе правъ, какъ общее правило, возлагается нынѣ ex professo цѣликомъ на государство, построенное на принципахъ равенства (правовое государство). Охрана свободы отдѣльныхъ гражданъ, а также цѣлыхъ группъ не можетъ образовать чью бы то ни было особую функцію или прерогативу, какъ это можно было мыслить при абсолютизмѣ, а составляетъ основную заботу и задачу самой государственной организаціи. Очевидно, что если бы нужно организовать защиту подобно тому, какъ организуется обвиненіе, государство взяло бы это на себя, устраивая по своему шаблону и то и другое.

Естественно, что при изложенной постановкѣ раздѣленія въ состояніи возникать и такіе вопросы: почему обвиненіе государственное служеніе, а защита нѣтъ? Не является ли послѣдняя также государственнымъ служеніемъ? И дѣйствительно, нѣтъ недостатка въ голосахъ, настаивающихъ на этой именно точкѣ зрѣнія. Отправляясь отъ идеи „коллективнаго интереса", приходятъ къ выводу, что защита—органъ государственнаго служенія. Такимъ образомъ частный интересъ, какимъ все же является въ концѣ концовъ огражденіе личности привлеченнаго въ видѣ защиты его правъ передъ судомъ, возводятъ на степень интереса публичнаго, интереса

сомнѣнно къ сліянію съ государствомъ, которое беретъ на себя осуществленіе главнѣйшихъ общественныхъ функцій, какъ регуляторъ между отдѣльными общественными группами и организаціями, такъ что грань между „обществомъ" и „государствомъ" должна, повидимому, въ будущемъ не увеличиваться, а уменьшаться; объ этомъ ясно говоритъ соціальная тенденція послѣдняго времени. А, во-вторыхъ,—и это въ данномъ случаѣ самое главное—государство не можетъ уступить обществу какія-либо серьезныя правомочія въ той области, гдѣ рѣчь идетъ о преслѣдованіи преступленій, т. е. посягательствъ на бытіе самого коллектива.

государственнаго [1]). Мало того, и въ этомъ можетъ быть одна изъ опаснѣйшихъ сторонъ ученія о коллективистскомъ характерѣ защиты,—настаиваютъ на принятіи государствомъ въ свои руки монополизированія дѣла защиты въ уголовномъ процессѣ. Вмѣсто добровольнаго соглашенія защитника съ довѣрителемъ, являющагося нынѣ правиломъ, требуютъ государственной организаціи защиты, съ тѣмъ, что защитники должны перейти въ разрядъ чиновниковъ, наравнѣ съ публичными обвинителями. Это—тотъ порядокъ, который существовалъ когда-то въ нѣкоторыхъ странахъ Европы. Онъ сохранился до сихъ поръ въ отдѣльныхъ кантонахъ Швейцаріи, въ которыхъ обвинителю—Anklagebeamte—противоставляется защитникъ—должностное лицо—Verteidigungsbeamte, хотя защитникъ здѣсь вправѣ имѣть также частную практику и не получаетъ жалованья отъ государства [2]). Мысль о превращеніи защитника въ должностное лицо поддерживали Carrara, Ortlof, Hugo Meyer. При этомъ положеніи и обвиненіе и защита прямо служатъ государству и его цѣлямъ въ дѣлѣ преслѣдованія преступленій—первое принимая на себя обличеніе привлекаемаго, вторая—обрабатывая и доставляя матеріалъ, предназначаемый для улучшенія положенія обвиняемаго, для оправданія его или смягченія вины. И обвинитель и защитникъ, по этой концепціи, должны одинаково содѣйствовать суду въ освѣщеніи дѣла и достиженіи справедливаго приговора. Нѣкоторое достоинство этой системы заключается въ томъ, что защита вполнѣ сравнивается въ правахъ съ обвиненіемъ, пріобрѣтаетъ возможность широкаго и полнаго разслѣдованія дѣла, получаетъ отовсюду нужныя свѣдѣнія, импонируетъ своимъ авторитетомъ должностного лица какъ на судѣ, такъ и внѣ суда, передъ лицами и учрежденіями, съ которыми приходится соприкасаться при собираніи нужныхъ дѣлу данныхъ. Но все это искупается съ лихвой тѣмъ, что защитникъ становится здѣсь оффиціальнымъ заступникомъ, не внушающимъ довѣрія ни

---

[1]) Въ послѣднее время, эту публично—правовую точку зрѣнія готовъ принять (на почвѣ организаціи профессіанальнаго судебнаго заступничества во Франціи) Appleton, Traitè de la profession d'avocat, 1928, p. 16 („plutot des fonctions et des prérogatives de droit public").

[2]) См. Ruth, Der Vnrteidiger im Schweiz, Strafprozessecht, 1905, S. 21.

кліенту, ни обществу. Защита тускнѣетъ и блекнетъ, какъ гаснетъ огонь, ничѣмъ не поддерживаемый. Печать казенщины („казенный защитникъ") лежитъ на каждомъ словѣ этого государственнаго защитника, который подавляется обвинителемъ даже въ томъ отношеніи, что послѣдній отстаиваетъ интересъ „публичный", между тѣмъ какъ защитникъ противоставляетъ ему интересъ „частный" (получая содержаніе отъ государства), Такая постановка не отвѣчаетъ истинному значенію защиты. Она не даетъ простора развитію этого института, сковывая его въ мертвыхъ формахъ. Защиту строятъ тутъ всецѣло на идеѣ раздѣленія труда въ процессѣ, игнорируя ея особенности и своеобразное мѣсто ея въ процессѣ. У защитника отнимаютъ его индивидуальность, стимулъ къ борьбѣ, „святой жаръ" заступничества, превращая его въ простое обезличенное колесико судебной машины, подготовляющей приговоръ [1]).

Вообще, кажется, нѣтъ пути менѣе надежнаго теоретически и болѣе скользкаго въ практическомъ смыслѣ, чѣмъ путь превращенія защитника въ органъ, все равно общества или государства. На высотѣ, на которую желаютъ его при этомъ поставить, онъ обрѣтаетъ на самомъ дѣлѣ одну пустоту, и въ то же время лишаются прочной ограды интересы подзащитнаго, охранять которые защитникъ призванъ по самой миссіи своей. Общество и государство... они заинтересованы не въ томъ, чтобы въ уголовномъ процессѣ выступали ихъ „репрезентанты", а въ томъ, чтобы каждый обвиняемый имѣлъ своего защитника, лойяльнаго заступника его свободы и правъ.

Соціально-философское ученіе объ уголовной защитѣ, какъ публичномъ (общественномъ, государственномъ) представительствѣ, тѣсно связываютъ съ концепціей раздѣленія труда внутри уголовнаго процесса и здѣсь утверждаютъ правовую роль защиты.

---

[1]) Сторонникомъ превращенія адвокатуры въ государственную службу явился A. Stein: „Radical helfen kann nur die Verstaatlichung der Advocatur" (Die Verstaatlichung der Advocatur, 1885, S. 14). Противъ высказался въ свое время со всей отчетливостью Gneist (Die freie Advocatur, 1867, S. 51). Gneist находилъ, что адвокатурѣ мѣсто тамъ, гдѣ обрѣтаются свободныя духовныя призванія („die freien geistigen Berufe").

Такъ, Ruth [1]) трактуетъ объ Arbeitverteilung и естественномъ распредѣленіи процессуальныхъ функцій. По его указанію, судья долженъ стоять отдѣльно отъ обвинителя—Verfolger—, а послѣднему долженъ противостоять, какъ сторона съ равными правами (Waffengleichheit), защита. Судья—не преубѣжденный, безстрастный, осторожный вершитель дѣла, обвинитель—представляетъ иниціативу въ дѣлѣ, которая die Strafrechtspflege zum „rachenden Arm der Gerechtigkeit macht", защита—противовѣсъ противъ психологически неизбѣжной односторонности поведенія и дѣйствія обвинителя. Раздѣленіе труда только тогда получитъ правильное выраженіе, когда за привлеченнымъ, неопытнымъ и безпомощнымъ, будетъ стоять свѣдущій въ законахъ защитникъ, который сдѣлаетъ возможнымъ и осуществимымъ для него цѣлесообразное использованіе его правъ и выполненіе его процессуальныхъ обязанностей. Энергичное обвиненіе, дѣйственная защита—это два столба, на которыхъ покоится der Triumfbogen der Gerechtigkeit, замѣчаетъ Ruth.

Сама по себѣ идея раздѣленія труда въ уголовныхъ процессахъ (какъ и въ гражданскихъ процессахъ) не лишена основательности, нужно только правильно представить себѣ при этомъ юридическое положеніе защиты. Между тѣмъ юристы, трактующіе объ Arbeitsverteilung, въ большинствѣ изображаютъ дѣло такимъ образомъ, dass der Verteidiger im Interesse des Staates (der Geselschaft) tätig Sei (Benneke—Belling, Ruth), т. е. въ системѣ раздѣленія труда защитникъ является органомъ оффиціальнаго служенія, что, какъ мы видѣли, не выдерживаетъ серьезной критики.

Насколько въ переспективѣ „представительства отъ коллектива" можетъ быть извращена самая идея защиты, видно изъ того, что въ защитникѣ нѣкоторые желали видѣть даже репрезентанта... науки. Наука является той духовной силой общества, которую представляетъ защитникъ въ уголовномъ дѣлѣ. Эту мысль формулировалъ А. Пальховскій въ слѣдующихъ словахъ: „Адвокатъ въ строгомъ и настоящемъ смыслѣ слова можетъ быть только представителемъ науки на судѣ... въ ней вся его сила, все его значеніе, а потому адвокатура, не будучи, по природѣ своей, институтомъ ни государственнаго, ни частнаго права, является органомъ, связующимъ эти

[1]) Op. cit., S. 8—20.

двѣ категоріи правъ, служа въ то же время лишь высшимъ научнымъ интересамъ" [1]) Несостоятельность и надуманность этого взгляда говорятъ сами за себя. Онъ приводитъ, какъ справедливо указывалось въ литературѣ, къ тому, что если защитникъ—органъ знанія, то прокуроръ, въ качествѣ его противника, олицетворяетъ собою невѣжество (Васьковскій) [2]).

Характерно, что, отклоняя ученіе Пальховскаго, оставляютъ за нимъ, тѣмъ не менѣе, ту заслугу, что онъ отвергъ коренное заблужденіе авторовъ, разсматривающихъ защиту (адвокатуру) съ частноправовой точки зрѣнія, и указалъ на необходимость другого взгляда. „Правда, самъ онъ не разрѣшилъ этой задачи и впалъ въ ошибку. Но ошибка, какъ сказалъ Мильтонъ,—вырабатывающаяся истина (Васьковскій, ук. соч., стр. 12). Мы, съ своей стороны, не стали бы останавливаться на этомъ ученіи о привлеченіи „науки" въ качествѣ „довѣрительницы" защитника, если бы въ немъ не отразилось вѣчное стремленіе изъять защиту изъ области обычнаго представительства, изъ сферы отношеній человѣка къ человѣку и подчинить ее дѣйствію „коллективнаго" начала, хотя бы при этомъ пришлось прибѣгать къ такимъ искусственнымъ формуламъ не—правового характера, какъ связь защитника съ теоріей и знаніями.

И думаемъ, что на вопросъ, къ какой же области правоотношеній относится защита, какова ея истинная природа, отвѣтъ можетъ быть только одинъ: защита въ уголовномъ процессѣ есть представительство интересовъ привлекаемаго. Защитникъ не можетъ и не долженъ быть ни чьимъ репрезентантомъ, какъ только репрезентантомъ обвиняемаго.

Идея представительства принадлежитъ къ духовно-культурнымъ явленіямъ новыхъ временъ. Въ древности и даже у римлянъ она получила весьма слабое выраженіе. Представительство почти совершенно отсутствуетъ у народовъ

---

[1]) О правѣ представительства на судѣ, 1876, стр. 915, 120, 126.

[2]) Здѣсь, пожалуй, всегда болѣе умѣстны слова русскаго философа сказанныя имъ по другому поводу и въ иной конфигураціи: „Хорошее дѣло, наприм., наука... но если кто принимаетъ науку за высшее или хотя бы за условно—самостоятельное благо... тотъ... истинную науку теряетъ" (Вл. Соловьевъ, Исторія и будущность теократіи, IV, стр. 600).

на первыхъ ступеняхъ развитія, „когда умъ человѣка не развилъ въ себѣ способности отвлеченнаго мышленія, а устремленъ на одно внѣшнее, образное и всему духовному придаетъ вещественное выраженіе“ (А. Гордонъ). Прежде всего необходимость въ представительствѣ стала чувствоваться въ дѣлахъ опекъ, затѣмъ постепенно оно начало пускать ростки въ области другихъ отношеній, не только матеріальнаго характера. Нынѣ представительство понимается весьма широко: оно касается какъ имущественной, такъ, во многомъ, и личной сферы человѣка. Представительство въ настоящее время является расширеніемъ правомочій личности, занимая почетное мѣсто среди крупнѣйшихъ пріобрѣтеній идеи развитія индивидуальности [1]). Понятно, что представительство пышнымъ цвѣтомъ расцвѣло въ уголовномъ процессѣ, гдѣ дѣло идетъ о столь важныхъ персональныхъ интересахъ, порою о всемъ персональномъ достояніи обвиняемаго. Защитникъ—представитель этихъ личныхъ интересовъ, личныхъ правъ и вообще всѣхъ правомочій и правовыхъ благъ обвиняемаго на уголовномъ судѣ.

Что защитникъ репрезентантъ обвиняемаго, эту мысль вскользь высказалъ и Пальховскій. Если мы прокурора—замѣчаетъ этотъ авторъ—признаемъ представителемъ обвинительной власти—..., то въ силу равноправности, по закону, защиты съ обвиняемымъ не только можемъ, но даже должны признать защитника представителемъ обвиняемаго [2]).

Дѣло не мѣняется, конечно, отъ того, выступаетъ ли защитникъ въ процессѣ, въ которомъ обвиняемый долженъ явиться лично въ судъ, или въ иномъ процессѣ.

Но, будучи по существу представителемъ, уголовный защитникъ отличается нѣкоторымъ образомъ отъ обыкновеннаго репрезентанта и въ частности отъ повѣреннаго по гражданскому дѣлу (этого различія не признаетъ А. Пальховскій,

---

[1]) Бѣляцкинъ, Частное право въ основныхъ принципахъ, 1928, стр. 827. На судѣ представительство мыслится, какъ такая замѣна въ процессѣ одного лица другимъ, при которой всѣ послѣдствія судебной дѣятельности представителя падаютъ непосредственно на представляемаго (Ср. Е. Васьковскій, Организація адвокатуры, ч. I, 1893 г., стр. 4).

[2]) Ук. соч., стр. 116.

какъ отчасти и Е. Васьковскій). Различіе заключается въ свойствѣ тѣхъ благъ, отстаивать которыя призванъ защитникъ по уголовному дѣлу. Обвиняемый въ уголовномъ процессѣ ставитъ на карту свою свободу, честь или даже жизнь. Онъ находится въ состояніи человѣка, у котораго въ дѣлѣ рѣшается „судьба". Этимъ обусловливается специфическая, индивидуальная роль его защитника, въ отношеніи его. Существуютъ, правда, различныя категоріи обвиняемыхъ. Нѣкоторые изъ нихъ довольно равнодушно относятся къ возникшему противъ нихъ уголовному дѣлу. Иные съ гордостью принимаютъ обвиненіе, рисуясь, а иногда дѣйствительно чувствуя себя героями, жертвами правды, страдальцами за идею и пр. [1]) Однако, въ большинствѣ, обвиняемые на скамьѣ подсудимыхъ подавлены и несчастны. И само обвиненіе, и страхъ осужденія и наказанія, и обстановка, въ которой производится публичное разбирательство, и любопытные взоры публики, и опасеніе оглашенія дѣла въ прессѣ, ищущей сенсацій въ залахъ суда, нисколько не считаясь, конечно, съ репутаціей и состояніемъ духа сидящаго на скамьѣ подсудимыхъ,—все это легко потрясаетъ и выводитъ изъ положенія равновѣсія обвиняемаго, даже самаго крѣпкаго тѣломъ и духомъ. „Чаще всего представляютъ они (обвиняемые) и какъ разъ наименѣе „тертые", т. е. наименѣе опасные изъ нихъ, во время судебнаго слѣдствія картину самой безутѣшной безпомощности. Незнакомство съ правомъ, неспособность къ изложенію своихъ мыслей, отсутствіе увѣренности при выступленіяхъ и упражненіи юридическаго мышленія дѣлаетъ для нихъ почти всегда невозможнымъ состязаніе съ вышколеннымъ, опытнымъ въ своемъ дѣлѣ прокуроромъ [2]). Обвиняемый ви-

---

[1]) Въ извѣстномъ процессѣ о „Выборгскомъ воззваніи"—бывшихъ членовъ Государственной Думы въ Петербургской Судебной Палатѣ одинъ изъ обвиняемыхъ, на вопросъ предсѣдателя, признаетъ ли онъ себя виновнымъ въ приписываемомъ ему дѣяніи, отвѣтилъ: „Не въ качествѣ обвиняемыхъ, а въ качествѣ обвинителей явились мы сюда", но былъ остановленъ предсѣдателемъ, заявившимъ: „Въ качествѣ обвинителя Вамъ слово не дается".

[2]) Ruth, op. cit., S. 15. Въ такомъ же духѣ и Фойницкій, Курсъ уголовнаго судопроизводства, т. 2, стр. 66 и 67. Его же, Защита въ уголовномъ процессѣ, стр. 14, 15. Еще Feuerbach писалъ: „Geist und Wissenschaft, Kunst und Fertigkeit im Reden wie im Schreiben, sind nun einmal die für das Rech-

дитъ себя въ положеніи человѣка, противъ котораго обращенъ аппаратъ государственнаго обвиненія, снабженный всѣми способами и средствами изслѣдованія и разслѣдованія и направленный въ сторону обличенія. Самая цѣль обвиненія—это исторгнуть обвиняемаго изъ среды общества, уничтожить его личность, „обезопасить общество" отъ него или, какъ выражается Gülland[1]) „den Rechtsfrieden gegen die Eigenmaht des Einzelnen zu schützen." При такомъ положеніи единственное лицо, которому обвиняемый можетъ довѣриться и къ которому онъ въ состояніи обратиться за помощью и совѣтомъ—это его защитникъ, безъ участія котораго процессъ воистину превратился бы порою въ простую „травлю" (по выраженію Фойницкаго). Между обвиняемымъ и его защитникомъ—рождается особая „душевная" близость, особая моральная и юридическая связь, носящая черты интимно-личнаго свойства. Ясно, что въ этомъ качествѣ не замѣнятъ защитника ни судья, ни прокуроръ,—въ которомъ А. Ф. Кони желалъ видѣть „говорящаго судью". Не говоря уже о томъ, что прокуроръ и судья не имѣютъ ни времени, ни охоты заниматься спеціально защитой наряду съ собственными обязанностями, которыя для перваго сводятся къ энергичному обвиненію и для второго къ безпристрастному судебному заключенію изъ представленныхъ сторонами данныхъ и доводовъ, что такое соединеніе занятій психологически весьма проблематично,—ни между прокуроромъ и обвиняемымъ, ни между послѣднимъ и судьею никогда не установится то довѣріе, которое неизбѣжно для защиты, которое оживляетъ ее и обуславливаетъ ея успѣхъ.

Аналогія между сидѣніемъ на скамьѣ подсудимыхъ и болѣзнью во многомъ довольно близка, хотя и cum grano galis. Чѣмъ чувствительнѣе обвиняемый, тѣмъ больше поддается онъ этой своей „боязни".

---

streitende Kraft, sobald nicht Schwerter und Fauste dafür kämpfen. Alle besitzen Rechte, Wenigen nur jene Kraft. Darum sind dies Wenigen von der Gerechtigkeit berufen als vertreende Rechtshelfer für Viele. Selbst wer Andere zu schützen vermag, ist darum nicht schon tüchtig zur Vortretung seines eigenente Rechts aus demselben Grunde, aus welchem auch der tüchtigste Artzt seine eigene Heilung meistens einem Anderen vertraut" (См. Gneist, Die Freie Advokatur, 1867, S. 52)."

[1]) Stellung und Aufgaben des Richters im Spiegel der Zeit, 1928, S. 727.

Обвиняемый легко впадаетъ въ отчаяніе, въ апатію (Hemmungen) и тогда, когда онъ не виновенъ и чувствуетъ всю несправедливость привлеченія и причиненнаго ему позора, и тогда, когда онъ сознаетъ свою вину, связанную съ угрызеніями совѣсти и пр. Защитникъ, volens-nolens, становится для обвиняемаго „духовнымъ исповѣдникомъ", довѣрительнымъ лицомъ, которому все открывается и все сообщается. Это не тотъ повѣренный, который дѣйствуетъ въ гражданскомъ дѣлѣ, отстаивая имущественные или какіе-либо иные довѣрительскіе интересы обычно—житейскаго характера [1]). Это представитель особаго рода, sui generis.

Но этого мало. Защитникъ является членомъ общества, гражданиномъ своего государства: онъ не можетъ дѣйствовать прямо противъ коллектива (государства). Онъ не можетъ, защищая индивидуума, жертвовать важными интересами коллектива; послѣдніе должны постоянно стоять передъ его глазами [2]). Впрочемъ, кто станетъ это оспаривать? Вѣдь, и самъ обвиняемый, какъ членъ коллектива, обязанъ блюсти интересы послѣдняго даже въ своемъ собственномъ дѣлѣ, „содѣйствовать суду" въ открытіи истины, и немало имѣется обвиняемыхъ, которые такъ именно относятся къ правосудію и къ своему дѣлу. Однако, это—исключеніе, общее же правило таково, что отъ обвиняемаго нельзя требовать самопожертвованія на алтарь правосудія, тѣмъ болѣе, что часто приговоромъ суда обвиняемый какъ бы исключается изъ списка членовъ коллектива общества. Блюсти интересы коллектива на судѣ—не дѣло обвиняемаго. Въ иномъ положеніи находится защитникъ. Ограждая человѣческое достоинство обвиняемаго и проникаясь сознаніемъ необходимости принятія всѣхъ мѣръ къ спасенію индивидуума, защитникъ солидаризуется съ подзащитнымъ и дѣйствуетъ съ нимъ заодно, но отдаетъ дань и своему долгу передъ коллективомъ. Насколько интересы обвиняемаго могутъ идти вразрѣзъ съ

---

[1]) Какъ простой представитель, Vertreter des Beschuldigten nach allen prozessualischen Seiten hin, трактуется защитникъ у Schtt'a, op. cit., S. II ff.

[2]) Старый афоризмъ: pro clientibus saepe, pro lege, pro republica semper слѣдовало бы перефразировать: Semper pro clientibus, pro lege, pro republica.

самымъ бытіемъ коллектива или особыми жизненными нуждами послѣдняго, защитникъ отдаетъ предпочтеніе коллективу. Судъ произноситъ приговоръ именемъ государства, карающаго преступленія, публичный обвинитель обвиняетъ тѣмъ же именемъ государства, защитникъ защищаетъ именемъ обвиняемаго и его интересовъ, но съ сохраненіемъ интереса коллектива. Въ этой схемѣ (если нужно, ее можно назвать схемой „раздѣленія труда"), на практикѣ создающей, конечно, не мало трудностей для защитника [1]), рисуются права и обязанности его въ уголовномъ дѣлѣ. При этомъ безразлично, происходитъ ли судъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей или безъ нихъ, избранъ ли защитникъ обвиняемымъ или назначенъ судомъ. И въ отношеніи обвиняемаго, которому назначенъ защитникъ, послѣдній является представителемъ sui generis [2]).

---

[1]) Die schwierigste Aufgabe des Verteiger ist die Vereinigung seiner Berufspflichten, einerseits dem Angeklakten zu nützen, und anderseits, im Interesse der Rechtsordnung bei Ermittlung der objektiven Warheit mitzuhelfen— пишетъ старый. опытный защитникъ Mamroth, Vier Jahrzehente Verteidigertätigkeit, in DJZ, 1929, H. 1, S. 72.

[2]) Въ такомъ аспектѣ получаетъ надлежащее освѣщеніе и самая проблема нужности защиты вообще. Въ настоящее время почти не спорятъ объ этой проблемѣ, она давно и безповоротно рѣшена въ пользу защиты, и мы не имѣемъ въ виду здѣсь останавливаться спеціально на этомъ предметѣ. Но если кто-либо почему-либо этотъ споръ вновь поднялъ бы, если бы опять воскресъ изъ гроба старый вопросъ, потребна ли защита въ уголовномъ дѣлѣ или нѣтъ, мы сказали бы: да, она потребна, поскольку въ ней получаетъ осуществленіе идея представительства за обвиняемаго, въ интересахъ уголовнаго правосудія, и весьма проблематична, если видѣть въ ней проявленіе публично—правовыхъ интересовъ: послѣдніе, быть можетъ, дѣйствительно въ состояніи былъ бы реализовать въ достаточной мѣрѣ самъ судъ (совмѣстно съ публичнымъ обвинителемъ) безъ того, чтобы неизбѣжно было создавать еще особый сложный институтъ формальной защиты. Мысль о необходимости формальной защиты выростаетъ на индивидуальномъ корнѣ, на корнѣ признанія человѣческой личности и ея правъ въ общемъ строѣ солидарной общественной жизни людей. Въ этомъ смыслѣ трактуютъ нынѣ о правѣ на защиту. Не мѣшаетъ отмѣтить, что и бывшій когда-то столь жгучимъ другой вопросъ, именно, вопросъ о совмѣщеніи въ одномъ лицѣ функцій заступника и представителя (Beistand und Stelvertreter) получаетъ болѣе легкое разрѣшеніе, по крайней мѣрѣ, что касается уголовныхъ дѣлъ, при изло-

Трудно заранѣе предвидѣть все разнообразіе обстоятельствъ, въ которыхъ приходится дѣйствовать защитнику, и a priori установить общую линію его поведенія на всѣ случаи. Руководящими нитями должно служить: взвѣшиваніе интересовъ кліента и коллектива,—съ одной стороны сознаніе важности и цѣнности ввѣряемыхъ защитнику правъ личности, съ другой—учитываніе высшихъ задачъ коллектива [1]).

Защитникъ не долженъ забывать, что онъ, ex professo, именно заступникъ и представитель обвиняемаго, которому онъ служитъ, и что только эта служба подымаетъ его работу

женномъ взглядѣ на сущность уголовной защиты. Какъ извѣстно, раздѣленіе строго проведено (по причинамъ традиціонно-историческимъ) въ Англіи и Франціи: barrister и solicitor, avocat и avoué; напротивъ, другимъ странамъ Европы оно чуждо, чуждо оно и нашему праву. У насъ защитникъ не занятъ тѣмъ только, чтобы пледировать на судѣ, уступая подготовку дѣла другому лицу, какъ то принято по англо-французской системѣ: онъ также собираетъ всѣ матеріалы, входитъ въ непосредственныя сношенія съ кліентомъ и, вообще, ведетъ безраздѣльно все дѣло съ начала до конца. Много вѣскихъ доводовъ приводилось въ пользу одного и другого взгляда. Въ Россіи горячимъ защитникомъ раздѣленія выступалъ Васьковскій, противникомъ Загоровскій и др. Во Франціи недостатки раздѣленія формулировалъ кратко и опредѣленно Appleton, Traitè'de la profession de l'avocat, 1928, p. 313). Идея совмѣщенія имѣла успѣхъ у насъ и въ Европѣ и въ настоящее время вопросъ отчасти можетъ уже быть переданъ въ архивъ исторіи (См. Кпеег, Der Rechtsanwalt, 1928, S. 49). Несомнѣнно, что въ данномъ случаѣ значительную роль сыграло то обстоятельство, что совмѣщеніе создаетъ болѣе близкій контактъ между адвокатомъ и кліентомъ, въ интересующемъ насъ случаѣ между защитникомъ и подзащитнымъ, и болѣе отвѣчаетъ общей идеѣ представительства, что и вдохновляло, прямо или косвенно, сторонниковъ „совмѣщенія“ и обезпечило имъ побѣду.

[1]) По поводу возможной коллизіи интересовъ публичныхъ и частныхъ при защитѣ Ruth выставляетъ такую формулу: „dann, wenn er (защитникъ) eine Interesskollision zwisshen dem Staatsinteresse an Prozrssz weck und dem Inteiesse seines Klienten wahrnimmt (oder bei normale Diligenz wahrnehmen müsste), dann hat er beiseite zu treten (op. cit. S. 80). Но самъ Ruth указываетъ: „Ob der Verteidiger sich an diese Grenze halten will, muss alerdings oft seinem Takt und seiner Ehrenhaftigkeit überlassen bleiben“ (ib). Дѣйствительно, только совѣсть и тактъ защитника могутъ указать ему въ этомъ случаѣ, какъ и въ другихъ случаяхъ, правильное рѣшеніе. Въ такомъ же смыслѣ высказывались неоднократно Совѣты присяжныхъ повѣренныхъ относительно членовъ присяжной адвокатуры, выступающихъ защитниками.

на высоту общественной задачи [1]). Лишь при явномъ и рѣзкомъ противорѣчіи интересовъ подзащитнаго коллективнымъ интересамъ защитникъ отступаетъ, оставляетъ поле битвы, памятуя, что коллективъ только тогда можетъ существовать и процвѣтать, когда отдѣльные члены его, особенно тѣ, въ рукахъ которыхъ находится авторитетъ и монополія знаній и опыта, не будутъ создавать препятствій на его пути, не будутъ заниматься „вредительствомъ". Однако, защитникъ во всякомъ случаѣ не переходитъ на другую сторону, никогда не предаетъ своего кліента, какіе бы „высшіе интересы" ни диктовали ему это сдѣлать.

Частные случаи суть только приложеніе на практикѣ этихъ общихъ началъ.

До какой степени, наприм., должно доходить отстаиваніе интересовъ обвиняемыхъ со стороны его защитника? Защитникъ, какъ представитель личности подзащитнаго, ограждаетъ послѣдняго всѣми мѣрами, непротивными закону, при томъ не только отъ окончательнаго осужденія и наказанія, но и отъ всякаго рода предварительныхъ арестовъ и задержанія, отъ всего того, что вообще можетъ повредить чести, достоинству, а иногда даже матеріальнымъ благамъ сидящаго на скамьѣ подсудимыхъ. Онъ не вправѣ содѣйствовать обвиняемымъ въ томъ, чтобы они скрыли отъ суда себя и слѣды содѣяннаго. Защитникъ не можетъ доводить свои дѣйствія до того, чтобы подпасть самому подъ статьи уголовнаго уложенія. Защитникъ обязанъ воздерживаться также отъ всего антиморальнаго, особенно не долженъ онъ лгать или совѣ-

---

[1]) Замѣчаніе M. Frydmann'a, что защитникъ въ первую очередь выполняетъ соціальную задачу и фигурируетъ въ качествѣ фактора правового общежитія и общей правовой безопасности, и только во вторую очередь является совѣтникомъ и защитникомъ угнетеннаго индивидуума (op. cit., S. 81), не смотря на его нѣкоторую кажущуюся внѣшнюю привлекательность, на самомъ дѣлѣ непріемлемо и не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ отношеніямъ. Случевскій, обмолвившись фразой, что „защита служитъ интересамъ публичнымъ черезъ служеніе..., частнымъ интересамъ подсудимаго, не дѣлаетъ послѣдовательныхъ выводовъ изъ этой мысли, перенося центръ тяжести на „публичный характеръ ея дѣятельности" (Учебникъ русскаго уголовнаго права, 1895, стр. 277, 270, 272. Также и Розинъ, Уголовное судопроизводство 1916, стр. 303 и сл.)

тывать обвиняемому завѣдомую ложь [1]), хотя бы этимъ онъ въ состояніи былъ спасти участь послѣдняго.

Но ни въ какихъ дѣйствіяхъ, необходимыхъ, съ точки зрѣнія объективной или даже субъективной—защитника—для лучшаго проведенія судебной защиты, никто не вправѣ усматрѣть недозволенныя излишества, коль скоро они, эти дѣйствія, не находятся въ прямой антитезѣ уголовнымъ или инымъ законамъ, либо требованіямъ соціальной морали.

Довѣріе до конца со стороны подзащитнаго къ своему заступнику, оплачиваемое со стороны послѣдняго соотвѣственной свободной и безконтрольной помощью для выхода изъ труднаго и опаснаго положенія,—безъ нарушенія защитникомъ основъ права и этики—это то, что составляетъ первѣйшее условіе правильной постановки защиты, что возвышаетъ дѣятельность защитника, даетъ ему нравственную силу и удовлетвореніе.

Защитникъ не вправѣ предъявлять никакого обличительнаго матеріала противъ обвиняемаго, гдѣ бы таковой матеріалъ ни находился, въ дѣлѣ или внѣ дѣла, а тѣмъ болѣе не вправѣ онъ въ качествѣ „помощника суда“, какимъ его часто называютъ [2]) и какимъ онъ на самомъ дѣлѣ не является, если только понимать эти слова въ прямомъ смыслѣ, содѣйствовать обвинителю и даже исправлять его упущенія.

Защитникъ можетъ удерживать обвиняемаго отъ вредныхъ для обвиняемаго актовъ въ процессѣ, отъ уличающихъ его заявленій, но не долженъ противиться признанію, если того опредѣленно и сознательно желаетъ обвиняемый. Съ другой стороны, онъ и самъ можетъ подать совѣтъ обвиняемому сознаться, если найдетъ это необходимымъ, цѣлесообразнымъ и раціональнымъ.

Судъ, современный судъ, не заинтересованъ въ томъ, чтобы обвиняемые дѣлали тѣ или иныя заявленія; онъ только выслушиваетъ таковыя, выясняетъ ихъ, раскрываетъ ихъ

---

[1]) Schott, op. cit, S. 7.

[2]) См. Васьковскій, Будущее русской адвокатуры, 1893, стр. 20,5.

сущность. Если такъ, то для суда безразлично то обстоятельство, что защитникъ посовѣтуетъ обвиняемому сказать или не сказать о какомъ-либо событіи или фактѣ. Нормальная функція суда—это разборъ спорныхъ вопросовъ; признаніе обвиняемаго упрощаетъ дѣло, превращаетъ его изъ спорнаго въ безспорное, но судъ не можетъ ожидать, что обвиняемый или защитникъ будутъ содѣйствовать этому упрощенію.

Весьма нерѣдко обвиняемый намѣревается сознаться, а защитникъ видитъ изъ дѣла, что все говоритъ въ пользу обвиняемаго или же во всякомъ случаѣ, что нѣтъ никакихъ данныхъ противъ него и что признаніе его будетъ единственнымъ поводомъ къ осужденію. Былъ случай въ Англіи, когда подсудимый—крестьянинъ сознался въ убійствѣ своего сосѣда—помѣщика и былъ осужденъ на пожизненную каторгу, а впослѣдствіи оказалось, что онъ невиновенъ ни въ чемъ, что помѣщикъ живъ и куда-то уѣхалъ, не давъ о себѣ первоначально никакихъ свѣдѣній. Сознаніе же свое этотъ крестьянинъ сдѣлалъ по совѣту защитника, который увѣрилъ его, что въ дѣлѣ вполнѣ достаточно данныхъ для обвинительнаго приговора, а если онъ, подсудимый, признается, защищать будетъ легче и наказаніе будетъ меньшее (что, впрочемъ, какъ будто и правильнымъ оказалось, такъ какъ при отсутствіи признанія подсудимый могъ бы быть приговоренъ къ смертной казни). Подсудимый „сознается“ порою по причинамъ, совершенно постороннимъ дѣлу: вслѣдствіе отчаянія, упадка духа и нежеланія бороться, подъ вліяніемъ навязчивыхъ идей (Hemmungen), предразсудковъ—религіозныхъ или иныхъ, изъ желанія выгородить другихъ или охранить чью-либо честь, изъ особаго альтруизма, изъ ложнаго стыда, изъ намѣренія быть страдальцемъ и жертвой, изъ надежды скрыться въ тюрьмѣ отъ преслѣдованія по другому, болѣе важному преступленію и т. д. и т. д. Скажутъ: защитнику слѣдуетъ различать случаи виновности и невиновности („облыжности признанія“). Но дѣло въ томъ, что защитникъ не разспрашиваетъ и не можетъ разспрашивать кліента, дѣйствительно ли совершилъ тотъ инкриминируемое ему дѣяніе или нѣтъ (защитникъ вѣдь не судья, а тѣмъ болѣе не „инквизиторъ“). Совѣты присяжныхъ повѣренныхъ воспрещаютъ адвокатамъ такой разспросъ.

Развѣ кліентъ по доброй волѣ начнетъ разсказывать... Да и всегда ли самъ кліентъ отдаетъ себѣ ясный отчетъ въ содѣянномъ? Какой совѣтъ дать кліенту, заявляющему о своемъ намѣреніи сознаться, зависитъ въ конечномъ счетѣ отъ совѣсти защитника и индивидуальныхъ обстоятельствъ дѣла. Важно только, чтобы совѣты защитника не направлены были къ обману суда, къ шиканированію процесса, что, конечно, нетерпимо, и чтобы между защитникомъ и кліентомъ все было ясно, такъ что одинъ другого не вводилъ бы въ заблужденіе [1]). Во всякомъ случаѣ, если кліентъ желаетъ сознаться потому, что чувствуетъ себѣ виновнымъ, защитникъ не только не можетъ отговаривать его, но, наоборотъ, долженъ одобрить его шагъ, какъ единственно благоразумный, полезный и правдивый. Такое отношеніе соотвѣтстсвуетъ и задачамъ правосудія и сущности защиты, какъ служенія индивидууму и обществу.

Стараться во что бы то ни стало, чтобы подсудимый сознался, этого требовалъ старый инквизиціонный процессъ, заключавшій въ себѣ правило: „Защитникъ во всѣхъ случаяхъ долженъ склонять своего кліента къ сознанію". Какъ далеко отошелъ отъ этого правила нашъ гуманный, аккузаторный процессъ! Не только защитникъ, но и слѣдователь и судъ не должны „склонять" обвиняемаго къ признанію. Съ другой стороны, чистосердечное признаніе, какъ признакъ внутренняго переворота въ человѣкѣ и его раскаянія, хотя бы частичнаго, всегда будетъ привѣтствоваться судьями и защитникомъ, если онъ стоитъ на высотѣ свего призванія.

Когда кліентъ соглашается, чтобы защитникъ на судѣ не отрицалъ его вины или, по крайней мѣрѣ, даетъ понять словами или дѣйствіями о такомъ своемъ согласіи, защитникъ вправѣ пледировать объ уменьшеніи вины и наказанія, а какъ при этомъ поступитъ самъ кліентъ, не представляется уже существеннымъ для защитника [2]).

[1]) По дѣлу, въ которомъ отецъ и сынъ обвинялись въ томъ, что совмѣстно убили человѣка, сынъ заявилъ защитнику, что хотя онъ въ убійствѣ не участвовалъ, но намѣренъ „сознаться" на судѣ, что убилъ онъ одинъ, имѣя въ виду этимъ освободить отца, тѣмъ болѣе, что съ послѣдняго легче было бы, въ случаѣ осужденія, и убытки взыскать... Защитникъ, выслушавъ это объясненіе, отказался отъ дѣла—и поступилъ правильно.

[2]) S. Bieliackinas, Apie kaltinamojo prisipažinimą ir gynimą teisme, журналъ „Teise", 1930, Nr. 18, p. 113, 114.

Защитникъ солидаризируется съ подзащитнымъ на судѣ (это не значитъ, что онъ превращаетъ дѣло обвиняемаго въ свое собственное дѣло или, по крайней мѣрѣ, симпатизируетъ обвиняемому, по правильному замѣчанію Ruth), хотя и съ нѣкоторыми ограниченіями. Поскольку вину свою отрицаетъ самъ обвиняемый, не отрицать ее не властенъ и защитникъ, пусть онъ даже подозрѣваетъ виновность. Въ противномъ сдучаѣ, т. е. когда защитникъ увѣренъ въ виновности своего кліента, ему лучше уступить мѣсто другимъ, которые такого убѣжденія не имѣютъ. Но разъ онъ, не взирая на эту увѣренность свою, тѣмъ не менѣе берется за защиту, ему неизбѣжно сдѣлать всѣ логическіе выводы изъ того, что онъ представитель подзащитнаго, не болѣе. Иначе будетъ нарушена та необходимая связь, которая должна соединять обвиняемаго съ защитникомъ, такъ что получится несомнѣнное состояніе безправія и процессуальной безпорядочности. Если измѣненіе фронта защитникомъ и переходъ его отъ защиты къ обвиненію или даже замѣтное нарочитое ослабленіе позиціи защиты и демонстрированіе своего „несочувствія“ защищаемому дѣлу способно принести какую-либо выгоду и пользу суду для правильнаго разрѣшенія конкретнаго дѣла, согласно внутренней правдѣ, то въ общій потокъ правосудія такой образъ дѣйствія защитника способенъ влить струю яда: процессъ деморализуется и „травля подсудимаго“ проявляется во всей своей наготѣ. Благодаря такому поведенію защитника была бы подорвана самая нить уголовнаго правосудія, отпалъ бы его смыслъ, нарушена была бы та логика обвинительнаго процесса, въ силу которой каждая сторона отстаиваетъ свои положенія, при чемъ суду дается возможность избрать справедливое разрѣшеніе спора на основаніи тезы—обвиненія и антитезы—защиты. Вполнѣ основательно замѣчаніе, что кумуляція элементовъ, при которой прокуроръ былъ бы одновременно защитникомъ или этотъ послѣдній одновременно обвинителемъ, была бы безполезна, нелогична и опасна (M. Frydmann).

Недопустимо, чтобы защитникъ отрицалъ факты, которые признаетъ обвиняемый, и признавалъ то, что отрицаетъ послѣдній (вопреки мнѣнію Plank'a—и др.), развѣ бы налицо были чрезвычайныя обстоятельства, оправдывающія такой

поступокъ. Нельзя не признать, что подобно тому, какъ обыкновенный negotiorum gestor дѣйствуетъ иногда вопреки волѣ dominus'a, ограждая реальный, насущный и законный интересъ dominus'a negotii [1]), защитникъ вынуждается порою такимъ же образомъ вступать въ видимый конфликтъ съ обвиняемымъ, отрицать, наприм., вину, признанную обвиняемымъ, изъ разныхъ другихъ специфическихъ соображеній соціальнаго, религіознаго, мистическаго и иного характера. Но это явленія самаго исключительнаго свойства, при чемъ и тутъ защитникъ долженъ соблюдать извѣстную мѣру въ томъ смыслѣ, чтобы не ворваться въ личную сферу обвиняемаго, не нанести удара таковой, что превратило бы представительство въ злоупотребленіе правомъ.

Само собою разумѣется, что, признавая принципіально право защитника въ нѣкоторыхъ случаяхъ оспаривать признаніе подзащитнаго [2]), этимъ еще не признается, что первый перестаетъ быть представителемъ подзащитнаго, становится репрезентантомъ государства или общества, какъ утверждаютъ нѣкоторые. Это скорѣе отраженіе того генеральнаго принципа уголовнаго процесса, въ силу котораго ни одно доказательство, ни одно заявленіе участниковъ не является предопредѣляющимъ, а каждое утвержденіе, въ томъ числѣ и сознаніе обвиняемаго, подлежитъ провѣркѣ на судѣ. Если въ гражданскомъ дѣлѣ признаніе иска отвѣтчикомъ устраняетъ надобность въ представленіи дальнѣйшихъ данныхъ и разсматривается, въ общемъ, какъ распорядительный актъ, то въ уголовномъ дѣлѣ признаніе есть простое доказательство и можетъ быть свободно опровергаемо. (Замѣтимъ, попутно, что при наличности сознанія, сдѣланнаго обвиняемымъ и отрицаемаго защитникомъ, судъ не обязанъ непремѣнно презюмировать, что сознанія на самомъ дѣлѣ нѣтъ. Судъ въ этомъ случаѣ вправѣ считаться съ тѣмъ, что обвиненіе достаточно устанавливается, и устранить изъ дѣла другія данныя—допросъ свидѣтелей и пр., приступивъ непосредственно къ заключительнымъ преніямъ и постановкѣ приговора, развѣ бы обстоятельство отрицанія защитникомъ признанія подзащитнаго найдено было судомъ вѣскимъ по существу, въ

[1]) См. Бѣляцкинъ, Частное право въ основныхъ принципахъ, 1928, стр. 842.

[2]) См. Bauer Die Verteidigung im Strafprozess, 1908, S. 51.

какомъ случаѣ самого сомнѣнія суда достаточно для провѣрки правильности сдѣланнаго обвиняемымъ признанія).

Защитникъ вообще не управомоченъ избирать способъ защиты, который противенъ былъ бы желанію и намѣреніямъ обвиняемаго: всякая система защиты презюмируется одобренной явно или молчаливо самимъ подзащитнымъ. При этомъ и здѣсь безразлично, присутствуетъ ли самъ обвиняемый на судѣ или нѣтъ.

Настаивая на томъ, что защитникъ является представителемъ (sui generis) подзащитнаго, этимъ не утверждаемъ, конечно, что онъ—механическій исполнитель воли обвиняемаго, или, что еще хуже, простой наемникъ. О предѣлахъ общей самостоятельности защиты уже было говорено. Что касается, въ частности, матеріальной стороны дѣла, то проблема вознагражденія защитника можетъ всплывать одинаково, какой бы взглядъ на сущность защиты ни усвоить. Даже превращеніе защитниковъ въ государственныхъ служителей не устраняетъ ея окончательно. Всякій трудъ подлежитъ оплатѣ. Безплатныя защиты и даже поѣздки за свой счетъ по уголовнымъ дѣламъ, часто въ самыя отдаленныя мѣста, были нерѣдкимъ явленіемъ въ жизни русской адвокатуры, особенно когда дѣло касалось политическихъ защитъ. Однако и политическіе защитники не „стѣснялись“ брать гонорара, разъ это оказывалось возможнымъ по матеріальному состоянію обвиняемаго. Они дѣлали это открыто безъ ханжества и лицемѣрія даже съ нѣкоторой гордостью. Отдавая своему занятію все свое время, всѣ силы, они, конечно, сознавали, что вправѣ претендовать на вознагражденіе за свой трудъ. Самое дѣло защиты отъ этого нисколько не страдало. Трактовать объ опасностяхъ, связанныхъ со свободнымъ соглашеніемъ защитника и кліента о вознагражденіи за защиту по началу мандата, едва ли приходится. По мнѣнію Е. Васьковскаго, договорное опредѣленіе гонорара въ состояніи сдѣлать защиту (адвокатуру) настоящимъ бичомъ для населенія, ведя къ торгашеству и вымогательству крупныхъ гонораровъ. Это очевидное преувеличеніе, что косвенно, впрочемъ, признаетъ и самъ Васьковскій [1]). Принципіально, de lege ferenda нельзя имѣть ничего противъ нѣкотораго контроля суда надъ получаемыми защитниками отъ кліента гонорарами,

[1]) Будущее русской адвокатуры, стр. 13,19.

но не слѣдуетъ упускать изъ виду и трудностей, связанныхъ хотя бы съ тѣмъ, что немыслимо, наприм., подвести подъ одинъ ранжиръ всѣхъ защитниковъ, которые различаются между собою столь ощутительно и трудолюбіемъ, и талантами, и другими свойствами. Во всякомъ случаѣ, не можетъ быть рѣчи о „таксахъ": послѣднія остались у насъ мертвой буквой и для адвокатскихъ гражданскихъ дѣлъ, ничего путнаго отъ нихъ ожидать не приходится для дѣлъ уголовныхъ. Прибавимъ, что даже въ Англіи, гдѣ адвокатамъ вообще, по старой традиціи, воспрещается договариваться съ кліентами о гонорарѣ, соглашеніе защитника съ подзащитнымъ о вознагражденіи — нынѣ явленіе обычное и законное.

Быть можетъ, уголовный защитникъ меньше соприкасается съ денежными соблазнами, чѣмъ адвокатъ, ведущій гражданскія дѣла. Но мы считаемъ, что центръ тяжести не въ возможности „соблазновъ", а въ добросовѣстности судебныхъ представителей, все равно гражданскихъ или уголовныхъ. Средній уровень этой добросовѣстности, къ счастью, не столь уже низокъ, чтобы необходимо было тутъ думать о сильномъ публичномъ вмѣшательствѣ и скорпіонахъ. Что же касается общественнаго мнѣнія, недружелюбнаго какъ будто къ гонорарамъ защитниковъ, то въ литературѣ правильно указывалось, что насмѣшки надъ корыстью адвоката и судьи вытекаютъ скорѣе изъ идеалистическаго взгляда на ихъ занятія, въ прежнее время отправлявшіяся безплатно во имя одного человѣколюбія, а нынѣ оплачиваемыя изъ нашихъ средствъ. „Намѣшка надъ судьями и адвокатами есть выраженіе оскорбленнаго идеализма. Въ этой истинѣ лежитъ одновременно и надежда" (Cornelius Veth [1]).

[1]) Развѣ не тотъ же идеалистическій взглядъ на судъ создалъ въ людяхъ представленіе о непогрѣшимости судебнаго приговора, покоющагося на нормахъ и правилахъ, которыя по выраженію Монтескье имѣютъ для человѣчества большее значеніе, чѣмъ что бы то ни было на свѣтѣ. Именно, это представленіе—замѣтимъ кстати—приводило при судебныхъ ошибкахъ къ сильнѣйшимъ моральнымъ разочарованіямъ и способствовало волненію умовъ (дѣло Дрейфуса называлось величайшимъ дѣломъ вѣка. См., напр., книжку Алданова, Современники, Берлинъ 1928, стр. 87). Извѣстно, что въ литературѣ по этому поводу выражали свое удивленіе многіе выдающіеся писатели и моралисты, каждый съ своей точки зрѣнія,—какъ А. Франсъ, Л. Толстой („Весь міръ лежитъ въ крови, а они спорятъ о какой-то отдѣльной несправедливости").

II.

Прошлое и настоящее уголовной защиты.

Защита по уголовнымъ дѣламъ въ древнѣйшія времена и эпохи. Уголовная защита въ древней Греціи и въ Римѣ. Германскіе взгляды на уголовную защиту. Уголовный процессъ среднихъ вѣковъ и вліяніе его на уголовную защиту. Уголовная защита въ эпоху Великой Французской революціи и революціонныхъ трибуналовъ. Свобода уголовной защиты въ новѣйшія эпохи. Основныя свойства нынѣшняго уголовнаго процесса въ соотношеніи съ постановкой уголовной защиты. Эволюція уголовной защиты въ древнемъ русскомъ правѣ и до нашего времени.

Уже было замѣчено (въ первомъ Очеркѣ), что въ древнія времена представительство получило весьма слабое выраженіе. Отдѣльныя проявленія его, однако, имѣли мѣсто съ давнихъ поръ. Возможно было замѣнить себя въ обрядахъ вѣры и въ молитвахъ передъ богами: такое религіозное представительство человѣка за человѣка вполнѣ естественно, принимая во вниманіе, что одни были болѣе угодны богамъ, другіе менѣе. Въ дѣлахъ опеки дѣйствовать за другого,—за малолѣтняго, безумнаго, даже за женщину—совершать за нихъ юридическіе акты представлялось явленіемъ обычнымъ, считалось богоугоднымъ дѣломъ и охотно допускалось. Когда началъ исчезать обычай таліона и караніе преступника сдѣлалось прерогативой государства, когда личная месть родственниковъ потерпѣвшаго, бывшая не только ихъ правомъ, но и обязанностью [1]), стала отвергаться, прежнее выступленіе ихъ въ качествѣ мстителей замѣнилось появленіемъ ихъ на судѣ въ качествѣ заступниковъ потерпѣвшаго члена семьи своей. Обычай мстить уходитъ корнями въ глубокіе тайники религіознаго чувства человѣка и находитъ откликъ въ выра-

---

[1]) Черри о развитіи карательной власти въ древнихъ общинахъ, пер. П. Люблинскаго, 1907, стр. 18 и 19.

батывавшейся вѣками идеѣ возмездія. Таковымъ этотъ обычай остался до сихъ поръ у первобытныхъ народовъ („Есть на небѣ Мститель, А на землѣ еще другой"). Столь же священнымъ и непреложнымъ былъ корреспондировавшій обычаю мести обычай родственниковъ лица, совершившаго посягательство, отстаивать и защищать его всѣми способами. Сначала это дѣлалось путемъ дачи пострадавшему денежныхъ выкуповъ, потомъ и заступничествомъ передъ властью, организовавшей право выкупа въ систему и взявшей въ свои руки все дѣло отомщенія. Наконецъ, заступничество выливалось нерѣдко и въ форму явки въ судъ для соотвѣтственной судебной защиты. Но само собою разумѣется, что въ первоначальныя эпохи, когда суды творились владыками и жрецами, именемъ божества, оскорбляемаго человѣческими преступленіями, и его мстительной воли, негласно, безъ права обвиняемыхъ входить въ разсужденія и пренія на судѣ, а криминальная репрессія была быстрая, рѣшительная и безпощадная, какъ рѣшителенъ и безпощаденъ самъ рокъ и карающая длань разгнѣваннаго небожителя,—о какомъ-либо формальномъ представительствѣ и формальной защитѣ обвиняемаго не могло быть и рѣчи. По мнѣнію нѣкоторыхъ изслѣдователей, въ глубокой древности уже существовалъ видъ какой-то формальной адвокатской защиты, напр., въ Египтѣ при Эвегетѣ II-мъ, но этотъ взглядъ можетъ быть принятъ cum grano salis.

Гранитная прочность государствъ въ Индіи и въ Египтѣ зависѣла между прочимъ отъ одного условія: народъ оставался неподвижной массой, его давила непомѣрная тяжесть правительства. Индійскій Сводъ основательно замѣчаетъ о непотрясаемости такого государства, гдѣ жрецы примиряются съ воинами и гдѣ, по выраженію средневѣковыхъ публицистовъ, оба меча—свѣтскій и духовный—попадаютъ въ однѣ руки. Зданіе, которое возвели теократы въ союзѣ съ деспотами, поражало величавымъ видомъ своимъ. Но милліоны подданныхъ служили въ немъ каріатидами. Цѣлью существованія людей, единственной задачей государства было увѣковѣчить общественный строй, выгодный для однихъ властителей. Передъ этимъ интересомъ не подымалась рѣчь о человѣческомъ достоинствѣ или о гражданскихъ правахъ отдѣльной личности. Управленіе, судъ, законы уголовные, самая религія, ко-

торая долго замѣняла философію и правовѣдѣніе—все это настойчиво преслѣдовало охрану и усиленіе военно-теократической деспотіи. Чѣмъ болѣе наказаній, тѣмъ вѣрнѣй покой государства,—говорили законодатели Индіи и Египта. Чѣмъ скорѣе примѣняется наказаніе, тѣмъ цѣлесообразнѣе правосудіе,—разсуждала та же суровая логика. При подобномъ порядкѣ вещей, не находилось мѣста учрежденію, цѣль котораго—отстаивать гражданъ противъ ошибокъ и злоупотребленія правосудія. Адвокаты (scil. защитники, С. Б.) только мѣшали судьямъ, по циническому выраженію Египетскаго свода" [1]). Нравственное чувство, глубоко жившее и въ древнемъ человѣкѣ и призывавшее къ жизни (хотя и въ своеобразномъ отображеніи) правовые институты, учрежденія и формы общежитія сѣдой старины, подсказывало ему все значеніе, всю силу, моральную и раціональную, судебнаго заступничества одного за другого, болѣе искуснаго за менѣе искуснаго [2]). Не могло быть недостатка и въ доброй волѣ сколько-нибудь организовать эту защиту на судѣ въ прежнія времена. Кое-гдѣ съ такой организаціей, несовершенной, встрѣчаемся въ самыя отдаленныя отъ насъ эпохи. У евреевъ, по законодательству раввиновъ, защиту обвиняемыхъ на судѣ принимали на себя правовѣды изъ состава самаго суда, называвшіеся кандидатами. Но, повидимому, такого рода ораторы могли говорить только отъ своего имѣни, не выражая желаній и оправданій обвиняемаго (Пальховскій [3]). Въ общемъ, въ древности защита была спорадическимъ явленіемъ и носила характеръ не отстаиванія правъ личности обвиняемаго, а скорѣе „замаливанія".

---

[1]) Стояновъ, Исторія адвокатуры, цитируется по Пальховскому, назв. сочин., стр. 119.

[2]) Даже у первобытныхъ людей, даже у зулусовъ, тѣ изъ сосѣдей, друзей и земляковъ, которые извѣстны „какъ искусные ораторы", выступаютъ на судѣ (конечно, своеобразномъ) въ качествѣ представителей обвиняемаго (См. Васьковскій, Организація адвокатуры, 1, 1893. стр. 13). И въ Китаѣ мандарины допускали издавна родныхъ и друзей къ защитѣ обвиняемаго, хотя и дѣлали это въ видѣ „особаго снисхожденія".

[3]) Можно видѣть нѣкоторое сходство этихъ „кандидатовъ" не только съ нынѣшними „кандидатами на судебныя должности", но и (сходство болѣе отдаленное) съ англійскими защитниками, также комплектуемыми иногда изъ состава суда.

Защитникъ просилъ судей о дарованіи снисхожденія, о прощеніи; это ему легко было дѣлать потому, что судьи, въ сущности, не чувствовали себя связанными никакими законами, кромѣ Божьихъ повелѣній, будучи сами и законодателями: карать и миловать было всецѣло въ ихъ рукахъ. Иногда защитникъ объявлялъ себя посланцемъ Бога, творящимъ свою защиту (такъ же, какъ и судьи) именемъ Неба. Въ послѣдней роли на судѣ появлялись даже признанные пророки [1]). Въ древней Греціи, какъ и въ древнемъ Римѣ, индивидуальность весьма скоро стала выдвигаться впередъ и требовать себѣ признанія. Изданы были прочные законы, гарантировавшіе гражданамъ свободу личности. Гражданинъ не могъ трактоваться передъ лицомъ правосудія какъ простой объектъ: ему дано было право объясняться и защищаться передъ судомъ, который вначалѣ происходилъ публично на народной площади при участіи городскихъ старцевъ и вообще представителей народа. (Картина древне-греческаго суда дана въ „Иліадѣ“ Гомера). Появились особыя категоріи защитниковъ, въ кадры которыхъ вступили лица, обладавшія ораторскими способностями, высоко цѣнившимися въ средѣ экспансивныхъ народовъ Греціи и Рима. Изъ этихъ лицъ вербовались государственные дѣятели и даже полководцы, ими восхищались, имъ устраивали тріумфы, ставили памятники. Выступленіе на судѣ нерѣдко ничѣмъ не отличалось отъ политическаго выступленія, такъ какъ судебные процессы часто переплетались съ общегосударственными интересами. Это были не рѣчи, произносимыя за другихъ, но политическія рѣчи отъ своего имени передъ судами (А. Морилло и Г. Дебенъ). Правда, въ первое время „ораторы“ появлялись со своими кліентами въ судъ лишь для того, чтобы поддерживать ихъ своими рѣчами, такъ какъ обвиняемый долженъ былъ самъ защищаться, не перелагая этого на постороннихъ и не прибѣгая къ „представителю“ (Аристотель говорилъ, что стыдно не умѣть защищать себя рукою, но еще болѣе стыдно не умѣть защищаться словомъ). Но мало по малу права этихъ заступниковъ расширялись, доходя до предѣловъ правомочій

---

[1]) Пророкъ у евреевъ означетъ Navi, т. е. ораторъ и толкователь, Spinoza, Teologisch-politischer Tractat, Sämtliche Werken, 2., S. 15.

настоящихъ „защитниковъ“. Наряду съ защитниками-ораторами сталъ обнаруживать свою дѣятельность классъ мелкихъ дѣльцовъ-адвокатовъ, людей невысокаго качества, занимавшихся кляузничествомъ, вводившихъ своимъ крючкотворствомъ въ заблужденіе и судъ и кліентовъ. Защитники-ораторы, естественно, стремились отмежеваться отъ данной категоріи лицъ, отдѣлаться отъ того одіума, который невольно переносился на нихъ отъ этихъ крючкотворовъ. Однимъ изъ средствъ достигнуть цѣли въ этомъ направленіи было то, что защитники-ораторы возводились на степень общественныхъ и государственныхъ служителей. Они считали свои занятія „служеніемъ“, не брали вознагражденія и пр. Это относилось ко всѣмъ адвокатамъ вообще, но особенное значеніе имѣло для уголовныхъ защитниковъ. Однако, вся дѣятельность этихъ „ораторовъ“, не исключая Демосфена въ Греціи и Цицерона въ Римѣ, показываетъ, что въ нихъ прочно жила мысль о томъ, что главная задача уголовной защиты—это представительство интересовъ личности обвиняемыхъ, что въ этомъ представительствѣ все благородство выступленій защитника и истинная услуга обществу и государству. Въ отдѣльности, судьбы защитниковъ Греціи, съ одной стороны, и Рима, съ другой, нѣсколько варьировались. Защита тутъ и тамъ пріобрѣла различныя свойства и различный обликъ.

Въ Греціи „синегоры“ были посторонніе ораторы, фигурировавшіе въ процессѣ для помощи обвиняемому въ противоположность прагматикамъ, которые въ судѣ не появлялись, а инструировали „синегоровъ“, обладая, однако, подчасъ гораздо большими свѣдѣніями и искусствомъ веденія процессовъ, чѣмъ сами „синегоры“. Выступленіе послѣднихъ признавалось судами за настоящую уголовную защиту, advocatio. Демосфенъ, служа государству и обществу своимъ талантомъ и знаніями, въ дѣятельности своей, какъ защитника,—синегора—видѣлъ служеніе частное, служеніе человѣку. Онъ готовился къ карьерѣ адвоката съ цѣлью прежде всего отстоять свое личное дѣло противъ опекуновъ своихъ, какъ дѣло совѣсти и чести своей, и въ дальнѣйшей дѣятельности руководился идеей отстаиванія справедливости и правъ частныхъ лицъ. Также смотрѣли на свое призваніе и другіе аттическіе синегоры. По самой той роли, которая отведена была древней Греціи судьбами исторіи, институтъ защитниковъ не могъ здѣсь

раскинуться и развиться до тѣхъ предѣловъ, какихъ онѣ достигъ въ старомъ Римѣ или въ настоящее время въ цивилизованныхъ странахъ. Древняя Грецiя не создала развѣтвленной сѣти юридическихъ учрежденiй, не довела системы правосудiя до логическаго конца, не сумѣла обставить личность правовыми гарантiями въ достаточной мѣрѣ, какъ внѣ суда, такъ и на судѣ,—погруженная болѣе во внутреннее созерцанiе человѣческой личности, чѣмъ въ практическую и раціоналистическую структуру правовой сферы общежитiя. При такихъ условiяхъ истинной уголовной защиты быть не могло. Да и не дорожила, повидимому, древняя Грецiя особенно адвокатами—защитниками, блескъ краснорѣчiя которыхъ хотя нравился всѣмъ и импонировалъ, но въ то же время вызывалъ къ себѣ подозрительное отношенiе. Вѣдь, мы говоримъ о странѣ, гдѣ равенство доводилось до крайнихъ предѣловъ, до догмата вѣры, а всякое превосходство вызывало противъ себя враждебную реакцiю со стороны ревнивыхъ массъ, фактически находившихся у кормила власти (остракизмъ и пр.). Дополненiе личности обвиняемаго на судѣ искушеннымъ въ краснорѣчiи заступникомъ какъ разъ представлялось нарушенiемъ народныхъ воззрѣнiй о равенствѣ. Дѣятельность защитниковъ находилась подъ прессомъ недружелюбнаго общественнаго мнѣнiя, многiе изъ нихъ вынуждались искать другихъ, болѣе надежныхъ путей для упражненiя своихъ способностей и талантовъ. То, что составляетъ цѣнную особенность всякой уголовной защиты—энергичное, вдохновенное заступничество представителя—адвоката, рождало въ народѣ глухое недовольство и ропотъ, накопляло въ умахъ массъ протесты. Противъ института защиты выдвигались нареканiя въ „обѣленiи“ обвиняемыхъ и проч. Все это, само собою разумѣется, весьма неблагопрiятно отразилось на развитiи института уголовной защиты: привлеченные въ качествѣ обвиняемыхъ часто лишены были того сильнаго подспорья, какимъ является на судѣ защитникъ, заступникъ ихъ правъ и ихъ личности передъ судомъ. Въ иномъ видѣ представляется дѣло въ Римѣ.

Въ первоначальныя эпохи защита на судѣ покоилась въ Римѣ всецѣло на патронатѣ аристократовъ. Кliентъ (отъ слова colon, земледѣлецъ), оказывавшiй своему патрону цѣлый рядъ экономическихъ услугъ, съ своей стороны полу-

чалъ отъ него невещественныя услуги, въ томъ числѣ заступничество на судѣ, конечно, безъ всякаго вознагражденія. Патронатъ строился по аналогіи съ родственными отношеніями, связь кліента съ патрономъ считалась постоянной и даже наслѣдственной, и если онъ умиралъ бездѣтнымъ, то его имущество переходило къ патрону (Васьковскій). Патронатъ палъ тогда, когда въ странѣ прочно воцарились законность и правосудіе. Гласный судъ, участіе присяжныхъ засѣдателей привлекли въ залы суда новыхъ людей,—homines novus—, адвокатовъ, защитниковъ. Выступающій на судѣ называется orator, но и прежнее названіе „патронъ" не теряется; занимающійся подачей совѣтовъ и подготовкой дѣлъ получаетъ имя jurisconsultus, prudens. Aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut jus suggerit, aut praesentiam suam commodat amico (Cicero). Въ теченіе многихъ вѣковъ адвокатура оставалась свободной профессіей, возмездной для большинства, безденежной для меньшинства защитниковъ, плата первыхъ заключалась въ гонорарѣ, вознагражденіемъ послѣднихъ служила тога консульская (Стояновъ). Законъ — lex Cincia 203 г. д. Р. Х.—воспрещалъ полученіе денегъ или подарковъ за судебныя рѣчи: Ne quis ob causam orandum pecuniam donumve acciperet [1]). Въ общемъ, долгое время въ Римѣ судебная защита сулила не денежныя выгоды, а почетъ и славу. Она служила als Sprungbrett... von welchem sie (защитники) sich zu den höchsten Staatsmänner aufschwangen [2]). Въ качествѣ уголовныхъ защитниковъ подвизались именитѣйшіе

---

[1]) Нельзя покупать и продавать судебную защиту—таковъ смыслъ этого запрета (хотя нѣкоторыя придаютъ ему иной характеръ). Was man umsonst hat, soll man umsonst geben. Но не дозволялось защитнику только полученіе вознагражденія за дѣло, которое еще предстояло вести (ob causam orandam). Онъ вправѣ былъ принять плату послѣ выполненной защиты, если кліентъ добровольно предлагалъ таковую (гонораръ. Васьковскій). Защитники противились провозглашеннымъ въ этомъ законѣ началамъ. Адвокатъ Суилій, наприм., говорилъ впослѣдствіи императору Клавдію: Краснорѣчіе не можетъ быть безвозмезднымъ (имѣется въ виду способъ вознагражденія до процесса, какъ основательно указываетъ Васьковскій), такъ какъ въ противномъ случаѣ, заботясь о чужихъ интересахъ, мы упускали бы изъ виду свои собственные. Многіе живутъ военной службой, другіе земледѣліемъ, никто не ставитъ цѣлью то, отъ чего онъ не можетъ предвидѣть никакого плода".

[2]) Kübl, Geschichte der Osterreichischen Advocatur, 1925, S. 5.

римляне: выступали, кромѣ Цицерона, Маркъ Антоній, Катонъ, Цезарь, Помпей, Тиберій, Гай Гракхъ. Крупнѣйшіе государственные дѣятели, писатели, поэты, даже женщины знатнаго происхожденія въ тѣхъ или иныхъ отдѣльныхъ случаяхъ брали подъ свое покровительство обвиняемыхъ, представляя ихъ на судѣ. (Вспомнимъ аналогичныя выступленія въ Россіи писателей Льва Толстого, Короленко въ той же роли казуальныхъ судебныхъ защитниковъ). Передаютъ, что императоръ Августъ лично защищалъ на судѣ одного бывшаго солдата своей арміи. Когда судебныя засѣданія перенесены были съ площади въ закрытыя залы и на мѣсто господствовавшей въ прежнемъ народномъ судѣ—комиціяхъ и questiones perpetuae—обывательщины и простой житейской справедливости, растворяемой въ морѣ политическихъ и общественныхъ страстей на сцену выступили организованная справедливость и право, творимыя вышколенными судьями-юристами [1]), занятіе уголовной защитой стало все болѣе и болѣе сосредоточиваться въ рукахъ особыхъ спеціалистовъ, знатоковъ. Одновременно въ судахъ и здѣсь появились выдававшіе себя за адвокатовъ сомнительные дѣятели, дискредитировавшіе адвокатуру и защитниковъ. Съ другой стороны, и само краснорѣчіе защитниковъ стало терять въ своей силѣ и обояніи. Только отдѣльные избранники могли выдвинуться и пріобрѣсти имя значительныхъ защитниковъ. Судебные ораторы не брезгали никакими мѣрами для пріобрѣтенія популярности. Многіе изъ нихъ извращены были честолюбіемъ, суетностью и корыстолюбіемъ, но для многихъ популярность была средствомъ вскрывать и примѣнять къ дѣлу свои знанія и способности, обрѣсти кліентовъ и славу. Обычнымъ явленіемъ была напыщенная театральность на судѣ [2]). Нерѣдко наемные клакеры своимъ сочувствіемъ и аплодисментами на судѣ замѣняли прежніе восторги толпы на площади. Защитники подвергаются на-

---

[1]) См. Ortloff, Die gerichtliche Redekunst, 1890, S. 20.

[2]) Адвокатская театральность умѣло подхватывалась въ Римѣ сатириками всѣхъ эпохъ. Поэтъ Марціанъ упоминаетъ въ своихъ эпиграммахъ объ адвокатѣ Posthomus, который по дѣлу о кражѣ трехъ козъ умудрился говоритъ о Митридатѣ и битвѣ при Каннахъ, о Маріи, Суллѣ и Пуническомъ боѣ. Отсюда изрѣченіе въ Германіи: „um auf besagten Hammel zurückzukommen“, а во Франціи: „revenons a nos moutons“.

падкамъ, часто впрочемъ преувеличеннымъ и несправедливымъ, ихъ смѣшиваютъ вольно и невольно съ классомъ „подпольныхъ совѣтниковъ", Winkelhonsultanten. Не щадилъ ихъ самъ Tacitus, сваливая въ одну кучу судебныхъ ораторовъ и мелкую адвокатскую братію, жадную и преступную: nec quiquam publicae mercis tam venale fuit quam advocatorum perfidia [1]). Въ общій потокъ неудовольствій противъ дефендентовъ врывается одіумъ разныхъ политическихъ дѣятелей, обрушивающихся на нихъ за защиту ихъ политическихъ враговъ и выступленіе противъ ихъ единомышленниковъ. Въ 3-мъ столѣтіи до Р. Х., съ укрѣпленіемъ цезаризма и абсолютизма, происходитъ постепенно и „бюрократизація" класса защитниковъ (адвокатовъ). Пробывъ нѣкоторое время зарегламентированнымъ занятіемъ, адвокатура превращается затѣмъ въ государственную должность. Защитникъ—адвокатъ становится оффиціальнымъ лицомъ и входитъ въ общую систему служебныхъ лицъ и дѣятелей (ordo), а черезъ короткій промежутокъ вводится numerus clausus. Право защищать согражданъ отъ ошибокъ судебной власти, отъ посягательствъ и злоупотребленій, откуда бы таковыя ни происходили, сдѣлалось опять привилегіей, какъ то было до законовъ XII таблицъ. Но мѣсто патриціевъ заняли чиновники, которые состояли на жалованьи и передавали монопольное право свое, какъ источникъ кормленія, ближайшему потомству (Стояновъ). На смѣну свободной конкуренціи талантовъ выступаетъ прикрѣпленіе защитниковъ къ судамъ. Защитникъ—адвокатъ даетъ присягу служить государству, не прибѣгать къ уловкамъ, не вести неправыхъ дѣлъ и защищать согласно убѣжденію. Понятно, что все это принижало положеніе защитника на судѣ: Kübl подчеркиваетъ, чтъ адвоката желали отождествить со стороной: erscheint derselbe nunmehr mit der Partei identifiziert, was im Interesse einer guten Rechtspflege niemals geschehen soll [2]). Мы же, напротивъ, думаемъ, что отрицательныя черты римской defensionis послѣднихъ временъ заключались въ указанной выше и всѣми отмѣченной „бюрократизаціи", въ томъ, что въ уголовную защиту интенсивно вливали черты „служенія", не считаясь съ интересами кліента и общими заданіями процесса,

[1]) Annales, X 1, 5, Kübl, op. cit., S. 8,

[2]) Op. cit. S. 12,

Однако, римская защита никогда не доходила до полнаго и окончательнаго упадка. Защитники, по крайней мѣрѣ нѣкоторые изъ нихъ, и въ условіяхъ стѣсненій и ограниченій старались продолжать, съ трудомъ и усиліями, свое славное дѣло. О нихъ-то именно обмолвился Corpus Juris Civilis: Advocati qui dirimunt ambijes fata causarum sugnaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapas erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si in proclis atque vulneribus petriam parentesque salvarent [1]). Эта похвала настолько напоминаетъ дифирамбъ, что нѣкоторые (Weissler) склонны даже считать ее, думается, безъ достаточнаго основанія, заимствованіемъ изъ поздравленія по какому-либо поводу, заслуженному и именитому защитнику [2]). Во всякомъ случаѣ, благодарность современниковъ и благоговѣніе потомства (недаромъ французскіе адвокаты до сихъ поръ считаютъ своимъ родоначальникомъ и патрономъ Цицерона) римскіе уголовные защитники заслужили не вслѣдствіе прямого служенія своего государству или обществу, а вслѣдствіе систематическаго, упорнаго отстаиванія интересовъ подзащитныхъ въ качествѣ ихъ репрезентантовъ и заступниковъ примѣненіемъ къ дѣлу всѣхъ своихъ силъ и способностей постоянно развиваемыхъ трудомъ, упражненіемъ, образованіемъ. Въ этомъ смыслѣ Цицеронъ говорилъ по поводу уголовныхъ защитъ: Homines ad deos nulla re proprius accedunt, quam salutem hominibus dando [3]).

Древній Римъ оказалъ вліяніе на постановку уголовной защиты впослѣдствіи въ Европѣ. Каноническое право пользовалось римскими нормами объ адвокатурѣ и уголовной защитѣ. Особенно французскіе короли благосклонно относились къ римской адвокатской защитѣ, видя въ ней одинъ изъ каналовъ, черезъ которые можно было проводить въ жизнь римскую справедливость и римское правосудіе Но въ

---

[1]) L. 14, Cod. Just., De adv. div. jud., 2, 7, Kübl, op. cit., S. 13.

[2]) См. объ этомъ Kübl, op. cit., S. 13.

[3]) Отъ римскихъ временъ человѣчество хранитъ до сихъ поръ два непревзойденныхъ руководства судебной элоквенціи: Цицерона—de oratore и Квинтиліана—De instituzione oratoria, легшихъ въ основу почти всѣхъ послѣдующихъ изслѣдованій въ этой области, до нашихъ дней.

массахъ распространены были германскіе взгляды на уголовную защиту и заступничество. Мало сочувствуя формальной защитѣ, предпочитая, чтобы обвиняемый защищался самостоятельно на судѣ („Selbst ist der Mann"), старое германское право не признавало никакихъ постоянныхъ защитниковъ. Послѣдніе были людьми случайными, ни къ государственной службѣ, ни вообще къ какой-либо перманентной профессіи по своей дѣятельности отношенія не имѣвшими. Въ роли защитниковъ—Fürsprecher'овъ, Rechtsweiser'овъ, logman'овъ и даже judex'овъ—подвигались опытные, правдивые, помогавшіе обвиняемому на судѣ, оказывая ему помощь чисто юридическаго характера. Der Fürsprech ist Richter des Recht. (Это не значитъ, конечно, что указанныя лица были представителями „науки"). Лишь въ болѣе позднее время—изъ сочетанія началъ германскихъ и римскихъ выработался типъ постояннаго адвоката, защитника, Wortführer, который появлялся передъ собраніемъ суда, при чемъ такой защитникъ не только избирался обвиняемымъ, но могъ быть назначенъ и судомъ: dabo tibi advocatum. Однако, долго потомъ, и даже въ эпоху распаденія монархіи Карла Великаго, защитникъ въ уголовномъ дѣлѣ во многихъ мѣстахъ оставался все тѣмъ же пособникомъ, стоявшимъ при обвиняемомъ, исполнявшимъ роль судебнаго „суфлера". Если говорятъ, что такой „защитникъ" былъ репрезентантомъ обвиняемаго [1]), то это надо понимать въ томъ смыслѣ, что онъ былъ чѣмъ-то меньшимъ, нежели репрезентантъ, именно, лишь помощникомъ и инструкторомъ обвиняемаго на судѣ. Въ то время наряду съ общими судами важную роль въ жизни играли судебные поединки и Божьи суды, какъ въ дѣлахъ гражданскихъ, такъ и уголовныхъ: правосудіе, съ развитіемъ феодализма, стало терять въ своей силѣ и не пользовалось довѣріемъ населенія. Уголовная защита при такихъ условіяхъ не могла процвѣтать и была явленіемъ случайнымъ. Инквизиціонный процессъ (дѣтище средневѣковья), возникшій какъ реакція противъ огрубѣнія нравовъ и расширенія преступности, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ церковныхъ судовъ, совершенно измѣнилъ обликъ защиты. Инквизиціонный судья совмѣщалъ въ себѣ функціи обвиненія, защиты и суда. По свойственной

[1]) срвн. Kübl, op. cit., S. 17.

человѣческой природѣ отвращенію къ преступленіямъ, страху передъ преступниками, недовѣрію и подозрительности, инквизиціонный судья, во всемъ предоставленный самому себѣ, склонялся, естественно, болѣе въ сторону обвиненія, чѣмъ защиты. Не вездѣ одинаково проявляли свою сущность инквизиціонные суды, но трогательное ихъ единство обнаружилось во враждебномъ отношеніи къ защитникамъ. Всѣ презумпціи были противъ обвиняемаго, изъ него исторгали нужныя для обвиненія данныя и сознаніе всѣми способами: то угрозами и пыткой, то лаской и хитростями. На защитниковъ смотрѣли какъ на недруговъ суда, оказывающихъ обвиняемому содѣйствіе въ его стремленіи спастись отъ карающихъ ударовъ меча Фемиды въ ущербъ инквизиціи. Защитникъ далеко не былъ желаннымъ гостемъ судебныхъ засѣданій, которыя происходили къ тому же тайно, безъ участія публики и даже сторонъ. Судья рѣшалъ на основаніи протоколовъ и документовъ; онъ читалъ и считалъ свидѣтельскія и иныя показанія, рѣшая дѣло, какъ арифметическую задачу (Левенстимъ). „Отсутствіе формальной защиты въ связи съ тайнымъ инквизиціоннымъ производствомъ, въ которомъ главную роль играла пытка, привели къ тому, что подсудимые, попавъ въ когти уродливаго чудовища, исполнявшаго роль милостиваго и праваго суда, вырывались изъ нихъ не иначе, какъ съ окровавленными членами и раздробленными костями“ (Васьковскій [1]). Все это признавалось тѣмъ болѣе естественнымъ,

---

[1]) Обыкновенно, происхожденіе пытокъ приписываютъ христіанству и церковнымъ судамъ (борьба съ еретиками). На самомъ дѣлѣ пытка практиковалась еще въ древнемъ Римѣ по отношенію къ рабамъ, уличаемымъ въ преступныхъ дѣяніяхъ. Эпоха христіанства распространила этотъ методъ изслѣдованія на всѣ классы населенія, не взирая на протесты нѣкоторыхъ выдающихся дѣятелей церкви. Пытка преслѣдовала жертву до самаго момента казни и имѣла цѣлью не только сугубо омрачить и опозорить послѣдніе дни и часы ея, но и заставить ее сознаться хотя бы въ послѣднюю минуту,—дабы успокоить судъ и общественное мнѣніе, тревожимое частыми случаями осужденія невиновныхъ—(а также выдать участниковъ). Въ процессѣ „пытки послѣ осужденія“ принимали участіе весьма нерѣдко духовные исповѣдники, „святые отцы“, превращая „даръ отпущенія грѣховъ“ въ орудіе исторженія сознанія для нуждъ власти. Вспомнимъ, напр., знаменитое дѣло Каласа въ старой Франціи. (Образецъ такого вымогательства сознанія со стороны духовныхъ лицъ даже въ сравнительно болѣе позднее время данъ въ недавно переведенной на русскій языкъ интересной книжкѣ

что никакихъ опредѣленныхъ и крѣпкихъ традицій уголовной защиты собственно не было. Конечно, и инквизиціонный судъ не отвращалъ лица своего отъ истины, не всегда имѣлъ надобность осуждать завѣдомо невиновнаго. Защитникъ въ этомъ отношеніи могъ быть полезенъ для выясненія тѣхъ или иныхъ темныхъ сторонъ дѣла. А практика воочію показала, что „карающая десница правосудія по большей части опускается на невинносужденныхъ изъ средняго или нисшаго классовъ", которымъ затруднена возможность прибѣгать къ помощи защиты [1]). Защитникъ допускался, но съ такими ограниченіями, которыя лишали всякой силы его дѣятельность въ процессѣ. Именно, защитнику предоставлялось обыкновенно право подавать письменныя объясненія съ изложеніемъ доводовъ оправданія, смягченія вины и пр.—и то лишь въ опредѣленные моменты процесса, обычно передъ самымъ приговоромъ. Но даже допущеніе и такого участія защитника было только особымъ снисхожденіемъ, милостью суда, который могъ, по желанію, обойтись и безъ этого посторонняго придатка правосудія, какимъ по существу являлась тогда защита. „Личность обвиняемаго мыслилась, какъ подчиненное средство, противъ котораго дозволялось дѣйствовать принужденіемъ, не щадящимъ его субъективной свободы... Защитникъ не долженъ былъ заглядывать въ тайныя мистеріи процесса. Съ недовѣріемъ и высокомѣріемъ трактовалъ защитника судья [2]). Только въ отдѣльныхъ мѣстахъ, (наприм., въ Ганноверѣ по закону 1736 г.) обвиняемому давалось право на формальную защиту и защитнику предо-

---

Стивенсена, Отъ уликъ до скамьи подсудимыхъ, стр. 92). О допущеніи какой-либо защиты въ этой стадіи въ прежнія эпохи никто, разумѣется, и мечтать не смѣлъ. Въ Пруссіи пытка отмѣнена была указомъ Фридриха Великаго отъ 3 Іюня 1740 г. Въ Кобургъ-Готѣ она существовала до 1828 г. См. Kneer, Der Rechtsanwalt, 1928, S. 37, 38.

[1]) Судебныя же ошибки и „судебныя убійства", столь частыя при старой структурѣ судопроизводства, приводили, естественно, къ волненіямъ и демонстраціямъ, опаснымъ для общества и власти. „Эшафотъ усыпанъ цвѣтами, а висѣлица убрана гирляндами зелени" (Стивенсенъ).

[2]) M. Frydmann, op. cit, S. 98.—Для болѣе тяжкихъ преступленій всѣ судебныя формы могли быть вообще устранены. (Кое-гдѣ и теперь иногда прорывается попытка къ разбору нѣкоторыхъ дѣлъ совершенно безъ участія сторонъ, для оттѣненія „публично-правового момента уголовнаго процесса").

ставлялось заключительное слово. Участіе защиты кое-гдѣ обязательно требовалось [1]), когда обвиняемому грозило тяжкое наказаніе: смертная казнь, каторга и т. п. Защитникъ въ этомъ случаѣ назначался даже wider Willen des Inquisiten. Но все это были исключенія, не колебавшія общаго начала о беззащитности обвиняемаго на инквизиціонномъ судѣ. Даже Великая Французская Революція, стремившаяся къ освобожденію человѣчества отъ старыхъ оковъ деспотизма, безправія и формализма, не принесла съ собою для защиты никакихъ серьезныхъ улучшеній. Все та же нелюбовь къ защитнику, odium defensionis, усугубленная еще страхомъ, что защитникъ будетъ бороться противъ судовъ въ дѣлѣ уничтоженія враговъ новаго строя и явится опаснымъ элементомъ для революціи и ея достиженій. Въ революціонныхъ трибуналахъ защитникамъ удѣлялось весьма мало мѣста, а впослѣдствіи они совершенно устранены были. Вся адвокатура, какъ организація, упразднена была именно подъ тѣмъ предлогомъ, что самъ народъ въ лицѣ присяжныхъ засѣдателей явится защитникомъ обвиняемаго (старый англійскій принципъ: the juge schall be the counsel of the prisoner). Наполеонъ I, хотя и возстановилъ адвокатуру, но открыто выразилъ свое всѣмъ извѣстное нынѣ враждебное отношеніе къ адвокату и защитнику. Je veux qu'on puisse couper la langue a un avocat qui s'en sert contre le gouvernement [2]). Лишь съ введеніемъ въ

Кто хотѣлъ защищать государственнаго измѣнника, долженъ былъ предварительно освободиться отъ присяги на вѣрноподданство. Формальная защита, какъ и весь уголовный процессъ, считались малоцѣнными факторами, первая —даже чѣмъ-то чуть ли не ругательнымъ. Шеффены неохотно засѣдали въ уголовныхъ дѣлахъ; адвокаты неохотно принимали на себя защиту.

[1]) Preussische Criminalordnung vom 1805.

[2]) См. между прочимъ, его письмо къ Cambassere's у M. Kramer, Napoleon I, S. 90. Еще до Наполеона I, прусскій король Фридрихъ Великій, видя въ адвокатахъ „Blutegel und gefärlich Reptile, сдѣлалъ попытку упразднить адвокатуру кабинетнымъ указомъ отъ 14 апрѣля 1780 г., поставивъ на ихъ мѣсто Assistanzräthe, должностныхъ лицъ, Beistände und Gehülfen des Richters. Попытка эта не удалась и вызвала общественный ропотъ, питаемый сознаніемъ, что публика имѣетъ право на просвѣщенную защиту, что государство не вправѣ монополизировать защиту частныхъ интересовъ на судѣ и т. д. (См. Gneist, Freie Advocatur, S. 58). Justizräthe'овъ замѣнили Justizkomisarien, полуадвокаты, а затѣмъ мало по малу адвокатура возрождалась въ настоящемъ ея видѣ и окончательно возстановлена была въ Германіи въ

Европѣ обвинительнаго процесса и упорядоченіемъ института присяжныхъ засѣдателей была признана свобода защиты. Въ Пруссіи инквизиціонный процессъ былъ отмѣненъ окончательно и замѣненъ обвинительнымъ по законамъ 3 января 1849 г. и 5 мая 1852 г. Въ Австріи, гдѣ въ 1803 г. совершенно исключена была формальная защита и провозглашенъ все тотъ же старый принципъ,—dass der Inquirent schon der Verteidiger des Angeklagten sei, государственный переворотъ 1848 г. привелъ къ созданію процессуальнаго закона (17-го января 1850 г.), признавшаго аккузаторный процессъ, жюри и свободу защиты. Подъ господствомъ этого закона начался расцвѣтъ австрійской адвокатуры (M. Frydmann). Въ главныхъ чертахъ онъ воспроизводится нынѣ дѣйствующими въ Австріи правилами отъ 25 мая 1873 г.

Въ общемъ, различныя формы приняла уголовная защита въ Германіи, Англіи и Франціи, хотя всѣ эти страны одинаково усвоили въ концѣ концовъ идею „свободной защиты".

Въ Германіи формализмъ права неблагопріятно вліялъ на постановку уголовной защиты, ораторское искусство въ судѣ встрѣчало скептическое отношеніе къ себѣ. Адвокаты, изъ среды которыхъ вербовались, главнымъ образомъ, уголовные защитники, прибѣгали къ постороннимъ занятіямъ, какъ нотаріатъ, посредничество и пр.; участіе въ уголовныхъ процессахъ стараго инквизиціоннаго суда давало мало выгодъ и еще меньше славы. Уставъ Уголовнаго Судопроизводства 1878 г. значительно улучшилъ положеніе защиты, ввелъ въ составъ защитниковъ профессоровъ университета и другихъ ученыхъ.

Въ Англіи господствовалъ тотъ же формализмъ права, что и въ Германіи, и то же пренебреженіе къ судебному

1870 г. Въ Россіи Петръ Великій обозвалъ адвокатовъ „ябедниками, составщиками воровъ и душевредцевъ". Екатерина II требовала уничтоженія адвокатуры, Николай I говорилъ: „пока я буду царствовать, Россіи не нужны адвокаты, проживемъ и безъ нихъ," (Не менѣе враждебно относились къ защитникамъ—„говорунамъ" и „революціонерамъ" императоры Александръ III и Николай II).

краснорѣчію. По common law не допускалось защиты по государственнымъ и важнѣйшимъ уголовнымъ преступленіямъ. Въ Англіи выработалось и поддерживалось знаменитое правило о томъ, что судья является защитникомъ обвиняемаго. Съ XVII в. защитники стали выступать въ нѣкоторыхъ политическихъ процессахъ. Реформы XIX в. подняли моральный уровень защитниковъ, укрѣпили авторитетъ уголовной защиты въ судѣ и въ обществѣ.

Во Франціи уголовная защита получила широкое и знаменательное развитіе, на которомъ стоитъ остановиться нѣсколько дольше. Здѣсь съ давнихъ временъ допускалась защита въ формѣ „тайныхъ совѣтовъ“ обвиняемому, а по менѣе значительнымъ преступленіямъ и проступкамъ—въ формѣ открытаго пледированія на судѣ. Такъ какъ между свѣтскими было еще немного свѣдущихъ въ правѣ лицъ, то защитники вербовались преимущественно изъ духовенства. Мало по малу въ руки духовныхъ перешли не только церковныя, но и гражданскія, феодальныя и уголовныя дѣла, такъ что афоризмъ „никто не можетъ быть адвокатомъ кромѣ духовнаго“ (nemo causidicus, nisi clerikcus), имѣлъ въ то время полную силу на практикѣ (Васьковскій). Впослѣдствіи въ судахъ стали появляться въ большомъ количествѣ и свѣтскіе защитники. Устная защита на судѣ была монополіей адвокатовъ, къ помощи которыхъ долженъ былъ прибѣгать каждый обвиняемый, не имѣя даже права самъ защищать себя въ своемъ собственномъ дѣлѣ. Неимущимъ защитники назначались оффиціально, для установленія равенства между богатыми и бѣдными. Назначеніе имѣло мѣсто и тогда, когда обвиняемый, даже состоятельный, вообще не могъ найти защитника, по политическимъ или другимъ причинамъ, вслѣдствіе, напр., опасенія адвоката выступать „по избранію“, дабы не подвергнуться потомъ преслѣдованію со стороны власть имущихъ и иныхъ лицъ. Населеніе успѣло настолько свыкнуться съ адвокатской защитой, что когда ордонансъ, изданный по иниціативѣ Poyet, намѣревался совершенно уничтожить защиту, это вызвало неудовольствіе и протесты. Самъ канцлеръ Poyet, будучи впослѣдствіи обвиненъ передъ Парламентомъ, обратился тутъ же съ просьбой о предоставленіи ему защитника, на что услышалъ въ отвѣтъ насмѣшливые голоса: Patere legem quam voluisti. Что не удалось помянутому ордонансу, то достиг-

нуто было въ 1670 году, благодаря укрѣпившемуся абсолютизму и деспотизму: защита была въ корнѣ подрѣзана. Que les acusés, de queque qûaliteé qu'ils suient, ne pourraient avoir aucum conseil, meme aprés la confrontation (послѣ окончанія слѣдствія), non obstant tous usages contraires, говорилось въ ордонансѣ, появившемся въ этомъ году. Но и тутъ не обошлось безъ серьезныхъ протестовъ. Въ числѣ недовольныхъ былъ президентъ Lamoignon, который во время обсужденія проекта ордонанса замѣтилъ: „Правда, что защитникъ иногда помогаетъ обвиняемому обмануть юстицію, но если онъ спасаетъ нѣкоторыхъ виновныхъ, то можетъ случиться, что за отсутствіемъ защитника, невиновные будутъ осуждены, а между тѣмъ очевидно, что при всѣхъ бѣдствіяхъ, которыя могутъ постигнуть правосудіе, ни одно не сравнится съ тѣмъ, когда осуждается на смерть невинный; лучше было бы вмѣсто этого оправдать тысячу виновныхъ. [1]) „Слѣдуетъ также имѣть въ виду—заявлялъ дальше Lamoignon—что защитникъ, который предоставляется обвиняемому, не является ни въ коемъ случаѣ даваемой закономъ или ордонансомъ привилегіей, но коренящейся въ естественномъ правѣ свободой, которая старше, чѣмъ человѣческіе законы" [2]). Эта мысль была понята и претворена въ дѣйствительность впервые во Франціи только въ 1791 г., когда введено было публичное разбирательство съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, обвинительность, устность и все то, что и понынѣ признается гарантіей правильнаго отправленія правосудія, а съ тѣмъ вмѣстѣ и свободная защита. Послѣдняя трактовалась какъ „естественное право" подсудимаго. Но, какъ мы уже видѣли, вскорѣ защита вновь подверглась кризису и наступила темная полоса въ ея исторіи, приведшая къ ея смерти, вѣрнѣе летаргіи. Лишь въ 1811 году она была вновь пробуждена къ жизни и возстановлена въ тѣхъ чертахъ, въ какихъ въ общемъ она существуетъ и донынѣ во Франціи. По Code d'instruction criminelle защита допущена на судебномъ слѣдствіи, а при crimes въ тѣсномъ смыслѣ слова она стала даже облигатор-

---

[1]) Воинскій Уставъ Петра Великаго, какъ извѣство, говорилъ о „десяти виновныхъ", а римское правило гласило: „Satius impunitum relinqui facinus, quam innocentem damnari".

[2]) Цитируется по Helie и Frydmann.

ной. Защита устранялась только на предварительномъ слѣдствіи (что также измѣнено было потомъ, именно закономъ 8 декабря 1897 г.). На предсѣдателя суда возложена обязанность предупреждать защитника quil ne peut rien dire contre la conscience ou contre le respect du aux lois et qu'il doit s'exprimer avec decence et moderation [1]).

Что же способствовало въ Европѣ торжеству „свободной защиты", такъ или иначе водворившейся нынѣ почти повсемѣстно? Это сдѣлали, несомнѣнно, новыя идеи о достоинствѣ человѣческой личности, брошенныя въ міръ эпохой французской революціи. Подобно тому, какъ нѣкогда Колумбъ открылъ Америку, нынѣ открытъ былъ... человѣкъ,

---

[1]) Art. 311.—По общему признанію, уголовная защита во Франціи стоитъ на высотѣ: она проявляетъ въ значительной мѣрѣ и знаніе и честность и независимость. Французскимъ защитникамъ приходилось выступать нерѣдко противъ самыхъ вліятельныхъ лицъ, даже противъ особъ королевской семьи, и мужество никогда не покидало ихъ при исполненіи обязанностей. См. Васьковскій, Организація адвокатуры, 1, стр. 151, 158 и сл. Особенно проявлено было много силы духа, мужества и благородства со стороны французскихъ защитниковъ въ политическихъ процессахъ конца XVIII вѣка (тѣ же качества обнаружили политическіе защитники и въ Россіи въ эпоху „освободительнаго движенія"). Нѣсколько примѣровъ изъ прошлаго французской уголовной защиты. При организаціи защиты Людовика XVI, въ виду угрожавшаго защитникамъ этого короля неминуемаго эшафота, рѣшено было, что каждый ораторъ начнетъ свою рѣчь въ конвентѣ словами: „Я приношу конвенту истину и свою голову. Онъ можетъ располагать моей жизнью, когда выслушаетъ мои слова". Защитникъ короля Де-Сезъ сказалъ конвенту, между прочимъ, слѣдующее: Я говорилъ съ вольностью свободнаго человѣка, я ищу среди васъ судей и вижу однихъ обвинителей. Вы хотите произнести приговоръ надъ Людовикомъ и вы сами его обвиняете. Вы хотите произнести приговоръ, а ваши мнѣнія извѣстны всей Европѣ... Граждане, я не оканчиваю .. я останавливаюсь передъ исторіей. Вспомните, что ей предстоитъ судъ надъ вашимъ судомъ и что ея голосъ будетъ голосомъ всѣхъ вѣковъ". Когда Де-Сезъ выходилъ изъ залы, Людовикъ, обнимая его, произнесъ: „Мой бѣдный Де—Сезъ". Де—Сезъ спасся впослѣдствіи отъ смерти на эшафотѣ бѣгствомъ (другой защитникъ короля Малесербъ вскорѣ былъ казненъ). Едва избѣгъ смерти защитникъ королевы Маріи Антуанеты Шаво Делагардъ. Шарлотта Корде, которую защищалъ тотъ же Делагардъ и которая вначалѣ намѣрена была совершенно отказаться отъ защиты, полагая, что никто не найдетъ должнаго языка для этой защиты, выслушавъ затѣмъ рѣчь своего защитника, обратилась къ нему, послѣ вынесенія ей судомъ смертнаго приговора, со словами: „Вы меня защищали деликатно и благородно, это былъ единственно подходящій для меня способъ. Я благодарю Васъ за него, онъ возбудилъ во мнѣ уваженіе къ Вамъ, которое я

о существованіи котораго, какъ самоцѣнности, раньше словно не подозрѣвали или, во всякомъ случаѣ, не желали думать. Этотъ „человѣкъ“ во всѣхъ сферахъ и областяхъ заявилъ о своихъ правахъ, претендуя не званіе „субъекта“ и не соглашаясь болѣе считаться „объектомъ“, подобно рабу или вещи. Онъ на судѣ пожелалъ быть „субъектомъ процессуальнаго отношенія“, а не орудіемъ изслѣдованія. Онъ какъ будто говорилъ государству: „Если я совершилъ нарушеніе законовъ государства—преступленіе, то меня можно судить и наказывать, но мое преступленіе должно быть установлено на судѣ объективными данными, не затрагивающими моей личности, мнѣ должна быть дана возможность опровергать эти данныя“. Въ этой тирадѣ, вложенной нами въ уста

хочу доказать на дѣлѣ. Эти господа объявили мнѣ, что мое имущество конфисковано, я должна кое-что въ темницѣ, я вамъ поручаю уплатить этотъ долгъ.“ По этому поводу одинъ историкъ французской адвокатуры замѣчаетъ: „Мы не думаемъ, чтобы было что-либо болѣе возвышенное въ древности“. (Все это цитируется по переводу Васьковскаго). Яркіе примѣры возвышеннаго отношенія къ своему долгу проявили французскіе защитники и въ XIX вѣкѣ и въ нынѣшнія эпохи): Дюпенъ старшій, Дюпенъ младшій, Ше д'Эстъ Анжъ, Беррье, Кремье, Роберъ (дѣло Клемансо), Лабори (дѣло Зола) и др. Лишь въ политическомъ отношеніи нѣкоторые изъ нихъ опускались ниже этихъ высотъ. Хотя почти всѣ выдающіеся уголовные защитники во Франціи занимали въ концѣ своей карьеры крупныя, почетныя государственныя должности, но здѣсь они проявили, въ общемъ, гораздо меньше достоинства и мужества, чѣмъ на скамьѣ защиты. Разительный примѣръ—это Дюпенъ старшій. Еще будучи прокуроромъ, онъ не побоялся защищать, вопреки своимъ прямымъ обязанностямъ, „свободу адвокатской корпораціи“. Вступивъ въ адвокатуру, Дюпенъ ст. произвелъ цѣлую реформу въ стилѣ защитительныхъ Plaidoyers, внесъ въ нихъ впервые жизнь, движеніе и ораторское дѣйствіе, „температуру краснорѣчія“, энергію и мужество. Онъ выступалъ съ громовыми рѣчами противъ власти, а также противъ клерикализма, „той шпаги, рукоятка которой находится въ Римѣ, а остріе повсюду“. И тѣмъ не менѣе, по выраженію его современниковъ, воспоминаніе о немъ, какъ о политическомъ дѣятелѣ, „вредитъ его памяти“. Въ этой области онъ часто противорѣчилъ себѣ, сплошь и рядомъ отступалъ отъ тѣхъ положеній, которыя недавно защищалъ „со всей страстью апостола ихъ“. Его поведеніе, какъ генералъ-прокурора, при Наполеонѣ III, называютъ „гнусными измѣнами, трусливостью“ и „сплошнымъ позоромъ“ (См. Allou et Chenu, Великіе адвокаты XIX в., русскій перев. В. Быховскаго, 1808, стр. 13—32). Между тѣмъ ни одного серьезнаго упрека не заслужили выдающіеся французскіе защитники, доколѣ они оставались при своей миссіи защиты обвиняемыхъ, представительства и заступничества.

обвиняемаго, вся сущность новаго обвинительнаго процесса. Послѣдній характеризуется силлогизмомъ, въ которомъ главная посылка—несомнительная доказанность обвиненія (при посредствѣ установленныхъ въ законѣ обстоятельствъ и фактовъ [1]). Уголовный процессъ превращается нынѣ въ споръ между государствомъ и обвиняемымъ, причемъ на вѣсы кладутся личныя права послѣдняго, съ одной стороны, и интересы и права коллектива, съ другой. Именемъ коллектива—государства—говоритъ особый обвинитель, обвиняемаго дополняетъ и замѣщаетъ защитникъ, адэкватный по своимъ

---

[1]) Отпадаетъ эта посылка—падаетъ обвиненіе, и обвиняемаго будто никогда и не было. Никакія промежуточныя формы нетерпимы. Оправданіе обвиняемаго съ оставленіемъ его въ подозрѣніи, случаи чего практиковались ранѣе, теперь уже недопустимо. Въ Германіи при оправданіи обвиняемаго судъ въ мотивахъ устанавливаетъ, произошло ли оправданіе по доказанной невиновности обвиняемаго или же по отсутствію полныхъ уликъ. (Это признается необходимымъ отчасти по тому соображенію, что только обвиняемый,—чья невиновность несомнительно доказана,—вправѣ притязать на государственное вознагражденіе за неправильное привлеченіе къ суду. Ср. Герм. Strafprozessordnung, § 267, Abs. 5, Schwarz, Zum Falle Husmann, in DJZ, 1928, H. 29, S. 1510). „Somit lässt sich gar nicht vermeiden, dass die breite Oeffentlichkeit aus dem Urteilsspruche ohne weiteres entnehmen kann, ob der Angekl. wegen Nachweises seiner Unschuld oder wegen Mangels an Beweiser freigesprochen wird“ (Schwarz, ib). Практически, какъ бы въ состояніи воскреснуть здѣсь призракъ стараго „оставленія въ подозрѣніи“. Къ какимъ нежелательнымъ явленіямъ подобный порядокъ приводитъ, какое общественное возбужденіе онъ можетъ вызвать (нападки на судъ и пр.), показалъ въ Германіи недавній процессъ Husmann'а. Вообще, современному праву надлежитъ, во имя принципа объективности, объявить безпощадную войну всякаго рода „подозрѣніямъ“, основывающимся на предположеніяхъ и догадкахъ. Но общество далеко еще несклонно усвоить тенденцію, выражающуюся въ презумціи невиновности человѣка, (praesmptio boni viri) и всѣ вытекающія изъ этой презумціи послѣдствія для просвѣщеннаго коллектива. Подсудимый, будучи оправданъ и признанъ невиновнымъ, все же не такъ легко очистится у насъ отъ подозрѣній въ общественномъ мнѣніи. Еще Beccaria говорилъ: „Законъ отнимаетъ у виновнаго все, а невинному не реституируетъ ничего“. Общественное мнѣніе еще болѣе усугубляетъ дѣйствіе закона„. Это, несомнѣнно, одно изъ самыхъ крупныхъ соціальныхъ золъ. Пусть суровыя послѣдствія закона неотвратимы. Но само общество могло бы и должно было бы бороться съ предразсудками въ этой области, съ тяжелымъ наслѣдіемъ старины. Неумѣстны подозрѣнія послѣ оправданія, неумѣстны они и на судебномъ слѣдствіи. Между тѣмъ, прокуроры, даже самые просвѣщенные, не прочь пользоваться этимъ орудіемъ вліянія на судей (и присяжныхъ), не прочь

знаніямъ и способностямъ обвинителю. Разрѣшаетъ споръ судья, руководясь доказательнымъ матеріаломъ, представленнымъ сторонами (по преимуществу [1]).

Въ современномъ обвинительномъ процессѣ нѣтъ ничего „безусловнаго“ и „непреложнаго“: въ немъ выводы относительные (какъ относительно все въ жизни людей), но авторитетъ его таится въ сознаніи достигнутой справедливости, путемъ уравновѣшенія обвиненія и защиты. „Относительный“ характеръ пріобрѣтаетъ всякое доказательство, въ томъ числѣ и сознаніе обвиняемаго (которое провѣряется въ связи съ другими данными дѣла). Но центръ тяжести въ моральной силѣ каждаго установленнаго факта, въ свободномъ его полученіи и обсужденіи, въ провѣркѣ его какъ одной, такъ и другой стороной. Конечно, обвинительный процессъ въ прямолинейномъ его проведеніи даетъ нѣкоторыя шероховатости и ненормальности, которыя подле-

---

„кивать“ на обвиняемаго, сидящаго на скамьѣ подсудимыхъ. Такъ, Левенстимъ, касаясь 685 и др. стт. Уст. Уг. Судопр., въ силу которой „подсудимый можетъ молчать и это молчаніе нельзя принимать за признаніе его вины“, многозначительно заявляетъ: „Подсудимый можетъ молчать, если пожелаетъ, но... самъ законодатель признавалъ всю необходимость его объясненій“, или: „Это молчаніе—оружіе обоюдо—острое“ или еще: „Упорное молчаніе подсудимаго для него самого является вреднымъ“ и т. д. (Рѣчь государственнаго обвинителя въ уголовномъ судѣ, стр. 49—52). Самую простую и гуманную мысль законодателя, отстаивающаго тутъ всецѣло права обвиняемаго, стараются разбавить такой недоброжелательной для послѣдняго діалектикой, которая даетъ въ финалѣ возможность безжалостнаго использованія личности обвиняемаго, „его смущенія“, „его упорства“, „его молчанія“ и т. д. Какъ часто все это еще практикуется въ нѣкоторыхъ судахъ и какъ иногда далеко судебное изслѣдованіе въ этомъ отношеніи отъ истиннаго духа закона.

[1]) Обвинительный процессъ нигдѣ, кромѣ Англіи, не доведенъ до консеквентнаго конца, отдѣльные инквизиціонные моменты то тутъ, то тамъ даютъ себя чувствовать. Въ послѣднее время раздаются голоса изъ среды сторонниковъ ослабленія уголовныхъ репрессій, особенно по политическимъ дѣламъ, за полное уничтоженіе всякой инквизиціонности въ уголовномъ процессѣ, при чемъ требуютъ, чтобы судья только рѣшалъ дѣло, а все слѣдствіе передано было въ руки сторонъ: reiner Parteiprozess. Съ другой стороны, справедливо указываютъ, что если этотъ порядокъ могъ привиться въ Англіи, то на континентѣ онъ не встрѣчаетъ благопріятной почвы (См. Dürr, Zur Reform des Strafprozesses in DJZ, 1928, H. 21, S. 1436). Здѣсь крайности обвинительнаго процесса во многомъ умѣряются началами судейскаго вмѣшательства и нѣкоторой слѣдственности.

жатъ устраненію: его пришлось корректировать и придется еще немало корректировать въ будущемъ. Однако крѣпкимъ устоемъ въ немъ останется защита, какъ оплотъ правосудія и правъ личности обвиняемаго. Защитникъ въ обвинительномъ процессѣ не делегатъ государства или вообще коллектива, не ихъ прямые интересы онъ исключительно отстаиваетъ. Онъ на сторонѣ не только Gesamtheit, но и Einzelperson.

То, что защитника въ Европѣ желали изобразить въ видѣ представителя общества (Supra), объяснялось все тѣмъ же ходомъ борьбы за права человѣка и личности. Въ этой борьбѣ созрѣли концепціи о договорномъ характерѣ государства (Руссо), о врожденныхъ и неотъемлемыхъ правахъ, на защиту которыхъ противъ государства должно стать само общество, какъ комплексъ индивидуумовъ. Эти неотъемлемыя права общество сохраняетъ на судѣ тѣмъ, что въ составъ суда входятъ „представители общественной совѣсти"—присяжные засѣдатели, заступникомъ обвиняемаго делегируется „представитель общества"—уголовный защитникъ. Прошло время, и идеи эти значительно потеряли въ своей цѣнѣ. Нѣтъ надобности здѣсь останавливаться на ученіи о „врожденныхъ" правахъ и пережитыхъ ими трансформаціяхъ и кризисахъ. Отмѣтимъ лишь, что даже на присяжныхъ засѣдателей перестали смотрѣть нынѣ, какъ на оплотъ противъ „государства". Они входятъ въ систему судовъ не подъ знакомъ охраненія особыхъ общественныхъ идеаловъ въ правосудіи, противоставляемыхъ государственнымъ идеаламъ, а лишь для содѣйствія государству въ отправленіи правосудія. Жюри мыслится не какъ самостоятельный элементъ „общественнаго суверенитета" въ судѣ. Оно—интегральная часть этого суда, имѣющая свое особое назначеніе. Ну, а защитникъ? Защитникъ остается тѣмъ, чѣмъ онъ былъ всегда, разъ только идея защиты не подвергалась извращеніямъ, чѣмъ онъ долженъ быть по природѣ своей—заступникомъ обвиняемаго, его совѣтникомъ и представителемъ.

„Свободная защита" всегда остается таковой: она свободна и въ отношеніи самого обвиняемаго. Защитникъ не поддается цѣликомъ сферѣ вліянія подзащитнаго: онъ преломляетъ интересы обвиняемаго сквозь призму собственнаго разумѣнія.

Наша уголовная защита построена всецѣло на принципахъ Запада, она кость отъ кости, плоть отъ плоти этихъ принциповъ. Поэтому общіе выводы изъ сказаннаго примѣнимы, mutatis mutandis, и къ намъ. Умѣстно тутъ сдѣлать только нѣсколько замѣчаній и добавленій.

Въ Россіи до Эпохи великихъ реформъ собственно не было суда, какъ мы его теперь понимаемъ, не было и защитниковъ въ настоящемъ смыслѣ слова.

Въ Россіи съ самыхъ древнихъ временъ представительство допускалось какъ въ гражданскихъ, такъ и въ уголовныхъ дѣлахъ. Между этими категоріями дѣлъ не проводилось принципіальной разницы ни въ какомъ отношеніи. По Русской Правдѣ и болѣе позднимъ памятникамъ всякое неправомѣрное дѣйствіе было обидой: къ ней относилось и убійство и неисполненіе обязательства, все было одинаково „тяжбой“ [1]). Истецъ и отвѣтчикъ, обвинитель и обвиняемый, одинаково защищали собственныя дѣла и интересы на судѣ. Всѣ они равны были передъ судьями. И въ древней Россіи судъ могъ требовать отъ каждаго, чтобы онъ явился самъ, безъ пособниковъ. Впослѣдствіи, когда въ судопроизводствѣ стали явственно различать „судъ“—состязательный процессъ— и „розыскъ“ или ссыскъ— слѣдственный процессъ, представительство на судѣ допущено было въ первой категоріи дѣлъ и отвергнуто во второй категоріи. Начиная со времени Судебниковъ, границы розыска (ссыска) все болѣе и болѣе расширялись. Сначала какъ средство поимки и наказанія вѣдомыхъ лихихъ людей, а затѣмъ какъ исключительный судъ для тяжкихъ уголовныхъ преступленій, „розыскъ“ постепенно сдѣлался общимъ порядкомъ судопроизводства и оттѣснилъ обвинительный процессъ на задній планъ. Такъ продолжалось до 1846 года. „Розыскъ“ существовалъ для процессовъ гражданскихъ и уголовныхъ, но по отношенію къ послѣднимъ онъ обнаружилъ всѣ свои особенности. Уголовный процессъ былъ письменный, тайный, съ примѣненіемъ пытокъ; совершался онъ въ тиши канцелярій

---

[1]) Радинъ, Учебникъ исторіи русскаго права, 1915, стр. 463.

безъ участія сторонъ. Какъ фактически допрашивали обвиняемаго, это описалъ, между прочимъ, Пушкинъ въ своей поэмѣ „Полтава“: „Палачъ вошелъ (въ тюрьму), о ночь мученій“..

Правило о томъ, что nemo se ipse prodere tenetur чуждо было, конечно, и русскому розыскному уголовному производству. Признаніе обвиняемаго цѣнилось какъ „самое лучшее въ мірѣ доказательство“ (confessia regina est probationum). Отвѣтъ обвиняемаго въ розыскномъ процессѣ конструировался какъ обязанность обвиняемаго, исполненіе которой могло быть вынуждено отъ него какъ мѣрами прямо принудительными, до пытки включительно, такъ и угрозою различныхъ невыгодныхъ процессуальныхъ послѣдствій“ [1]).

Конечно, никакіе защитники не могли проникнуть въ старыя русскія судебныя „мистеріи“. Судъ былъ частью государственныхъ бюрократическихъ установленій, съ тѣмъ, что въ немъ жестокость проявлялась болѣе, чѣмъ въ другихъ учрежденіяхъ. Открытый голосъ со стороны обвиняемаго раздаваться на судѣ не могъ. „Передъ судьями да

---

[1]) Фойницкій, Курсъ Уголовнаго Судопроизводства, 1915, изд. П. Люблинскаго, стр. 65. Исчезли ли окончательно эти пріемы нынѣ, Ruth разсказываетъ о случаѣ новѣйшаго времени, когда слѣдственный судья устрашалъ отрицающаго свою вину обвиняемаго словами: „Я могу васъ запереть въ тюрьму до тѣхъ поръ, пока не скажете правду.“ Такіе допросы совсѣмъ неисключительное явленіе. Между тѣмъ нынѣшній законъ строгъ и категоричнъ, и не его вина, если до сихъ поръ прибѣгаютъ къ „инквизиціи“ по отношенію къ обвиняемому, даже на судебномъ слѣдствіи. Обвиняемому, хотя только „предлагаютъ“ разсказать, но намекаютъ, обѣщаютъ, слегка угрожаютъ и пр. (torturae spirituales). Никто не можетъ быть вынужденъ показывать противъ себя и давать объясненія болѣе, чѣмъ ему нужно для отвѣта на предъявленное обвиненіе. Даже свидѣтель не обязанъ отвѣчать на судѣ на вопросы, уличающіе его самого въ какомъ-либо преступленіи, о чемъ предсѣдатель объясняетъ ему. Уст. Угол. Судопр. ст. 722, рѣш. уг. кассац. деп. 1872 г. № 1487, 1868 г. № 954. Весь принципъ изложенъ въ полнотѣ въ англо-саксонскомъ правѣ: No person can be compaled in a criminal action to be a witness against humselif, nor cana person charged with crime be subjected, before conviction, to any more restraint than is necessary for his detention to answer the charge. Gilbert, Criminal law and Practice of the state of New-Jork, 1925, r. 2, § 10.

передъ смертью замолчишь". Заступники подавали письменные доклады и то лишь по маловажнымъ дѣламъ. Нормы Свода законовъ, въ прежнія времена постановлявшія, что повѣренный, дѣйствуя на судѣ вмѣсто вѣрителя, представляетъ его лицо [1]), распространялись, повидимому, и на уголовнаго защитника, поскольку онъ, вообще, допускался къ участію въ процессѣ. Старый законъ [2]), которымъ предписывалось прокурорамъ и стряпчимъ, возбуждавшимъ преслѣдованіе за преступленіе, заботиться, чтобы обвиняемый пользовался всѣми способами защиты, предоставленными ему закономъ, имѣлъ въ виду матеріальную защиту. Судебные Уставы 1864 г. построили уголовный процессъ по европейскому образцу: розыскное начало замѣнено обвинительнымъ, судъ отдѣленъ отъ администраціи, введена состязательность и гласность производства, допущена защита матеріальная и формальная. Корпорація присяжныхъ повѣренныхъ, изъ которыхъ преимущественно вербовались уголовные защитники, заступила прежнихъ „ходатаевъ", „черныхъ душъ" [3]). Новые русскіе защитники ничего общаго не имѣли съ ихъ предшественниками и на первыхъ же порахъ

---

[1]) XV т. 2. ч., стт. 184, 191.

[2]) XV т. 2 ч., ст. 353.

[3]) Дореформенные защитники были весьма непопулярны въ народѣ и обществѣ, что подтверждается не только данными исторіи, но и литературными произведеніями современниковъ, а также сложившимися въ народѣ поговорками о защитникахъ. Впрочемъ, литература и народная молва не щадили и тогдашнихъ судей: „Ставь передъ Богомъ свѣчку, передъ судьей мѣшокъ"; „судья въ судѣ, что рыба въ прудѣ"; „когда судью подаришь, всѣхъ побѣдишь"; „разсудили Шемякинымъ судомъ". Даль замѣчаетъ, что въ Россіи не было ни одной пословицы въ похвалу судамъ, а въ послѣднее время ему удалось слышать одну: „Нынѣ передъ судомъ, что передъ Богомъ—всѣ равны". Презрительное отношеніе къ защитнику (адвокату) и вообще къ gens de justice замѣчалось ранѣе и въ Европѣ. О Св. Ivo, благочестивомъ адвокатѣ, защитникѣ бѣдныхъ и убогихъ легенда говорила, что онъ, взойдя послѣ смерти на небо, скинулъ подъ собою лѣстницу, чтобы ни одинъ адвокатъ больше не могъ подняться по ней. Advocatus, sed non latro, res miranda populo. Справедливо по этому поводу замѣчаетъ Kneer (Der Rechtsanwalt, 1928, S. 98), что подобныхъ сатирическихъ нападковъ со стороны народа не избѣгли и представители другихъ свободныхъ профессій, наприм., врачи. („Ein neuer Arzt—ein neuer Kirchhof, ein neuer Richter—ein neuer Galgen"; „усопшему миръ, а лекарю пиръ").

поспѣшили отмежеваться отъ нихъ.[1]). На реформированной адвокатурѣ лежалъ долгъ, съ своей стороны, содѣйствовать достиженію общей цѣли реформы: „водворить въ Россіи судъ скорый, правый, милостивый и равный для всѣхъ подданныхъ, возвысить судебную власть, дать ей самостоятельность и вообще утвердить въ народѣ то уваженіе къ закону, безъ коего невозможно общественное благосостояніе и которое должно быть постояннымъ руководителемъ дѣйствій всѣхъ и каждаго отъ высшаго до нисшаго". Къ этому должны были стремиться адвокаты, выступая въ гражданскихъ и уголовныхъ дѣлахъ въ качествѣ представителей тяжущихся и обвиняемыхъ по избранію со стороны кліентовъ, либо въ опредѣленныхъ случаяхъ—по оффиціальному назначенію. Но въ уголовномъ дѣлѣ на адвоката упадали болѣе широкія обязанности, и связь его съ кліентомъ была болѣе тѣсная. Русскіе адвокаты, въ лицѣ самыхъ выдающихся изъ нихъ, не дѣлали принципіальнаго различія между гражданскими и уголовными дѣлами (Спасовичъ, Пассоверъ и др.), видя исполненіе „миссіи" одинаково въ веденіи какъ тѣхъ, такъ и другихъ процессовъ. Они старались черпать моральныя силы и вѣру въ возможномъ перевоплощеніи себя въ того „конкретнаго" человѣка, судьба котораго имъ ввѣрена на судѣ, другими словами, въ реализаціи всего, что обвиняемый можетъ противоставить обвиненію и карающей длани государства. За свою энергію въ осуществленіи этой дѣятельности защитники подвергались порою осужденію со стороны даже выдающихся общественныхъ дѣятелей и писателей (упреки Достоевскаго по адресу Спасовича, сатира Щедрина-Салтыкова, неодобреніе части общества по адресу дѣйствій В. А. Маклакова, принявшаго на себя защиту Тагіева). Но никакіе нападки не удерживали русскихъ адвокатовъ на избранномъ пути, ибо они ясно сознавали, что только нежеланіе проникнуть въ истинную сущность правосудія можетъ заставить человѣка ополчиться на защитника за энергичное и безоглядное отстаиваніе имъ личности и правъ кліента. Такъ называемые политическіе защитники, объединившіеся въ самомъ началѣ нынѣшняго вѣка въ группу „молодой адвокатуры" въ Петер-

---

[1]) см. І. Гессенъ, Адвокатура, Общество и Государство (Исторія русской адвокатуры, т. І, 1914 г.), стр. 2.

и Москвѣ, взглянули на дѣло нѣсколько иначе, придавая своимъ защитамъ „характеръ политической борьбы за свободу“ [1]). Такое положеніе было понятно и объяснимо въ условіяхъ того времени, когда считалось, что борьба требуется отъ всѣхъ, но оно должно быть отнесено все же къ явленіямъ переходнаго свойства. Впрочемъ, справедливость требуетъ отмѣтить, что фактически „политическіе защитники“ немало поглощены были „ближайшей судьбой подсудимыхъ“. Ихъ заступничество было еще болѣе дѣйственнымъ и создавало порою еще болѣе тѣсныя отношенія между ними и кліентами, чѣмъ это имѣло мѣсто въ обычныхъ уголовныхъ дѣлахъ [2]).

Временнымъ Правительствомъ было высказано пожеланіе „поднять судъ и адвокатуру на недосягаемую высоту“, и эта „высота“ должна была заключаться, конечно, не въ какой-либо „борьбѣ съ властью...“ Впрочемъ, объ этой эпохѣ и тѣхъ возможностяхъ, которыя оно открывало для института уголовной защиты, не приходится нынѣ много распространяться.

Въ заключеніе можно отмѣтить, что, несмотря на различныя теченія въ области русскаго уголовнаго правосудія, существенныхъ измѣненій въ регламентаціи защиты съ момента реформы судовъ и до самаго послѣдняго времени введено не было: уголовная защита въ общемъ и цѣломъ остается и нынѣ на той почвѣ, какую создалъ для нея Уставъ Уголовнаго Судопроизводства.

---

[1]) Гессенъ, Ук. Соч., стр. 387.

[2]) Вспоминаемъ, что многимъ изъ этихъ политическихъ защитниковъ приходилось даже нести дисциплинарную и иную отвѣственность на почвѣ близкаго „контакта“ съ обвиняемымъ. (Кто можетъ отрицать желательность этого „контакта“? Но онъ не долженъ переступать законныя границы).

III.

Уголовная защита въ дѣйствующемъ правѣ.

Уголовная защита по концепціи составителей Судебныхъ Уставовъ. Уголовная защита по Уставу Уголовнаго Судопроизводства. Права и обязанности уголовнаго защитника. Взаимоотношенія между защитникомъ и подзащитнымъ. О сохраненіи защитникомъ „тайнъ" своего подзащитнаго. Согласованность дѣйствій защитника и подзащитнаго и проблема возможныхъ „коллизій". Отношеніе защитника къ общему закону и къ коллективу.

Составители Судебныхъ Уставовъ видѣли въ уголовной защитѣ „общественное служеніе." Это надо понимать условно, именно: защитникъ, исполняя функціи представителя обвиняемаго и заступника его правъ и законныхъ интересовъ на судѣ, этимъ самымъ служитъ и обществу, которое заинтересовано въ томъ, чтобы никто не терпѣлъ осужденія и кары безъ вины или свыше вины. Но въ такомъ смыслѣ „общественное служеніе" защитника есть въ сущности подчиненіе имъ своихъ дѣйствій общимъ требованіямъ коллектива, что свойственно въ концѣ концовъ всякому правовому акту гражданина. Недаромъ же говорятъ о „правахъ-обязанностяхъ", объ „общественной позиціи" всякаго права, даже частнаго. И наказаніе подсудимаго рекламируется именемъ общества [1]). Объявляя общественное служеніе верховной задачей, которая опредѣляетъ собою весь характеръ и тонъ дѣятельности защитника, редакторы судебныхъ уставовъ указали, что „эта задача должна придавать его выступленіямъ серьезность и достоинство и отражаться на его отношеніяхъ къ суду, къ противникамъ въ процессѣ и ко всѣмъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ". Никакихъ дальнѣйшихъ конкретныхъ выводовъ изъ этой концепціи они не сдѣлали. Между тѣмъ изъ

---

[1]) См. Объяснительную Записку къ Проекту нов. редакціи Уст. Уг. Судопр., т. 3. 1900 г., стр. 88.

генеральнаго смысла законовъ и изъ отдѣльныхъ постановленій Устава Уг. Судопр. вытекаетъ съ несомнѣнностью, что въ основѣ дѣятельности защитника лежитъ репрезентація ввѣренныхъ ему интересовъ участника процесса—обвиняемаго. Въ томъ же направленіи разъяснилъ законъ Сенатъ, признавшій, что „подсудимый" и „защитникъ" составляютъ одну сторону и послѣдній предполагается дѣйствующимъ по уполномочію перваго, доколѣ противнаго не будетъ заявлено [1]). Защитникъ по нашему закону является стороной въ дѣлѣ, которая охраняетъ специфическіе частные интересы, не посягая въ то же время на публичные интересы правосудія. Дѣятельность защитника по самой структурѣ своей—дѣятельность односторонняя, имѣющая предпосылкой наличность другой стороны—представителя обвиненія. Защитникъ борется съ обвиненіемъ, къ этому сводится его задача exprofesso. Отъ него законъ не ждетъ объективности въ смыслѣ равнаго отношенія къ оправдательному и обвинительному матеріалу [2]). Защитникъ поступилъ бы противно своимъ обязанностямъ, если бы вредно вліялъ на судьбу обвиняемаго неблагопріятнымъ отношеніемъ къ нему на судѣ, если бы указывалъ на уличающія подсудимаго обстоятельства или явно противился опроверженію данныхъ обвиненія [3]). Правда, объективность не

---

[2]) Рѣш. Угол. Касс. Деп. 1867 г. № 519, см. также рѣш. 1869 г. № 137. Случевскій, Учебникъ русскаго уголовнаго процесса, 1895 г., стр. 278, Cahn, op. cit., S. 17.

[2]) Если отъ защитника требуется убѣжденіе, то оно должно относиться не къ тому, чтобы онъ вѣрилъ въ невиновность кліента, а къ тому, чтобы онъ чувствовалъ и сознавалъ наличность тѣхъ обстоятельствъ, которыя говорятъ въ пользу кліента, не болѣе. Поэтому, правильно понимая извѣстное, сюда относящееся изреченіе Цицерона, въ немъ далеко нельзя усмотрѣть той мысли, что адвокатъ будто бы говорильная машина, которая за извѣстное вознагражденіе готова провозгласить сегодня бѣлымъ то, что вчера называла чернымъ, какъ утверждаетъ Е. Васьковскій (Организація адвокатуры, I, стр. 57). Изреченіе это гласитъ: „Ошибаются тѣ, кто думаютъ, что наши рѣчи выражаютъ наши личныя убѣжденія, это языкъ дѣла и обстоятельствъ, а не человѣка или адвоката, такъ какъ если бы дѣло могло говорить само за себя, никто не прибѣгалъ бы къ помощи чужого голоса. Нашей профессіей пользуются для того, чтобы мы говорили не сообразно со своими личными впечатлѣніями, а съ особенными обстоятельствами и требованіями дѣла".

[3]) Graf zu Dohna, Das strafprozessrecht, 1925, S. 64.

предписывается въ качествѣ категорическаго императива и публичному обвинителю, но все же послѣднему, дѣйствующему именемъ государства, рекомендуется въ законѣ сугубая осторожность и воздержаніе отъ излишества въ обвиненіи. Обвинитель, вступая въ дѣло, долженъ сначала освѣдомиться, основательно ли обвиненіе. Защитнику не возбраняется принять любое уголовное дѣло и ему нѣтъ даже надобности, по общему правилу, предварительно ознакомиться съ дѣломъ для того, чтобы дать свое согласіе. Такъ смотрѣли на этотъ предметъ и совѣты присяжныхъ повѣренныхъ, до которыхъ подобныя проблемы восходили на разсмотрѣніе въ порядкѣ дисциплинарнаго производства. Въ этомъ случаѣ могутъ возникать препятствія только въ личныхъ отношеніяхъ защитниковъ къ обвиняемому, въ особомъ положеніи защитника, какъ общественнаго, политическаго или партійнаго дѣятеля [1]). По природѣ

---

[1]) Не долженъ защитникъ защищать убійцу его отца, сына, брата или другого близкаго родственника (члена семьи). Можетъ ли защитникъ принять защиту обвиняемаго въ убійствѣ его коллеги (по корпораціи присяжныхъ повѣренныхъ)? Это вызвало недавно страстные, ожесточенные споры въ связи съ возникшимъ казусомъ. Прежняя практика имѣла случаи касаться вопроса объ отношеніяхъ къ коллегѣ по поводу судебныхъ требованій и исковъ. Былъ высказанъ взглядъ, несомнѣнно, правильный, дисциплинарными органами адвокатуры, что члены корпораціи, будучи обязаны особенно осторожно относиться къ чести товарища и къ чести сословія, должны воздерживаться (съ точки зрѣнія корпоративной этики) отъ выступленія по такимъ дѣламъ, гдѣ требуется оспаривать исковыя требованія товарища по профессіи, такъ какъ этимъ „они подрываютъ довѣріе не только къ утвержденіямъ противника, но дискредитируютъ съ неменьшею силою присяжную адвокатуру вообще". Марковъ, Правила адвокатской профессіи въ Россіи, 1913, ст. 382 и сл. Истецъ въ этомъ случаѣ, въ виду отказа членовъ корпораціи отъ принятія его дѣла, обращается въ Совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ, который назначаетъ адвоката, не могущаго уже въ такомъ случаѣ отказаться отъ принятія дѣла. Съ своей стороны, кліентъ не можетъ ссылаться здѣсь на какую-либо обиду для себя въ виду желанія имѣть избраннаго хорошаго адвоката, а не „перваго назначеннаго", такъ какъ справедливый интересъ требуетъ, чтобы такой кліентъ обезпеченъ былъ адвокатомъ вообще, а не непремѣнно „однимъ изъ лучшихъ". Но все это относилось: а) къ гражданскимъ дѣламъ, б) касающимся требованій по „профессіи адвоката" (напр. о гонорарѣ) и не затрагивало уголовныхъ дѣлъ общаго характера. Выступленіе противъ коллеги-обвинителя или въ защиту обвиняемаго въ оскорбленіи коллеги и пр., или въ убійствѣ коллеги ничего принципіально—недопустимаго съ какой бы то ни было точки зрѣнія, въ себѣ не заключаетъ. Существуетъ на

института защиты правость или неправость уголовнаго дѣла не есть рѣшающій критерій при возникновеніи вопроса о принятіи кѣмъ-либо на себя отводимой ему по закону роли защитника. Zachariä поучалъ, что Sachwalter поступаетъ неправильно, ведя неправое гражданское дѣло, публичный обвинитель нарушаетъ обязанности службы, поддерживая неосновательное обвиненіе und eben so ist es erlaubt und Pflicht einen Angeklagten zu verteidigen, wonn er auch eine noch so schlechte Sache hat [1]). Извѣстны слова англійскаго юриста Эрскина: „Тотъ, кто отказывается отъ защиты по личнымъ взглядамъ своимъ на характеръ преступленія, приписываемаго обвиняемому, дѣлаетъ себя въ эту минуту судьей, произносящимъ осужденіе еще до компетентнаго приговора и кладетъ на вѣсы правосудія всю тяжесть своего осужденія, могущаго быть ошибочнымъ, но въ то же время очень вѣскаго по той именно причинѣ, что исходитъ отъ защитника". Отказъ публичнаго обвинителя отъ обвиненія на судѣ, во время заключительныхъ преній, — явленіе нерѣдкое. У насъ прокурорамъ не только случается не поддерживать обвиненія, но весьма часто они произносятъ въ пользу обвиняемаго оправдательныя рѣчи. Послѣднее можетъ быть сочтено порою за переходъ черезъ границу дозволеннаго, ибо прокуроръ на судѣ дѣйствуетъ у насъ какъ обвинитель (даже не какъ блюститель закона вообще). Не скрою, что нѣкоторое оправданіе такой обвинитель могъ бы, при желаніи, найти въ мотивахъ закона [2]), въ которыхъ сказано: „Прокуроръ есть обличитель преступленія во имя закона, видамъ котораго осужденіе невиннаго еще болѣе противно, чѣмъ оправданіе виновнаго; поэтому цѣлью всѣхъ дѣйствій прокурора должно быть не обвиненіе, но исключительно раскрытіе истины, въ чемъ бы она ни состояла—въ виновности или невинности.

Западѣ и иное мнѣніе, въ силу котораго корпорація должна требовать отъ адвокатовъ соблюденія коллегіальности въ интересахъ самой корпораціи во всѣхъ уголовныхъ дѣлахъ противъ коллеги, столь же или даже еще болѣе, чѣмъ во всѣхъ гражданскихъ дѣлахъ. Но съ этимъ не легко согласиться. Самое большое, чего здѣсь можно требовать отъ адвоката, это то, чтобы онъ, ведя уголовное дѣло противъ коллеги, проявлялъ въ отношеніи послѣдняго сугубую осторожность и сугубую корректность.

[1]) Op. cit. S. 96.

[2]) Ст. 573 Уст. Уг. Судопр.

подсудимаго“ [1]). За всѣмъ тѣмъ достаточно, если публичный обвинитель формально откажется отъ обвиненія, не врываясь въ ту область, которая по существу принадлежитъ защитѣ. Но какъ бы то ни было, самый отказъ вполнѣ естественъ, коль скоро обвинитель, убѣдившись, что судебное слѣдствіе не подтвердило или прямо опрокинуло обвинительный актъ и обвинительныя данныя, не пожелаетъ настаивать на обвиненіи. Онъ долженъ считать отреченіе отъ обвиненія, при этихъ условіяхъ, даже обязанностью своей [2]). Въ этомъ ему не можетъ подражать защитникъ, который ни при какихъ условіяхъ не вправѣ отказаться отъ защиты подъ предлогомъ основательности и доказанности обвиненія. „Защита виновнаго все же остается достойной задачей, преслѣдованіе невиновнаго было бы преступленіемъ“ [3]).

Защитникъ разсматриваетъ и все дѣло въ цѣломъ и отдѣльныя части его подъ угломъ зрѣнія парализованія или ослабленія обвиненія. Въ то время, какъ на публичномъ обвинителѣ лежитъ доказать обвиненіе, дѣло защитника констатировать, что то или иное обстоятельство, существенное для обвиненія, не подтверждено, что не достаетъ звена въ цѣпи заключеній, непрерывность которой необходима для акта, именуемаго „справедливымъ приговоромъ, основаннымъ на данныхъ дѣла“. Высшей задачей уголовнаго суда (а стало быть и обвиненія) является полученіе увѣренности, хотя и не аподиктической, абсолютно исключающей противное, а такъ называемой юридической, заключающей въ себѣ такую высокую степень вѣроятности, что было бы неблагоразумно принять противоположное, такъ какъ это означало бы идти вразрѣзъ съ опытомъ и обычнымъ ходомъ вещей. Судья не задается нынѣ цѣлью отыскать въ дѣлѣ недостижимую абсолютную истину, онъ занятъ лишь заботой о томъ, чтобы убѣжденіе въ виновности человѣка основывалось на вѣрныхъ данныхъ [4]).

---

[1]) Судебные Уставы съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны, ч. 2, 1867, стр. 218.

[2]) См. между прочимъ, Schwarz, Zum Falle Husmann, in DJZ, 1928. H. 22, S. 1508.

[3]) Graf zu Dohna, op. cit., S. 65.

[4]) См. Ortloff, op. cit. S. 247, а также статью Feisenbergera, S. 1233 DJZ, 1928, H. 18.

Что же касается защитника, то его роль доказывать и устанавливать не только достовѣрность и вѣроятность, но и одну возможность. Борясь противъ данныхъ обвиненія, защитникъ въ состояніи ограничиться указаніемъ на наличность существеннаго пробѣла въ составѣ силлогизмовъ, создающихъ логическій выводъ о виновности, на наличіе сомнѣнія.

Слова „in dubiis libertas" можно было бы перефразировать такимъ образомъ: „сомнѣніе судей—свобода обвиняемаго". Какое крупное практическое значеніе имѣетъ эта ссылка на сомнѣніе, знаетъ каждый, выступающій на судѣ въ качествѣ защитника. Огромный процентъ оправданій вызывается именно тѣмъ, что у судей возникаетъ въ послѣднюю минуту серьезное сомнѣніе относительно доказанности того или иного обстоятельства. Опытный защитникъ не преминетъ надлежащимъ образомъ использовать это орудіе, этотъ могучій принципъ уголовнаго правосудія, въ силу котораго всякое сомнѣніе, конечно, реальное, объективное, толкуется на судѣ въ пользу обвиняемаго.

Но то, что защитнику не предписывается безпристрастность, какъ спеціальная обязанность (подобно безпристрастности суда и отчасти прокурора), не означаетъ, что качество объективности вообще чуждо уголовной защитѣ. Въ сферѣ дѣятельности, отведенной защитѣ, въ кругу выводовъ и оцѣнокъ, на которыя управомоченъ защитникъ, онъ обязанъ держаться принципа истинности (объ этомъ дальше); онъ не долженъ извращать обстоятельства дѣла въ угоду обвиняемому, а тѣмъ болѣе не дѣлать завѣдомо ложныя заявленія, памятуя, что онъ призванъ „защищать", а не „обѣлять" обвиняемаго [1]). Правильно оцѣнивающій свое призваніе защитникъ не можетъ забыть, что онъ представитель sui generis, что кромѣ сидящаго за его спиной кліента, имѣется еще коллективъ (общество, государство), права котораго долженъ

---

[1]) О такомъ „обѣлителѣ" Некрасовъ писалъ:
„И, сорвавъ гонораръ неумѣренный,
Восклицалъ нашъ присяжный повѣренный:
Передъ вами сидитъ гражданинъ
Чище снѣга альпійскихъ вершинъ".

уважать и признавать еще болѣе, чѣмъ обыкновенное лицо, уголовный защитникъ, на котораго возложена закономъ важная и почетная миссія. Реквизиты законности и общественной солидарности не вправѣ упускать изъ поля зрѣнія защитникъ, хотя бы на первомъ планѣ и были у него интересы и судьба самого подзащитнаго.

Изложеннымъ характеризуются in thesi права и обязанности защитника по закону. Остальное есть только приложеніе критерія къ частнымъ случаямъ. Современныя законодательства, въ томъ числѣ и наше, давая генеральныя директивы по вопросу объ уголовной защитѣ, не останавливаются въ подробностяхъ на конкретныхъ основаніяхъ ея, считая, что это составляетъ предметъ научной разработки" [1]).

Эти „конкретныя основанія" мы разсмотримъ (въ общихъ чертахъ, конечно) съ точки зрѣнія отношенія защитника: а) къ кліенту и б) къ общему закону и соціальному цѣлому.

Взаимоотношенія между защитникомъ и кліентомъ устанавливаются либо полномочіемъ, либо, если защитникъ назначается, что имѣетъ мѣсто въ указанныхъ закономъ случаяхъ, актомъ назначенія. Права и обязанности дефендента въ томъ и другомъ случаѣ одинаковыя, ибо назначеніе опредѣляетъ только порядокъ приступа защитника къ осуществленію своихъ обязанностей, а не свойство исполненія таковыхъ. Полномочіе избранному защитнику дается на письмѣ или, когда подзащитный самъ присутствуетъ на судѣ, также въ словесной формѣ. Неявка на судъ избраннаго защитника не останавливаетъ теченія дѣла такъ же, какъ и послѣдующій уходъ его [2]). Съ момента поступленія дѣла съ обвинительнымъ актомъ въ судъ защитникъ вправѣ у насъ наравнѣ съ обвиняемымъ обозрѣвать всѣ акты производства, снять копіи съ нихъ, а также устно сообщаться съ подзащитнымъ. Защитникъ дѣлаетъ все это съ разрѣшенія суда, который, однако, не вправѣ въ таковомъ отказать. Въ частности, ни одинъ

---

[1]) См. Об. Зап. къ Проекту новой редакціи Уст. Уг. Судопр., т. 3, 1900 г., стр. 106.

[2]) Ср. Герм. Strafprozessordnung, § 228, Abs. 2, Lilienthal, Strafprozessrecht, 1923, S. 26.

актъ или документъ изъ дѣла не можетъ быть скрытъ отъ защитника. Западная доктрина занималась вопросомъ о допустимости здѣсь какихъ-либо ограниченій, при чемъ нѣкоторые утверждали, что защитникамъ можетъ быть не данъ къ обозрѣнію документъ, если послѣдній не стоитъ въ связи съ дѣломъ или если обнаруженіе его кѣмъ-либо постороннимъ противорѣчило бы публичному интересу. Однако, позитивное право нигдѣ этой одіозной мѣры не приняло [1]). Точно также и у насъ нѣтъ здѣсь ограниченій для защитника. „Публичный интересъ“ не можетъ быть въ данномъ случаѣ основаніемъ къ стѣсненію правъ защиты. Если же въ дѣло поступилъ актъ, не имѣющій никакого отношенія къ производству, то его надлежитъ возвратить или изъять изъ дѣла, а до этого съ нимъ знакомиться можетъ быть запрещено одновременно и прокурору и защитнику [2]).

Что касается устныхъ переговоровъ защитника съ находящимся подъ арестомъ обвиняемымъ, то въ Германіи до судебнаго засѣданія эти сношенія могутъ быть контролируемы судомъ, если подзащитный арестованъ не по подозрѣнію въ желаніи бѣжать [3]). Нашъ законъ избѣгъ этой стѣснительной для обвиняемаго и защитника мѣры, постановивъ, что вмѣстѣ съ распоряженіемъ о допущеніи защитника къ исполненію его обязанностей, предсѣдатель суда разрѣшаетъ ему объясниться наединѣ съ подсудимымъ, содержащимся подъ стражей [4]). Срокъ для такого объясненія не установленъ [5]). Право свиданія защитника съ подзащитнымъ настолько категорическое, что нарушеніе его можетъ влечь за собою отмѣну приговора [6]). Защитнику разрѣшаются переговоры на судѣ со всякимъ подзащитнымъ, т. е. свободнымъ или

---

[1]) См. Герм. Strafprozessordnung, § 147, Abs. 1.

[2]) Многіе западно-европейскіе Уставы предоставляютъ защитнику даже право брать дѣло на домъ (См. Герм. Strafprozessordnung, § 147, Abs. 4). Въ Россіи одно время практиковалась посылка дѣлъ на домъ защитникамъ по назначенію, а затѣмъ это было отмѣнено.

[3]) Strafprozessordnung, § 148, Abs. 3.

[4]) Уст. Уг. Судопр. ст. 569.

[5]) Рѣш. Уг. Касс. Деп. 1870 г. № 135.

[6]) Рѣш. Уг. Касс. Деп. 1869 г. № 16, 1867 г. № 569.

арестованнымъ, но онъ не вправѣ препятствовать подзащитному дать отвѣтъ суду, обвинителю, эксперту и т. д. [1]).

Письменно сноситься съ арестованнымъ защитникъ въ состояніи у насъ лишь въ общемъ порядкѣ, т. е. подъ соотвѣтственнымъ оффиціальнымъ контролемъ (предварительный просмотръ писемъ прокуратурой). Поэтому и передавать какія-либо бумаги, письма, деньги и пр. арестованному защитникъ вправѣ только съ разрѣшенія прокурора или (во время засѣданія) суда. Этимъ должна быть избѣгнута такъ наз. Kollusionsgefahr, т. е. опасность злоупотребленій со стораны защитника, обвиняемаго и даже третьихъ лицъ. Признано было только, въ видѣ исключенія, что защитникъ имѣетъ право составлять отъ имени заключеннаго въ тюрьмѣ арестанта бумаги и передавать ихъ съ его вѣрительной надписью непосредственно въ судъ помимо прокурорскаго надзора [2]). Такая урѣзка правъ защиты свидѣтельствуетъ у насъ о полномъ недовѣріи къ защитникамъ,— большинство которыхъ является все же представителями профессіональной адвокатуры,—къ тому, что они въ состояніи будутъ отличать „добро“ отъ „зла“. Въ Германіи Kollusionsgefahr устраняется въ спеціальномъ законѣ тѣмъ, что судъ вправѣ не дозволять письменныхъ сообщеній отъ защитника къ арестованному подзащитному, если суду не разрѣшается обозрѣвать таковыя [3]). Это, несомнѣнно, также значительное посягательство на права защиты и звучитъ диссонансомъ съ торжественно провозглашаемымъ въ томъ законѣ [4]) началомъ: dem Verhaften Beschuldigten ist schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet. На самомъ дѣлѣ это начало безпрепятственнаго общенія единственно основательное съ принципіальной

---

[1]) Tuotefois il ne lui (подзащитному) est pas permis de le (защитника) consulter avant de repondre a une qustion, какъ говорится въ одномъ процессуальномъ законѣ Швейцарскаго кантона. Мотивы къ этому закону указываютъ, что защитникъ не только вправѣ конферировать съ подзащитнымъ въ залѣ суда, но и требовать отъ суда дачи ему возможности выйти съ клiентомъ въ отдѣльную комнату.

[2]) См. у Маркова, Правила адвокатской профессіи въ Россіи, на стр. 231 и сл. рѣш. Моск. Сов. пр. пов. 1899/900—147, а также (довольно неясную) статью 232 Уст. о содерж. подъ стражей, т. XIV Св. Зак.

[3]) Strafprozessordnung, § 148.

[4]) § 148 abs. 1.

точки зрѣнія. Оно пріемлемо также у насъ de lege ferenda Оно въ полной мѣрѣ признано и во Франціи, гдѣ уже послѣ перваго допроса обвиняемаго всѣ сношенія устныя и письменныя между нимъ и защитникомъ совершенно свободны.

Защитникъ допрашиваетъ на судѣ свидѣтелей, экспертовъ и т. п. [1]).

Защитникъ участвуетъ въ актахъ, сопровождающихъ судебное слѣдствіе, и во всѣхъ преніяхъ, т. е. по предмету опредѣленія вины, наказанія и пр. Въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ защитнику, согласно прямому тексту закона, можетъ быть предоставлено принадлежащее обвиняемому право послѣдняго слова какъ по существу дѣла, такъ и по каждому спорному вопросу, если этимъ правомъ не желалъ воспользоваться самъ обвиняемый [2]). По практикѣ Сената, тотъ же порядокъ примѣняется и въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, въ виду принципа, что „подсудимый и защитникъ признаются какъ стороны на судѣ тождественными“ [3]). Хотя Сенатъ указываетъ [4]), что обвиняемый можетъ воспользоваться этимъ правомъ черезъ „повѣреннаго, уполномоченнаго имъ на защиту его дѣла“, но это относится и къ защитнику по назначенію. Право послѣдняго слова, предоставленіе котораго диктуется съ одной стороны особой судей-

---

[1]) Вопросы свидѣтелямъ и экспертамъ защитникъ ставитъ самъ, не будучи обязанъ и не имѣя права обращаться за этимъ къ предсѣдателю. Ему нѣтъ также надобности предварительно формулировать предсѣдателю свой вопросъ. Но предсѣдатель, по просьбѣ защитника, можетъ согласиться на допросъ черезъ него, когда это почему-либо оказалось бы нужнымъ (упорное, непочтительное отношеніе свидѣтеля или эксперта къ защитнику). Обвиняемому защитникъ предлагаетъ вопросы непосредственно, если на то есть согласіе предсѣдателя, иначе этотъ допросъ дѣлается черезъ послѣдняго. Предсѣдатель вправѣ устранить вопросы защитника, коль скоро найдетъ ихъ неподходящими или не относящимися къ дѣлу (Срвн. Герм. Strafprozessordnung, § 240: ungeeignete, oder nicht zur Sache gehörige Fragen). Но, по справедливому замѣчанію Bayer, op. cit. S. 91, сюда не подходятъ вопросы, которые могутъ показаться только несущественными: о существенности и несущественности вопроса невозможно судить заранѣе ни предсѣдателю, ни самому суду.

[2]) Уст. Уг. Судопр., ст. 166, рѣш. Уг. Касс. Деп. 1872 г. № 400, 1871 г. № 1450, 1870 г. № 1391.

[3]) Рѣш. Уг. Касс. Деп. 1872 г. № 1084.

[4]) Приведенное рѣшеніе 1872 г. № 400.

ской осторожностью, а съ другой—общимъ требованіемъ извѣстной снисходительности къ обвиняемому, favor defensionis („не спѣши карать, а спѣши миловать"), при отказѣ отъ него со стороны обвиняемаго, можетъ и даже должно быть использовано всякимъ защитникомъ [1]).

Защитникъ обязанъ вести порученное ему уголовное дѣло до конца, развѣ бы иное вытекало изъ полномочія. Избраніе защитника лишь на одно индивидуальное дѣйствіе въ процессѣ вполнѣ возможно [2]). Напротивъ, назначеніе защитника только на конкретный процессуальный актъ едва ли допустимо, по крайней мѣрѣ у насъ.

Если защитникъ отказался отъ исполненія своихъ обязанностей, либо устраненъ былъ судомъ, либо, вообще, для него оказалось невозможнымъ защищать, то каковы послѣдствія всего этого для хода процесса и для положенія обвиняемаго? Принципіально, въ видѣ исхода изъ затрудненій, возникающихъ отъ такихъ случайностей, слѣдовало бы засѣданіе прервать, для пріисканія обвиняемымъ другого защитника. Такъ, приблизительно, обстоитъ дѣло въ германской судебной практикѣ [3]). Но дабы это не сдѣлалось орудіемъ злоупотребленія со стороны обвиняемыхъ въ ихъ стремленіи затягивать процессъ путемъ отсрочекъ засѣданій, правильно, въ концѣ концовъ, предоставить цѣликомъ усмотрѣнію суда

---

[1]) Дефендентъ управомоченъ взять послѣднее слово вмѣсто обвиняемаго также по Герм. Strafprocessordn., § 258 Abs. 2 u,3 и по Франц. Code d'instr. crim. Послѣднее слово есть способъ защиты и входитъ въ ея составъ. Подсудимый или его защитникъ имѣетъ послѣднее слово всякій разъ („какъ эхо"). Характерно, что въ Англіи послѣднее слово принадлежитъ не защитнику, а обвинителю. Такой порядокъ отражаетъ старые принципы борьбы съ преступностью въ Англіи. Защитникъ въ Англіи часто отказывается совершенно отъ слова и представленія доказательствъ, именно, чтобы не дать обвинителю возможности использовать во вредъ обвиняемому свое послѣднее слово (Въ Шотландіи послѣднее слово дается защитѣ). По поводу англійскаго порядка невольно въ голову приходитъ сдѣланная однимъ старымъ русскимъ министромъ юстиціи комическая попытка разъяснить слова законодателя „милость и правда да царствуютъ въ судахъ" въ томъ смыслѣ, что судъ долженъ быть „милостивъ" къ прокурору, несущему тяжкое бремя обвиненія преступниковъ и пр.

[2]) Ср. рѣш. герм. Reichsgericht,—Schott, op. cit., S. 54.

[3]) Рѣшенія RG, приведенныя Graf zu Dohna, op. cit., S 68.

нахожденіе способа огражденія ихъ правъ въ данномъ отношеніи. Въ такомъ смыслѣ, повидимому, рѣшается вопросъ по дѣйствующему нашему праву, хотя законъ прямыхъ указаній по этому предмету не содержитъ.

Обвиняемый, свободный въ правѣ устраненія своего защитника, не можетъ впослѣдствіи сдѣлать объектомъ жалобы своей неудовольствіе на своего защитника по поводу неудачной его защиты, „такъ какъ",— по разъясненію Сената,—„отъ самого подсудимаго зависѣло дополнить свою защиту, въ чемъ онъ находитъ ея неудовлетворительной, и такъ какъ вообще усердіе защитника къ ввѣренному ему дѣлу есть его нравственная обязанность, которая не можетъ быть измѣрена и опредѣлена" [1]). Согласіе обвиняемаго при защитѣ по избранію и компетентность органа, назначающаго защитника, при защитѣ по назначенію, служатъ единственными гарантіями надлежащаго исполненія защитникомъ своихъ обязанностей.

Обвиняемый вправѣ вмѣшиваться въ дѣйствія своего защитника, противиться имъ, если находитъ нужнымъ. Но такъ какъ защитникъ не обязанъ слѣпо слѣдовать указаніямъ подзащитнаго, то легко можетъ создаться конфликтъ между ними по поводу избранія мѣры защиты. Если этотъ конфликтъ не разрѣшается отказомъ отъ защиты со стороны защитника [2]) или устраненіемъ его со стороны подзащитнаго, то какую развязку находитъ этотъ конфликтъ по закону? Герм. Уставъ Уг. Судопр. [3]) разрѣшилъ этотъ вопросъ, въ общемъ, такъ, что защитникъ не вправѣ предпринимать процессуальное дѣйствіе (Rechtsmittel) противъ прямо выраженной воли подзащитнаго, хотя, правда, теоретическая основательность этого оспаривается многими юристами, настаивающими на самостоятельности защиты. Нашъ Уставъ Уг. Судопр.

---

[1]) Рѣш. Уг. Касс. Деп. Сената 1870 г. № 135.

[2]) Такой отказъ отъ защиты, принятой по соглашенію, всегда возможенъ, по соображенію „аналогіи съ соглашеніемъ довѣрителя съ повѣреннымъ по гражданскимъ дѣламъ, каковое соглашеніе можетъ быть отмѣнено каждой изъ сторонъ во всякое время" (стт. 251 и 252 Уст. Гр. Суд.)., рѣш. Спб. Сов. прис. пов. 1909/10—308, Моск. 1909/10—47, Марковъ, Правила адвокатской профессіи, стр. 252.

[3]) § 379.

молчитъ по этому поводу, и положеніе на практикѣ часто создается довольно затруднительное. Очевидно, что и у насъ единственнымъ исходомъ является усвоеніе точки зрѣнія германскаго закона, какъ вытекающей изъ сущности понятія представительства, другими словами, и у насъ защитникъ въ состояніи предпринимать процессуальныя дѣйствія лишь постольку, поскольку на это нѣтъ прямого запрета со стороны подзащитнаго. Вообще, при сомнѣніи, защитникъ, какъ мандатарій, всегда уступаетъ подзащитному, какъ манданту. Защитникъ имѣетъ свою волю лишь въ отношеніи того, принять или не принять на себя защиту, для судебныхъ же дѣйствій опредѣляющими является только воля и рѣшенія подзащитнаго [1]). Лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ возраженіе подзащитнаго противъ предпринимаемаго защитникомъ акта можетъ оказаться иррелевантнымъ юридически, напримѣръ: когда во время судебнаго слѣдствія назначенъ новый защитникъ и онъ заявилъ просьбу объ отложеніи дѣла для приготовленія, обвиняемый не въ состояніи будетъ возражать [2]). Въ этомъ, однако, надлежитъ усмотрѣть не какое-либо коренное отступленіе отъ принципа мандата, а лишь неизбѣжность ограженія правъ самого защитника, который, не имѣя возможности отказаться отъ принятія защиты, вынужденъ былъ бы вести ее неподготовленнымъ, что роняло бы его достоинство и вредно отразилось бы на ходѣ процесса. Кромѣ того на Западѣ при такъ называемомъ перекрестномъ допросѣ—Kreuzverhör,—когда судъ, по желанію сторонъ, вправѣ предавать ихъ иниціативѣ допросъ свидѣтелей и экспертовъ, заявленіе объ этомъ и самое участіе въ перекрестномъ допросѣ принадлежитъ только защитнику, безъ всякаго вмѣшательства подзащитнаго [3]). Въ нашемъ правѣ (не знающемъ института Kreuzverhör), кромѣ приведеннаго случая вступленія новаго назначеннаго защитника, нельзя себѣ представить почти ни одного другого случая, когда воля защитника въ отношеніи процессуальныхъ дѣйствій была

---

[1]) Ruth, op. cit., S. 104, 106.

[2]) Ruth, ib.

[3]) Ср. Герм. Strafprozessordnung, § 239, Schott, op. cit, S. 21, Ruth, op. cit., S. 104.

бы исключительной и доминировала бы надъ волей подзащитнаго [1]).

На защитникѣ и его отвѣтственности лежатъ всѣ дѣйствія и заявленія правового характера. Къ его же обязанности относится, между прочимъ, возбужденіе ходатайства объ освидѣтельствованіи умственныхъ способностей подзащитнаго, при чемъ здѣсь не можетъ быть, конечно, рѣчи о какомъ-либо согласованіи съ волей послѣдняго [2]).

Обвиняемый вправѣ ожидать, что защитникъ оградитъ его законные интересы, даже если бы это имѣло только косвенное отношеніе къ предмету защиты. Подобно тому, какъ врачъ, призванный къ больному, не можетъ игнорировать общаго состоянія здоровья паціента, подъ тѣмъ предлогомъ, что онъ лечитъ только данную болѣзнь, защитникъ не вправѣ уклониться отъ помощи своей при всякомъ нарушеніи правъ личности своего довѣрителя въ связи съ обвиненіемъ или по поводу такового. Если каждый повѣренный по нашему закону обязанъ устранять отъ своего довѣрителя вредъ, потери и ущербы при исполненіи порученія, то охрана свободы личности обвиняемаго на судѣ и отчасти внѣ суда—первѣйшая и достойнѣйшая обязанность защитника, которую онъ долженъ выполнять со всей энергіей [3]). Въ этой же области отношеній, объединяющихъ защитника съ его кліентомъ, коренится обязанность защитника соблюдать ввѣренную ему или вообще добытую имъ въ дѣлѣ тайну

---

[1]) Тамъ, гдѣ существуютъ необходимыя защиты противъ воли подзащитнаго, разногласія между нимъ и защитникомъ относительно способовъ веденія дѣла въ состояніи создать безвыходную коллизію. Въ Германіи согласно доктринѣ и разъясненіямъ Reichsgericht'a разрѣшеніе подобной коллизіи принадлежитъ суду, разбирающему дѣло; также и въ Австріи, M. Frydmann, op. cit., S. 84 и въ другихъ мѣстахъ. Отчасти въ виду этого Graf zu Dohna, Das Strafprozessrecht 1925, S. 70. и утверждаетъ, dass die Verteidigung öffentlichen Interessen dient. На Западѣ теорія дѣлитъ иногда правомочія защиты на группы, именно, на принадлежащія: 1) только защитнику, 2) только подзащитному, 3) обоимъ совокупно. У насъ это раздѣленіе не имѣетъ ни теоретическаго, ни практическаго значенія.

[2]) Ср. § 81 Герм. Strafprozessordnung, Bayer, op. cit., S. 51.

[3]) Wer im Recht ist, nicht allzu höfflich sein darf (Goethe).

обвиняемаго [1]), имѣющую отношеніе къ дѣлу и защитѣ. Это одна изъ важнѣйшихъ обязанностей защитника. Безъ нея необходимая интимная связь между защитникомъ и подзащитнымъ была бы нарушена, обвиняемый не въ состояніи былъ бы видѣть въ первомъ своего совѣтника и цѣлителя и вполнѣ отдаваться ему въ довѣріи. Недаромъ защитника народная молва отождествляетъ съ исповѣдникомъ; недаромъ первыми словами, съ которыми обращается кліентъ къ адвокату, звучатъ обыкновенно такъ: „Передъ Вами, какъ на духу, все должно быть открыто“ [2]).

Въ чемъ сущность этой обязанности? По нашему закону защитникъ (присяжный повѣренный) не долженъ оглашать тайнъ своего довѣрителя, не только во время производства его дѣла, но и въ случаѣ устраненія отъ онаго и даже послѣ окончанія дѣла [3]). Законъ этотъ, при его созданіи вызвалъ большіе споры по принципіальнымъ причинамъ, въ виду тѣхъ трудностей, съ которыми связано примѣненіе изложеннаго въ немъ принципа на практикѣ. Были голоса, не нашедшіе, впрочемъ, опредѣленнаго отраженія въ законодательныхъ матеріалахъ, за обложеніе нарушенія этого закона штрафомъ, но такъ, чтобы нарушеніе не носило уголовно-наказуемаго характера и вообще не имѣло никакихъ другихъ послѣдствій, кромѣ штрафа. Предположеніе о штра-

---

[1]) Ср. Amtlicher Entwurf eines Aligemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, 2. T., S. 149.

[2]) Съ точки зрѣнія общечеловѣческой этики храненіе чужой тайны—долгъ достойнаго человѣка, boni viri. По афоризму La Brujére, мужчина хранитъ крѣпче чужую тайну, чѣмъ свою—женщина поступаетъ какъ разъ наоборотъ (Charaktery czyli obyczaje tego wieku, польскій переводъ Potocki, 1911, str. 67). Но для нѣкоторыхъ категорій лицъ, къ которымъ относятся духовные исповѣдники и защитники, соблюденіе чужой тайны—сугубый долгъ, основанный на соціальной морали и возводимый при извѣстныхъ условіяхъ на степень публично-правовой обязанности. Въ отношеніи духовнаго исповѣдника, напр., требовать оглашенія на судѣ ввѣренной ему тайны значило бы, говоря словами А. Кони, „признать полное безсиліе правосудія выяснить истину въ дѣлѣ какими-либо иными путями, кромѣ раскрытія передъ людьми того, что дотолѣ было сокровенно для всѣхъ, кромѣ Бога“ (За послѣдніе годы, 1896, стр. 80). Приблизительно то же можно сказать и о защитникѣ, mutatis mutandis.

[3]) Ст. 403 Учр. Суд. Уст.

фѣ принято, однако, не было. Въ Уст. Угол. Судопр. введены нормы, не допускающія къ свидѣтельству повѣренныхъ или защитниковъ обвиняемаго въ отношеніи къ признанію, сдѣланному имъ довѣрителями ихъ [1]). Кромѣ того въ старомъ Уложеніи о наказаніяхъ содержалась статья о томъ, что наказаніямъ, опредѣляемымъ за клевету, подвергается и тотъ, кто съ намѣреніемъ оскорбить честь какого-либо лица или повредить оному, распространитъ такое свѣдѣніе, которое было ему сообщено по званію его или по особой къ нему довѣренности, съ обѣщаніемъ сохранить его въ тайнѣ впослѣдствіи [2]). Наконецъ, Угол. Улож. 1903 г. обложило арестомъ или денежной пеней обязаннаго по своему званію хранить въ тайнѣ довѣренное ему свѣдѣніе, виновнаго въ умышленномъ оглашеніи онаго безъ достойныхъ уваженія причинъ, если при томъ оглашенное свѣдѣніе могло причинить имущественный ущербъ или опозорить лицо, къ коему оно относится [3]). Къ категоріи предусмотрѣнныхъ въ этой статьѣ лицъ подходятъ и защитники [4]).

Изъ соображенія дѣйствующихъ у насъ законовъ обнаруживается прежде всего, что наказуемымъ является оглашеніе только такихъ свѣдѣній, которыя могутъ быть оскорбительными или матеріально-вредоносными. Это, несомнѣнно, напрасное сокращеніе дѣйствія принципа, ибо могутъ быть свѣдѣнія, оглашеніе которыхъ, не причиняя имущественныхъ убытковъ и не заключая въ себѣ элемента оскорбленія, наносятъ въ то же время большой ущербъ личности. Учрежденіе Суд. Уст. [5]) съ своей стороны, этихъ ограниченій не создаетъ, почему незаконнымъ будетъ всякое оглашеніе защитникомъ ввѣренной ему тайны, если только оно можетъ причинить вредъ, независимо отъ свойства такового и хотя бы оно не было уголовно-наказуемымъ дѣяніемъ.

Далѣе, оглашеніе правомѣрно въ тѣхъ случаяхъ, когда оно сдѣлано хранителемъ тайны по достойнымъ уваженія причинамъ.

---

[1]) Стт. 93, 704

[2]) 137 ст. Устава о Наказаніяхъ.

[3]) Ст. 541.

[4]) См. Объясн. къ Проекту Угол. Улож., т. VI, 1895 г., стр. 831.

[5]) Приведенная 403 ст.

Въ частности, для защитника, освобожденнаго закономъ отъ обязанности давать свидѣтельскія показанія, добровольная дача имъ показаній будетъ не только поступкомъ безнравственнымъ, какъ полагаетъ французская практика, но и прямымъ нарушеніемъ возложенныхъ на него обязанностей [1]).

Что касается „достойныхъ уваженія причинъ" (выраженіе заимствовано изъ Венгерскаго Уг. Кодекса), диспенсирующихъ отъ соблюденія тайны, то къ нимъ относится нормально случай, когда по самому закону требуется дѣлать донесеніе, другими словами, когда недонесеніе составляетъ вообще для всякаго, не исключая значитъ и защитника, уголовное нарушеніе, именно недонесеніе о готовящемся тяжкомъ преступленіи и пр. [2]). При наличности этихъ условій оглашеніе не представляетъ собою никакой неправды, ни уголовной, ни гражданской, ни дисциплинарной. Такъ высказывается и германская практика въ пониманіи касающихся этого предмета германскихъ нормъ. Въ Германіи, между прочимъ, защитники подвергаются наказанію wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Standes anvertraut sind [3]). Слово unbefugt отождествляется съ rechtswirdig, при чемъ исключается всякая виновность и неправомѣрность при донесеніи о преступленіяхъ, о которыхъ упоминается въ Str. GB. [4]). Послѣдній же трактуетъ о каранім того, кто, имѣя свѣдѣнія von dem Vorhaben eines Hochverrates, Landesverrates, Münzenverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährliches Verbrechens, не сдѣлалъ о томъ надлежащаго заявленія [5]).

Допустимъ, что кліентъ сообщилъ своему защитнику о своемъ намѣреніи убить обвинителя или свидѣтелей въ случаѣ осужденія его: защитникъ обязывается сообщить объ

---

[1]) Объясн. къ пр. Уг. Ул., ib., стр. 832.

[2]) Уг. Ул., стт. 162, 163.

[3]) § 300 Герм. Уг. Ул. См. также проектъ Герм. Уг. Ул. 1925, § 293.

[4]) § 139.

[5]) См. Göbel'a Коммент. къ Strafgesetzbuch, 1922, стр. 339, Finger, Die Kunst des Rechtsawalts, 1912, § 226. Въ томъ же смыслѣ Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, T. I, § 293, T. 2, S. 148 u 149.

этомъ [1]). Конечно, если заявленіе обвиняемаго серьезно и опасность реальна. То, что защитникъ даже въ подобныхъ случаяхъ принуждается закономъ къ выдачѣ ставшей ему извѣстной тайны обвиняемаго, создаетъ для перваго крайне тяжелое положеніе, вызываетъ коллизію между его совѣстью и долгомъ. Но законъ не умолимъ въ отстаиваніи своего интереса и никакихъ изъятій ни для кого не создаетъ. Защитникъ, не желающій выполнить требованіе закона, долженъ будетъ взять на себя отвѣтственность, подвергнуться суду и наказанію [2]). Онъ свободенъ отъ донесенія только при одномъ условіи, именно, если имѣются серьезныя и объективныя основанія, что о готовящемся преступленіи властямъ и безъ него станетъ извѣстнымъ: оцѣнка этого обстоятельства, въ случаѣ спора, принадлежитъ суду. Хотя такой выводъ можетъ имѣть и общій характеръ въ смыслѣ примѣнимости его и къ обыкновенному частному лицу, но по отношенію къ защитнику устраненіе репрессій при указанномъ условіи еще болѣе умѣстно.

„Уважительныя причины", освобождающія защитника отъ храненія тайны, сказаннымъ однако не исчерпываются. Защитникъ долженъ открыть тайну, когда налицо имѣются моменты высшей непредолимой силы, необыкновенныя обстоятельства, превышающія обычные человѣческіе ожиданія и разсчеты, когда рѣчь шла бы о предупрежденіи, наприм., общаго бѣдствія, опасность грозила бы всему коллективу (государству, обществу) или части его. Здѣсь оцѣнку правильности дѣйствій защитника можетъ дать только совокупность индивидуальныхъ обстоятельствъ казуса [3]).

---

[1]) Finger, ib.

[2]) Ему придется считать себя жертвой того, что—по выраженію Э. Ожешко—„бываютъ такія положенія, которыя замыкаютъ уста."

[3]) Принятый германской доктриной и RG критерій „высшихъ интересовъ", диктующихъ обязанность открытія тайны, когда оно zur Wahrnemnng berechtigter privaten oder öffentlichen Interessen erforderlich war und dabei die sich gegenüberstehenden interessen pflichtmässig berücksichtigt worden wird, и признанный вполнѣ удовлетворительнымъ въ области врачебной тайны („das ärztliche Beratsgeheimniss und Schweigepflict", см. Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtssprechung, 1925, S. 58 ff.), слишкомъ широкъ и мало пригоденъ, что касается уголовныхъ защитниковъ.

Наконецъ, случай необязательности сохраненія тайны, коренящійся уже не въ требованіяхъ публичнаго характера, а въ области интересовъ субъективныхъ, даже эгоистическихъ самого защитника (sacro egoizmo), это тотъ, когда послѣднему необходимо открыть тайну для защиты себя отъ обвиненія уголовнаго или дисциплинарнаго, особенно, если таковое возбуждено тѣмъ лицомъ, о тайнѣ котораго идетъ рѣчь. Въ этомъ случаѣ нельзя заставить защитника жертвовать своими благами, своей честью, своими законными личными интересами, какого бы то ни было свойства, ради другого. Это, такъ сказать, неписанное правило человѣческой морали и человѣческой психологіи [1]). Обыкновенные матеріальные интересы защитника не даютъ ему достаточнаго повода къ раскрытію ввѣренной тайны. Иллюстрація: кліентъ сообщилъ нѣкоторыя конфиденціальныя свѣдѣнія относительно совершенныхъ имъ актовъ фиктивнаго переукрѣпленія имущества, во избѣжаніе платежа долговъ, своему защитнику. Черезъ нѣкоторое время самъ защитникъ оказывается въ положеніи кредитора этого злостнаго должника по выданному послѣднимъ ему долговому документу: защитникъ не можетъ воспользоваться помянутыми свѣдѣніями для реализаціи своей претензіи.

Въ отношеніи свидѣтельства на судѣ защитникъ свободенъ отъ отвѣтовъ о признаніяхъ, сдѣланныхъ ему довѣрителями во время производства дѣла о нихъ, и не можетъ допрашиваться по этимъ предметамъ. Сколь ни желательно было бы распространить воспрещеніе свидѣтельствовать и на другія дошедшія до защитниковъ тайны обвиняемыхъ, но этому препятствуетъ категорическій смыслъ упомянутыхъ нормъ закона [2]), содержащихъ въ себѣ точно индивидуализированное велѣніе объ освобожденіи отъ свидѣтельства только по предмету „признанія“. Законъ создаетъ тѣмъ самымъ,

---

[1]) Безъ этого, помимо всего прочаго, „недобросовѣстный кліентъ могъ бы дойти до „вопіющихъ несправедливостей“ (заключеніе генеральнаго прокурора въ кассаціонномъ судѣ Франціи: Appelton, Traité de la profession d'avocat, p. 373). Кое-что по данному предмету—см. у Finger'a, Die kunst'a des Rechtsanwalts, 1912, S. 238 и Appelton'a, ib.

[2]) (Стт. 93 и 704 Уст. Уг. Судопр.)

несомнѣнно, конкретное изъятіе, смыслъ котораго недопустимо искусственно расширять привлеченіемъ на помощь содержащейся въ Учр. Суд. Установленій [1]) общей директивы о храненіи тайнъ. Это—серьезный, существенный пробѣлъ, котораго не въ состояніи окончательно исправить даже дисциплинарная практика адвокатскихъ организацій, хотя она и усваиваетъ гораздо болѣе широкій взглядъ на данный предметъ, чѣмъ дѣйствующій законъ. Напротивъ, по германскому праву защитники вправѣ отказаться отъ дачи показаній über das, was ihnen in dieser ihrer Eigenschaft anvertraut ist, что надо понимать въ томъ смыслѣ, что они управомочены не давать свидѣтельства о томъ, что когда бы то ни было и отъ кого бы то ни было (не только отъ обвиняемаго) довѣрено имъ по отправленію ими обязанностей своихъ [2]).

Тайна, хранить которую обязанъ защитникъ, должна непосредственно относиться къ данному дѣлу, переданному защитнику. Нѣтъ, напр., особой обязанности хранить тайну объ убійствѣ, сообщенную по дѣлу о подлогѣ, къ которому это убійство никакого касательства не имѣетъ. Не всегда легко защитнику опредѣлить, что является для него тайной. Прежде всего тайной считается все, что въ качествѣ таковой сообщено защитнику. При отсутствіи этого защитникъ руководствуется общимъ критеріемъ здраваго смысла и житейскихъ отношеній. Безразлично, кѣмъ именно передана тайна: обвиняемымъ, его родственникомъ или другимъ лицомъ (и вообще, какимъ образомъ тайна дошла до защитника). Нельзя не только огласить тайну, еще никому невѣдомую, но и такую, которую кто-либо уже знаетъ, развѣ бы оглашаемое обстоятельство стало общеизвѣстнымъ. Наконецъ, обязанность храненія тайны, со всѣми изложенными послѣдствіями, распространяется на всякаго защитника, т. е. не только на члена адвокатуры, но и на постороннихъ лицъ [3]). Это прямо вытекаетъ у насъ изъ совокупнаго смысла приведенныхъ законовъ [4]). Коль скоро лицо допущено къ веденію защиты, оно въ этомъ качествѣ ничѣмъ не отличается отъ защитника—присяжнаго

---

[1]) 403 ст.

[2]) См. Bayer, op. cit., S. 52, Strafprozessordnung, § 53.

[3]) Срвн. Bayer, op. cit., S. 53.

[4]) Стт. Уг. Улож., Учр. Суд. Уст. и Уст. Уг. Судопр. (также 44 ст. послѣдняго).

повѣреннаго или иного такого представителя обвиняемаго [1]). Только тѣ лица изъемлются изъ дѣйствія нормъ о сохраненіи тайны, которыя выступаютъ за обвиняемаго въ качествѣ законныхъ его репрезентантовъ, по праву семейственному и проч., т. е. родители, опекуны. Имъ всякаго рода тайны довѣряются зависимыми отъ нихъ лицами не какъ призваннымъ къ защитѣ даннаго дѣла, а какъ общимъ представителямъ правъ и интересовъ.

Такъ какъ обязанность храненія тайны относится къ существу отношенія между защитникомъ и подзащитнымъ, то послѣдній вправѣ освободить защитника отъ этой обязанности. Въ такомъ случаѣ никакой связанности тайной у защитника не будетъ. Иного мнѣнія держатся французскіе юристы, исходя изъ того, что „le secret professionel tient a l'ordre public“ и что если бы достаточно было освобожденія защитника со стороны кліента, то согласіе послѣдняго было бы всегда вынужденнымъ вслѣдствіе страха передъ тѣмъ подозрѣніемъ, которое могъ бы вызвать его отказъ“ [2]).

Въ связи съ вопросомъ о свидѣтельствѣ стоитъ вопросъ объ арестѣ и секвестрѣ предметовъ, документовъ и бумагъ, находящихся у защитника по долгу его служенія. Само собою разумѣется, что поскольку защитникъ освобожденъ отъ дачи показанія на судѣ, онъ свободенъ также отъ выдачи предмета или документа, довѣреннаго ему кліентомъ. Это правило выражено въ германскомъ законѣ [3]), согласно которому лицо, имѣющее право отказываться отъ свидѣтельскаго показанія, освобождается отъ выдачи предмета, находящагося въ сферѣ его охраны (in seinem Gewahrsam). Однако, принципъ не выдержанъ въ Германіи вполнѣ, ибо рядъ правилъ, регулирующій порядокъ обыска и выемки, исклю-

---

[1]) Contra Appleton, Traitè, p. 370.

[2]) Appleton, Traitè, p. 371. Добавимъ къ сказанному, что въ тѣхъ случаяхъ, когда защитникъ не связанъ тайной и долженъ, какъ и всякій гражданинъ, свидѣтельствовать на судѣ, онъ не можетъ быть отъ этого освобожденъ тѣмъ фактомъ, что впослѣдствіи онъ избранъ или назначенъ именно защитникомъ. Противное, какъ справедливо указывалось въ юридической литературѣ, открыло бы дверь злоупотребленіямъ, такъ какъ этимъ путемъ могли бы быть устраняемы изъ дѣла эвентуально важные свидѣтели.

[3]) Strafprozessordnung, § 95.

ченій для защитника не дѣлаетъ [1]). Охраняется особо переписка защитника съ кліентомъ, которая подвергается аресту у защитника лишь тогда, когда самъ защитникъ подозрѣвается въ участіи, содѣйствіи или сокрытіи (Teilname, Bngürstigung oder Hehlerei). Французскій законъ никакихъ прямыхъ изъятій изъ начала неприкосновенности здѣсь ни для кого не устанавливаетъ. По нашему праву, бумага, довѣренная защитнику съ условіемъ сохраненія ея въ тайнѣ, не можетъ быть истребована отъ него на общемъ основаніи. Но слѣдователь вправѣ „разсмотрѣть" такую бумагу совмѣстно съ защитникомъ („присяжнымъ повѣреннымъ"). Когда въ результатѣ осмотра окажется необходимымъ отобрать эту бумагу, слѣдователь можетъ это сдѣлать [2]). Такимъ образомъ отъ „тайны" весьма мало остается. Единственная гарантія—это отсутствіе у слѣдователя права дѣлать выемки безъ участія (конечно, рѣчь идетъ не о согласіи) защитника. На практикѣ случаи выемки всякихъ предметовъ, документовъ, переписки и т. п., переданныхъ защитнику довѣрительно кліентомъ весьма нерѣдки. Нерѣшительность закона вытекаетъ изъ недовѣрія къ защитникамъ; интересы защиты явно отдаются въ жертву интересамъ уголовной репрессіи.

Однако нельзя идти такъ далеко въ опекѣ кліента, чтобы уничтожать акты его собственной воли, и если онъ категорически отказывается отъ своего права, прямо разрѣшая защитнику открыть то, что онъ ранѣе считалъ тайной, никакой законъ, никакой „публичный интересъ" не можетъ заста-

---

[1]) §§ 102—108.

[2]) По строгимъ принципамъ обвинительнаго процесса, обвиняемый, являющійся субъектомъ, а не объектомъ изслѣдованія, не обязанъ ни выдавать документы, уличающіе его, ни сообщать свѣдѣнія, вредныя ему по дѣлу, на немъ не лежитъ Editionspflicht. Еще римское право утверждало: „Qui accusare volunt, prolationes habere debent, cum neque juris neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat L. 4, Cod., 2, 1. Однако сторонники аккузаторнаго процесса должны были убѣдиться въ несовмѣстимости многихъ изъ ихъ „горделивыхъ" теоретическихъ идей съ практикой жизни и сдѣлать ей уступки. Одной изъ первыхъ уступокъ идеѣ „самостоятельности въ процессѣ" подсудимаго было предоставленіе права всякихъ выемокъ у обвиняемаго и подозрѣваемаго. Но, какъ бы то ни было, на одну линію съ подсудимымъ и „частными лицами" нельзя поставить въ данномъ случаѣ защитника. Это было бы полной сдачей позиціи обвинительнаго начала и возвратомъ къ старой инквизиціи.

вить считать такое открытіе неправильнымъ. Конечно, отсюда изъемлются случаи всякаго принужденія или иного злоупотребленія со стороны защитника, получающаго согласіе кліента на открытіе тайны. Возможный же „страхъ" кліента передъ подозрѣніями здѣсь рѣшающей роли не играетъ, тѣмъ болѣе, что на практикѣ подзащитный вовсе не оказывается въ такомъ положеніи, что ему приходится выбирать, и его согласіе имѣетъ основаніемъ обыкновенно совершенно иные мотивы, чѣмъ „страхъ".

Въ проблемѣ храненія защитникомъ тайны своего кліента всего болѣе сказалась коллизія между публично-правовыми притязаніями государства и свободой гражданина. Законъ упорно стремится выдвинуть впередъ оффиціальные моменты, а жизнь, напротивъ, пробиваетъ дорогу для моментовъ индивидуальныхъ, для правъ личности.

Изъ всего изложеннаго вытекаетъ, что и по нашему закону защитникъ—особый представитель обвиняемаго, дѣйствія котораго всегда и вполнѣ идутъ параллельно интересамъ, волѣ и желаніямъ довѣрителя. Въ этихъ отношеніяхъ нѣтъ ясно выраженныхъ слѣдовъ публичной дѣятельности защитника, вопреки мнѣнію Случевскаго [1]), а также, отчасти, Фойницкаго [2]). По указанію Случевскаго, „обвиняемый свободенъ въ предъявленіи тѣхъ доводовъ, которые выставляетъ онъ въ свою пользу, несмотря на степень ихъ предосудительности, онъ ни въ коемъ случаѣ не можетъ также быть подвергнутъ отвѣтственности за ложное на судѣ показаніе... Иначе стоитъ отвѣтственность защитника за учиняемыя имъ дѣйствія по защитѣ" [3]). Съ этими разсужденіями трудно согласиться. Поскольку рѣчь идетъ о доводахъ и соображеніяхъ, относящихся къ существу защиты, ни самъ обвиняемый, ни его защитникъ никакой отвѣтственности не несутъ, сколько бы предосудительными таковые ни казались. „Показаній" защитникъ на судѣ не даетъ. Что же касается ложныхъ заявленій суду, то они одинаково не допустимы, исходятъ ли они отъ защитника

---

[1]) Учебн. русск. уг. проц., 1895 г., стр. 276.

[2]) Курсъ, стр. 77.

[3]) ib., стр. 266, 267.

или отъ самого обвиняемаго. Это относится къ общей оцѣнкѣ поведенія на судѣ участниковъ процесса, съ той только разницей, что защитникъ за такія дѣйствія можетъ быть устраненъ отъ исполненія своей функціи, чего нельзя сказать объ обвиняемомъ, и что профессіональный защитникъ—адвокатъ несетъ отвѣтственность за прямую ложь передъ дисциплинарнымъ органомъ. Примѣры: завѣдомо ложное заявленіе, что свидѣтель боленъ и явиться въ судъ не можетъ, такое же (завѣдомо ложное) заявленіе о своей собственной болѣзни и пр. и пр. [1]).

Если бы воля и желанія обвиняемаго имѣли обязательное для защитника значеніе, указываетъ Случевскій, то могла бы существовать только одна категорія защитниковъ—защитниковъ по избранію, а между тѣмъ... законъ требуетъ, чтобы по извѣстной категоріи дѣлъ, въ указанныхъ закономъ

---

[1]) Сколь часто повторяютъ о необходимости для защитника выступать безъ забрала, стоять на уровнѣ точной истины и т. д. При этомъ забываютъ, что даже судьи не всегда въ состояніи прочно держаться этой идеальной рыцарской правдивости, будучи вынуждены порою скрывать свои мысли и даже симулировать ихъ. Это сказывается, между прочимъ, въ оффиціальныхъ мотивахъ, которые, какъ извѣстно каждому практику, весьма часто расходятся съ тѣмъ, что дѣйствительно думали и чувствовали судьи и чѣмъ они фактически руководились при постановленіи приговора. Принципъ „относительности" господствуетъ въ судейской работѣ. Нерѣдко судьи, постановляя приговоръ, еще не задумываются надъ тѣмъ, какъ они его будутъ обосновывать, а поддаются, такъ сказать, „интуиціи" и лишь затѣмъ стараются „подобрать" подходящіе мотивы. Даже лучшіе судьи по ихъ же собственному удостовѣренію поступаютъ въ своей профессіи такъ, что по выясненіи фактической сущности дѣла, свободно и безъ сообразованія заранѣе съ какими-либо предписаніями закона даютъ дѣйствовать на себя фактамъ". См. объ этомъ—П. Люблинскій. Техника, толкованіе и казуистика уголовнаго кодекса, 1917, стр. 193). Было время, когда въ Европѣ и въ Россіи замѣчалась какая-то смутная тенденція бороться съ явленіемъ, несомнительно обнаруживающимся на практикѣ, расхожденія истинныхъ мотивовъ судьи съ формальными, изложенными въ приговорѣ. Но такая борьба, конечно, ни къ чему привести не могла, ибо она шла противъ „природы" человѣка, котораго нельзя заставить всегда и во всемъ обнажать свои думы и мысли до конца. Между тѣмъ въ широкой публикѣ мишенью служитъ именно „неискренность защитника, его пристрастное отношеніе" къ своему кліенту. Та же публика не говоритъ даже о „пристрастности прокурора" къ своему обвиненію, хотя и это явленіе не столь рѣдкое. Защитникъ подвергается нападкамъ потому, что его дѣятельность обыкновено болѣе интенсивна на судѣ, чѣмъ, напр., дѣятельность прокурора, и болѣе бросается въ глаза; публика же не углубляется въ суть дѣла, а судитъ часто по поверхностнымъ даннымъ.

судахъ, въ случаѣ, если бы подсудимый не избралъ себѣ защитника, таковой назначался предсѣдателемъ, не обязаннымъ при этомъ руководствоваться желаніями подсудимаго [1]). Но назначеніе, какъ мы уже видѣли, относится къ способамъ и средствамъ обезпеченія обвиняемаго защитникомъ и нисколько не измѣняетъ существа отношеній между нимъ и подзащитнымъ. Наконецъ, указаніе, что „назначеніе защитника можетъ произойти даже противъ воли подсудимаго, что немыслимо было бы допустить закону, если бы онъ желалъ установить полное отождествленіе личности подсудимаго и его защитника въ уголовномъ дѣлѣ“ [2]),—когда бы и имѣло нѣкоторое значеніе, то лишь для странъ, въ которыхъ подобнаго рода принудительная для обвиняемаго защита допускается закономъ (такихъ странъ немного и „непроизвольная защита“ въ нихъ весьма ограничена), но не у насъ, гдѣ ни о какой защитѣ противъ воли подзащитнаго вообще не можетъ быть и рѣчи [3]).

Фойницкій, съ своей стороны, полагаетъ, что „если бы воля подсудимаго была признана бесусловно обязательной для защитника, то общественное значеніе защиты было бы тѣмъ самымъ уничтожено, и защитникъ явился бы простымъ доводчикомъ обвиняемаго, его частнымъ повѣреннымъ“ [4]).

---

[1]) ib., стр. 277.

[2]) Случевскій, ib.

[3]) Назначеніе кому-либо защитника вопреки выраженному имъ желанію представляется вторженіемъ въ сферу его персональныхъ правъ и не въ состояніи найти себѣ какое-либо оправданіе при современномъ взглядѣ на личное самоопредѣленіе и личную свободу, на какіе бы абстрактные интересы правосудія тутъ ни старались опираться. Только по дѣламъ о несовершеннолѣтнихъ, отъ десяти до семнадцати лѣтъ, по нашему закону, въ случаѣ неизбранія защитника подсудимымъ или его законными представителями, предсѣдатель суда назначаетъ защитника „и помимо просьбы о томъ самого подсудимаго или родителей, либо лицъ, на попеченіи коихъ онъ состоитъ“ (Уст. Уг. Судопр., ст. 566). Это изъятіе, сдѣланное для болѣе слабаго возраста, не подлежитъ, конечно, распространенію ни въ какой мѣрѣ на лицъ полнолѣтнихъ. Можно упомянуть еще, что на окраинахъ бывшей Россіи (по малоразвитости населенія) законы опредѣляли подсудимому защитника „даже безъ его просьбы“, если онъ не имѣлъ своего по избранію (Уст. Уг. Судопр., стт. 1369, 1400, 1430, 1469).

[4]) Курсъ, стр. 77.

Но то же самое можно было бы сказать и по адресу повѣреннаго въ гражданскомъ процессѣ. Тѣмъ не менѣе на самомъ дѣлѣ ни въ гражданскомъ, ни въ уголовномъ дѣлѣ о безусловной обязательности воли довѣрителя для повѣреннаго не можетъ быть рѣчи не по какимъ-либо принципамъ „общественнаго" свойства, а потому, что это противорѣчило бы личному достоинству повѣреннаго, а отчасти и задачамъ процесса. Фойницкій не указываетъ ни одного сколько-нибудь серьезнаго случая, когда расхожденіе воли защитника съ волей обвиняемаго вело бы къ торжеству первой, по закону. „Защитникъ можетъ огласить факты интимныхъ связей подсудимаго, если это можетъ служить къ смягченію участи подсудимаго и разъясненію дѣла, даже вопреки желанію своего кліента", объясняетъ Фойницкій. Несомнѣнно, однако, что такое оглашеніе, если бы оно имѣло мѣсто, было бы отнюдь не правомъ защитника, а нарушеніемъ его долга въ отношеніи своего кліента. Не странно ли, что обвиняемый желаетъ скрыть какую-либо личность, а защитникъ выдаетъ ее суду? Сидящій на скамьѣ подсудимыхъ не намѣренъ скомпрометировать ту или иную особу, женщину и пр., рыцарски принимаетъ на себя отвѣтственность за это, а его защитникъ услужливо выкладываетъ все суду, игнорируя настроенія и чувства своего кліента! Самъ Фойницкій указываетъ, въ дальнѣйшемъ, каковы должны быть фактически результаты расхожденія. Именно: „На всѣхъ, т. е. на защитникахъ, какъ назначаемыхъ, такъ и подставляемыхъ, лежитъ обязанность предупредить подсудимаго о предположеніяхъ ихъ, расходящихся съ его (обвиняемаго) желаніемъ, при чемъ если подсудимый не раздѣляетъ ихъ, то ему принадлежитъ право просить о назначеніи или пригласить другого защитника" [1]). Это, по нашему мнѣнію, лучшее доказательство того, что защитникъ ведетъ дѣло въ согласіи съ желаніями обвиняемаго или, какъ можно смѣло выразиться, „служитъ" его интересамъ, — въ субъективномъ пониманіи таковыхъ, съ точки зрѣнія подзащитнаго. Выходъ изъ могущаго создаться затруднительнаго положенія—возможность не только отказа обвиняемаго отъ защитника, но отказъ самого защитника,

---

[1]) ib.

при чемъ ничего удивительнаго не было бы, если бы объ освобожденіи отъ защиты вынужденъ былъ просить, при такомъ положеніи, и назначенный защитникъ [1]).

Не мѣшаетъ добавить, касательно всевозможныхъ коллизій, что нынѣшній уголовный судъ, полу-розыскной и полу-состязательный, имѣющій дѣло съ реальными методами изслѣдованія вины („Wirklichkeit"), вообще въ состояніи предпринимать извѣстныя процессуальныя дѣйствія противъ воли и обвиняемаго, и защитника, и обвинителя [2]). Принципъ реальнаго исканія приводитъ, между прочимъ, къ тому, что защитникъ не допускается къ нѣкоторымъ дѣйствіямъ и актамъ, которые выполняетъ самъ обвиняемый. Такъ, на во-

---

[1]) Право отказа отъ защиты отвѣчаетъ общему началу о правѣ повѣреннаго отречься отъ довѣренности. Правомѣренъ ли такой отказъ въ отношеніи кліента, какъ манданта, это другой вопросъ. Конечно, отрекшійся отъ веденія защиты безъ достаточнаго основанія можетъ оказаться нарушителемъ соглашенія мандата. При наличности достаточныхъ основаній отказъ долженъ быть квалифицируемъ какъ правомѣрный, по началамъ невозможности исполненія. Для назначеннаго защитника увольненіе отъ обязанностей (до окончанія защиты) происходитъ тѣми же путями, что и назначеніе, т. е., у насъ—властью и усмотрѣніемъ суда. Сказаннымъ дается отвѣтъ на вопросъ (риторическій) Appelton'a: „Estce en vertu du contrat que l'avocat conserve le droit de renoncer aprés coup à plaider une cause qu'il avait d'abord acceptée? (op. cit. p. 402, см. также 397 s.) Въ отношеніи contrat que lie l'avocat à son client, нѣтъ надобности, думается, прибѣгать, къ искусственнымъ конструкціямъ „opération de service public" „opération auxiliaire du service de la justice" etc., какъ то дѣлаетъ французскій авторъ.—По нѣкоторымъ законодательствамъ, напр., германскому, обвиняемый имѣетъ право домогаться возстановленія сроковъ обжалованія, пропущенныхъ его защитникомъ безъ его вины. Свидѣтельствуетъ ли такое индивидуальное правило о „публичномъ характерѣ" защиты и объ отсутствіи прямой юридической связи между дѣйствіями защитника и правами подзащитнаго? Это скорѣе особый favor къ обвиняемому, который вообще не долженъ терпѣть наказаніе или иныя невыгодныя послѣдствія уголовнаго суда по винѣ кого бы то ни было третьяго, въ томъ числѣ и своего защитника. Указанное право не принадлежитъ прокурору, хотя онъ, несомнѣнно, представляетъ „публичные интересы". Въ Германіи не мало сторонниковъ этой привилегіи обвиняемаго (Schwarze, Löwe и др.), ссылающихся на то, что здѣсь идетъ рѣчь о незамѣнимыхъ правахъ человѣка. Но есть и противники: Lohn, Thilo, и др., см. у Cahn'a, op. cit., S. 35. Нашъ Уставъ этого изъятія изъ общихъ нормъ для обвиняемаго не признаетъ (хотя въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ оно оказывается необходимымъ).

[2]) См. Lilienthal, Strafprozessrecht, 1923, S. 26.

просы, касающіеся фактическихъ данныхъ и обстоятельствъ, отвѣтъ даетъ лично подзащитный, такъ какъ эти данныя и обстоятельства не могутъ быть хорошо извѣстны защитнику [1]).

Отношеніе защитника къ общему закону и къ коллективу (государству) опредѣляется больше отрицательно, чѣмъ положительно. Защитникъ не долженъ нарушать уваженія къ существующему правопорядку и къ суду. Защищая и охраняя права своего кліента, онъ не долженъ обходить ни общихъ законовъ, уваженіе къ которымъ составляетъ непремѣнный долгъ защитника и его профессіональной дѣятельности, ни правилъ нравственности и чести, не долженъ прибѣгать для достиженія цѣли къ противозаконнымъ средствамъ, хотя бы этого прямо требовалъ отъ него кліентъ [2]). Въ дѣлѣ интерпретаціи правовыхъ нормъ защитникомъ не можетъ руководить иной принципъ, какъ только принципъ объективнаго пониманія, хотя въ первую очередь онъ обращаетъ вниманіе на сторону интерпретаціи, благопріятную для подзащитнаго, не посягая на букву и смыслъ дѣйствующаго закона [3]). Разумѣется, какіе-либо предустановленные точные мѣрки и пріемы здѣсь неумѣстны, да и немыслимы. Уваженіе къ суду понимается въ двоякомъ смыслѣ. Во-первыхъ, защитникъ, какъ своего рода органъ правосудія, хотя въ

---

[1]) Это, послѣднее, впрочемъ, даже не исключительное свойство уголовнаго процесса: гражданскій процессъ также стремится расширить право суда на непосредственныя сношенія съ самими тяжущимися.

[2]) Арсеньевъ, Замѣтки о русской адвокатурѣ, 1875 стр. 179, рѣш. СПБ. Сов. прис. пов. 1892/93—15, Моск. 1889/90—115, 1886/87—17, Моск. 1887/88—126; Марковъ, Правила адвокатской профессіи въ Россіи, стр. 215, 217. Ему принадлежитъ самое широкое право критики и оцѣнки дѣйствій правительства, администраціи, судебныхъ органовъ, производившихъ разслѣдованіе и пр., и частныхъ лицъ. „По словамъ закона (Уст. Уг. Суд. ст. 745), защитнику воспрещается не оцѣнка дѣйствій должностныхъ лицъ, участвовавшихъ въ производствѣ дѣла, а лишь нарушеніе должнаго къ нимъ и вообще къ установленнымъ властямъ уваженія, въ чемъ различіе очевидно." Рѣш. уг. деп. Сената 1868 г. № 577. Критерій здѣсь только одинъ—польза дѣла или—какъ это формулировало еще римское право даже для гражданскихъ дѣлъ—non ultra quam litium pascit utilitas (См. наставительныя разсужденія Московскаго Совѣта прис. пов. 1884/85—111, у Маркова, Правила адвокатской профессіи, стр. 220, 221).

[3]) Срвн. Случевскій, Учебникъ русскаго угол. процесса, стр. 276.

условномъ значеніи, долженъ держаться въ своемъ поведеніи на судѣ уровня, соотвѣтствующаго его званію и положенію. Пониженіе этого уровня отразилось бы неблагопріятно на достоинствѣ суда и почтеніи къ нему [1]). Во-вторыхъ, защитникъ обязанъ непосредственно соблюдать респектъ и почтеніе къ суду и къ составу суда, передъ которымъ онъ выступаетъ. Нѣтъ, казалось бы, ничего болѣе отраднаго и утѣшительнаго для судебнаго дѣятеля, какъ зрѣлище царствующаго между судомъ и защитникомъ согласія и благожелательства. Въ такой атмосферѣ представляется болѣе доступнымъ и взаимное пониманіе и приближеніе къ истинѣ. Но—и это слѣдуетъ подчеркнуть—не отъ одного защитника требуется уваженіе: его долженъ оказывать въ равной мѣрѣ и судъ, не считаясь съ тѣмъ, кто именно въ данную минуту исполняетъ роль защитника [2]). Законъ даетъ суду (предсѣдателю) право устройства общаго порядка въ засѣданіи и наблюденія за правильнымъ ходомъ дѣла, стало быть, и за поведеніемъ участниковъ, въ томъ числѣ и защитника. Предсѣдатель или первоприсутствующій вправѣ, слѣдя за тѣмъ, чтобы всѣ находящіеся въ публичномъ засѣданіи судебнаго мѣста соблюдали „правила благопристойности, порядокъ и тишину", дѣлать защитнику предостереженіе и выговоры за нарушеніе порядка, а также за непристойное поведеніе въ отношеніи противника, при повтореніи же нарушенія, удалять его изъ присутствія [3]). (Практикуемое лишеніе защитника слова, безъ удаленія его изъ присутствія, неправильно: такой дисциплинарной мѣры законъ не знаетъ). Поскольку защитникъ остается на почвѣ исполненія своихъ функцій, поскольку дѣйствія и слова его не выходятъ изъ границъ защиты, не касаются „обстоятельствъ, не имѣющихъ

---

[1]) Срвн. Chase, Blacstone's Commentairies of the law of England, 1926, p. 993, гдѣ трактуется даже о „соотвѣтственномъ" поведеніи защитниковъ (адвокатовъ) и внѣ суда. Недопустимы для нихъ акты явнаго непочтенія къ суду, какъ таковому, и все то, что creats among the people a disgust against the courts themselves. (Въ такомъ смыслѣ и бельгійская практика).

[2]) Здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, вполнѣ примѣнимо замѣчаніе, сдѣланное германскимъ министромъ юстиціи Koch-Weser на Съѣздѣ юристовъ въ Зальцбургѣ: „Das Wichtigste an der Rechtsflege ist die Persönlichkeit des Richters."

[3]) Учрежд. Суд. Уст., стт. 154—158.

никакого отношенія къ дѣлу“ [1]), онъ не долженъ быть останавливаемъ судомъ, сколь бы суду такое его выступленіе ни казалось ненужнымъ или безцѣльнымъ по существу. Судъ говоритъ резолюціями, а не замѣчаніями во время разбирательства [2]).

Между тѣмъ и у насъ и на Западѣ слышатся часто жалобы на такое обращеніе суда съ защитникомъ, которое не

[1]) Уст. Уг. Суд., ст. 745.

[2]) Мы знали предсѣдателя, который по каждому поводу останавливалъ защитника: „Это лишнее, объ этомъ Вы уже говорили, это не относится къ дѣлу“ и пр., не уясняя себѣ, что собственно защитникъ исполняетъ на судѣ свои функціи такъ же, какъ судья свои, по мѣрѣ своего разумѣнія, и что остановить защитника можно не по произволу, а лишь тогда, когда самъ законъ даетъ на это право. Однажды этотъ предсѣдатель прервалъ защитника замѣчаніемъ: „Дѣло уже достаточно ясно“, на что защитникъ ему возразилъ: „Благоволите сказать, въ чью пользу ясно, если въ пользу подсудимаго, я сейчасъ же кончаю рѣчь, но если въ пользу обвиненія, я буду продолжать.“ О такомъ же приблизительно казусѣ, имѣвшемъ мѣсто въ парижскомъ судѣ, сообщается у Фойницкаго. Приходятъ на память знаменитыя слова Плинія Младшаго, который писалъ, что, исполняя обязанности судьи, онъ даетъ оратору „столько воды, сколько тотъ проситъ“ (въ Римѣ въ то время полагалось ограниченіе для краснорѣчія, заключавшееся въ томъ, что для рѣчей сторонъ судъ могъ опредѣлять максимумъ времени, послѣднее же измѣрялось, какъ и въ Греціи, водяными часами—клепсидрой). „Хотя часто говорятъ излишнее, но лучше, чтобы и это было сказано, чѣмъ чтобы не было высказано необходимое. При томъ же, пока не выслушаешь, нельзя сказать, что излишне и что нѣтъ“. Дигесты прямо предписывали терпѣливо выслушивать ораторовъ на судѣ: Circa advocatos patientem esse procensulem opportet, Dig., L. I, t. XVI, f. 9. § 2. (См. Васьковскій, Организація адвокатуры, I, стр. 54). Одна русская Судебная Палата писала въ мотивахъ къ приговору, что она потому отклонила допросъ новыхъ свидѣтелей, что у нея уже составилось въ дѣлѣ полное убѣжденіе, котораго не могли бы измѣнить свидѣтели, независимо отъ содержанія ихъ показаній. Сенатъ отмѣнилъ этотъ приговоръ, указавъ, что сначала нужно было допросить свидѣтелей, а затѣмъ уже разсуждать о способности ихъ вліять на убѣжденіе суда. Аналогично этому весьма нерѣдко ошибочно думаетъ судъ, что создавшееся у него мнѣніе по дѣлу не поколеблетъ защитникъ, „что бы онъ ни говорилъ“. Между тѣмъ нужно выслушать защитника до конца, чтобы судить, насколько сказанное имъ относится къ дѣлу и имѣетъ значеніе для рѣшительнаго заключенія суда. По французскому закону—декретъ отъ 30 марта 1808 г.—„lorsque les juges trouveront qu'une cause est Suffisoment éclaircie, le président devra faire cesser les plaidoiries.“ Этой мѣрой рѣдко пользуются во Франціи, кромѣ того, для примѣненія ея необходимо, чтобы судьи, т. е. единогласно всѣ засѣдающіе магистраты, изъ которыхъ каждый имѣетъ индивидуальное право быть вполнѣ освѣдомленнымъ, признали, что „дѣло достаточно выяснено“ (Appleton, Traité de la profession d'avocat, 1928, p. 309).

сотвѣтствуетъ ихъ званію и положенію и роняетъ ихъ въ глазахъ кліентовъ и публики. Бывали неоднократно случаи оставленія защитникомъ залы засѣданія вслѣдствіе чрезмѣрныхъ стѣсненій со стороны предсѣдателя суда, чрезмѣрныхъ ограниченій правъ защиты, находившіе не только оправданіе, но и одобреніе со стороны Совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ (Петербургскаго, Московскаго и др.). Въ частности, разъяснено было, что если способъ обращенія предсѣдателя съ защитникомъ является грубымъ и неприличнымъ, замѣчанія его дѣлаются въ рѣзкой несоотвѣтствующей достоинству суда формѣ, то защитникъ не долженъ терпѣть того унизительнаго обращенія, но обязанъ заявить суду о невозможности продолжать при подобныхъ условіяхъ защиту и, сложивъ съ себя обязанности защитника, удалиться изъ залы судебнаго засѣданія“ [1]). Пусть имѣются отдѣльные защитники, бравирующіе своей ролью, задѣвающіе свидѣтелей, прокурора и даже судъ, сбивающіе свидѣтелей съ толку и пр.; распространить odium defensionis на всѣхъ защитниковъ, подчинивъ ихъ какой-то специфической карательной власти суда, нѣтъ правильнаго основанія. Защитникъ въ этомъ отношеніи, т. е. въ отношеніи дисциплинарнаго воздѣйствія, не можетъ быть приравненъ къ обвиняемому. Его положеніе на судѣ должно быть такое же, какъ и публичнаго обвинителя и самихъ судей. Наставительнымъ является слѣдующее правило цюрихскаго закона: „Alle bei dem Strafverfahren mitwirkenden Personen, Richter, Geschworene, Untersuchungsbeamte, Ankläger und Verteidiger sollen mit Ernst und Ruhe zu Werke gehen, weder gegen Partein noch gegen eugen sich Drohungen und Beleidigungen erlauben und sich aller Enstellungen der Wahrheit enthalten.“

Ни въ какомъ случаѣ не можетъ зависѣть отъ суда, рѣшающаго дѣло, защитникъ, выступающій въ процессѣ [2]). Suum cuique.

---

[1]) Рѣш. Моск. Сов. при. пов. 1903/04—481, 1902/03—84, 1892/94—38, у Маркова, Правила адвокатской профессіи, стр. 239, 241. Въ другой разъ указано было, что уходъ защитниковъ изъ залы засѣданія былъ единственнымъ возможнымъ и достаточнымъ ихъ протестомъ противъ неправомѣрныхъ дѣйствій суда, рѣш. Моск. Совѣта прис. пов. 1906/07—72, ib,, стр. 257.

[2]) Ruth, op. cit,, S. 117.

IV.

Уголовная защита съ точки зрѣнія реформы.

Обязательная защита и расширеніе ея предѣловъ. О кругѣ лицъ, имѣющихъ право заниматься уголовной защитой. Необходимость упроченія началъ равенства обвиненія и защиты. Защита до судебнаго засѣданія—на предварительномъ слѣдствіи.

Что институтъ уголовной защиты страдаетъ у насъ крупными дефектами, это не подлежитъ сомнѣнію. Его изъяны велики и чувствительны. Они обусловлены отчасти несовершенствомъ нашего уголовнаго процесса вообще, не проникнутаго въ достаточной мѣрѣ опредѣленностью и принципіальностью, отчасти нѣкоторымъ одіознымъ отношеніемъ закона къ защитнику, тѣмъ недовѣріемъ, которое защитникъ вызывалъ у нашего законодателя во всѣ времена и которое не давало возможности отвести защитнику въ уголовномъ процессѣ подобающее ему мѣсто.

Нѣкоторыя стороны нашего процесса обращаютъ на себя особое вниманіе въ этомъ отношеніи и требуютъ соотвѣтственныхъ безотлагательныхъ реформъ.

I. Не смотря на то, что нашъ законъ исходитъ изъ той истины, что защита есть „прямой интересъ общества", весьма много уголовныхъ процессовъ, даже самыхъ важныхъ, проходитъ у насъ безъ всякаго участія защитника. При отсутствіи защитника по соглашенію, таковой у насъ назначается судомъ по всѣмъ дѣламъ, разбираемымъ въ окружномъ судѣ, но для назначенія нужна просьба обвиняемаго, которая въ большинствѣ случаевъ отсутствуетъ, такъ что обвиняемый остается въ концѣ концовъ внѣ защиты. Причины такого отношенія обвиняемаго къ своимъ же интересамъ коренятся глубоко въ человѣческой психологіи. Обви-

няемые, сознающіе свою вину, не требуютъ защитника, боясь, что это сочтено будетъ за косвенное признаніе вины. Тѣ, которые чувствуютъ себя невиновными, полагаютъ, что они легко обойдутся безъ защитника, въ чемъ имъ приходится затѣмъ часто разочаровываться. „Обвиняемый, считающій себя свободнымъ отъ какой-либо вины, скорѣе всего склоненъ вести дѣло безъ защитника, вѣря въ свою правоту и въ то, что она будетъ безъ труда признана, и когда онъ увидитъ, что онъ въ этомъ ошибся, то въ большинствѣ случаевъ поздно уже просить о защитникѣ“ [1]). Ту же мысль высказывала комиссія для реформы герм. уголовнаго процесса въ своихъ разсужденіяхъ 1903 и 1905 г. [2]). По закону нашему, лишь при разсмотрѣніи апелляціонныхъ жалобъ и протестовъ въ Судебной Палатѣ, „подсудимому, не избравшему себѣ защитника, онъ назначается предсѣдателемъ Палаты, который извѣщаетъ о семъ подсудимаго“ [3]). Здѣсь, такимъ образомъ, защитникъ опредѣляется по всякому дѣлу, причемъ обвиняемый, конечно, сохраняетъ право отказаться совершенно отъ защитника или замѣнить назначеннаго избраннымъ. Такой порядокъ желателенъ былъ бы въ качествѣ общаго, съ распространеніемъ его на всѣ уголовныя дѣла, разбирающіяся въ Окружномъ Судѣ. Хотя этимъ проявлена была бы нѣкоторая спеціальная опека надъ личностью обвиняемаго со стороны государства, но она неизбѣжна въ данномъ случаѣ въ виду изложенныхъ соображеній объ инертности самого обвиняемаго, съ которой неизбѣжно приходится считаться въ данномъ случаѣ закону.

Несомнѣнно, что всѣ цивилизованныя страны пошли въ этомъ отношеніи гораздо болѣе впередъ, чѣмъ мы. Въ Германіи, напр., защита необходима во всѣхъ дѣлахъ, разбираемыхъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, а также тогда, когда обвиняемый глухъ или нѣмъ. Въ другихъ случаяхъ назначеніе можетъ послѣдовать въ зависимости отъ усмотрѣнія суда, по просьбѣ обвиняемаго или von Amtswegen, кромѣ того, для такихъ дѣлъ, въ которыхъ предметомъ разби-

---

[1]) Bayer, Die Verteidigung im Strafprozess, 1908, S. 13.

[2]) Bayer, S. 26.

[3]) См. 883 ст. Уг. Судопр.

рательства является дѣяніе, составляющее, независимо отъ рецидива, „преступленіе", назначеніе защитника обязательно, коль скоро объ этомъ заявилъ просьбу обвиняемый въ теченіе трехъ дней со дня врученія ему обвинительнаго акта. Защитникъ можетъ быть данъ уже во время предварительнаго слѣдствія [1]). Во Франціи обвиняемому, подлежащему ассизному суду и не избравшему себѣ защитника, таковой опредѣляется судомъ, a peine de nullitè de tout ce qui suivra [2]). Въ Австріи защитникъ назначается обязательно въ судѣ присяжныхъ; но и въ другихъ случаяхъ неимущему обвиняемому, по его желанію, дается защитникъ zur Aausfürung bestimter Rechtsmittel, zur Begründung des vom ihm angemeldeten Einspruchs gegen die Anklages schrift sowie für die Hauptverhandlungen vom Gericht [3]). Въ Италіи (по закону 1913 г.) на судебномъ слѣдствіи (nel guidicio) обвиняемый долженъ быть представленъ защитникомъ, a pena die nullità, по дѣламъ, влекущимъ наказаніе не ниже пяти дней ареста или 180 лиръ штрафа. Защитникъ не властенъ оставить защиту даже подъ предлогомъ, что нарушены права защиты, а если онъ это сдѣлаетъ, то назначается другой защитникъ, при отказѣ же этого второго, назначается предсѣдатель совѣта адвокатовъ, который обязанъ принять защиту или передать ее своему замѣстителю [4]).

На Западѣ государство организуетъ защиту большей частью такимъ образомъ, что ее получаетъ всякій обвиняемый, привлеченный по серьезному дѣлу. При этомъ защита предоставляется такому обвиняемому не только тогда, когда онъ не въ состояніи обрѣсти ее за деньги, по имущественному положенію своему, — одна Австрія знаетъ такъ назв. Armenvertreter, другія страны руководствуются правиломъ „Arm und reich vor dem Richter gleich",—но и тогда, когда принять защиту защитникъ почему-либо отказывается, либо когда обвиняемый не прибѣгаетъ къ ней по малоразвитости своей, по неразумѣнію и во всѣхъ иныхъ случаяхъ.

---

[1]) Strafprozessordnung, §§ 140, 141, 142.

[2]) Code d'instruction crimenelle, art. 249.

[3]) Armenvertreter, Strafprozessordnung § 41.

[4])Codice di procedura penale, §§ 73, 77.

Эта единственная правильная точка зрѣнія должна быть усвоена будущимъ закономъ и у насъ. Она вполнѣ гармонируетъ съ современными представленіями о личности и ея специфическихъ правахъ. Она—логичская консеквенція идеи равенства, сущность которой сводится не только къ формальному уравненію всѣхъ передъ закономъ, но и къ созданію тѣхъ внутреннихъ условій, при которыхъ это уравненіе могло бы найти свою реализацію. Устраненіе разительныхъ проявленій фактическаго неравенства—указывали мы въ другомъ мѣстѣ—насколько послѣднее зависитъ не отъ естественныхъ особенностей, естественныхъ дарованій и способностей человѣка, а обусловлено общественнымъ строемъ, формами организаціи — соціальный идеалъ культурнаго человѣка, для стремленія къ которому должны быть приложены творческія силы страны. И законъ, если онъ желаетъ быть орудіемъ прогресса (а таковымъ онъ по существу и долженъ быть), не можетъ не приложиться къ этой задачѣ цивилизаціи и культуры [1]). Стремленіе закона обезпечить обвиняемыхъ защитниками — только одно изъ частныхъ проявленій активнаго государственнаго вмѣшательства въ борьбу за возможное человѣческое равенство.

Лишь если обвиняемый категорически заявитъ о своемъ нежеланіи имѣть защитника, таковой не можетъ быть ему назначенъ [2]). Не справляться съ желаніемъ обвиняемаго допустимо тогда, когда онъ—малолѣтній (сирота), безумный и т. п.; такихъ обвиняемыхъ защитникъ долженъ ассистировать независимо отъ ихъ воли и притомъ даже въ менѣе серьезныхъ обвиненіяхъ. Случается, что обвиняемый бѣжитъ отъ защиты еще по особымъ, специфическимъ причинамъ, именно, вслѣдствіе, напр., религіознаго извращенія, внушающаго ему мысль о необходимости для души принятія на себя чужой вины, о непротивленіи злому, спасительности страданій и пр. Порою обвиняемому мѣшаетъ обратиться къ защитнику крайняя апатія, граничащая съ меланхоліей, навязчивыя идея—Zwangsideen и т. п. Во всѣхъ этихъ случахъ можно найти нѣкоторую аналогію съ помѣшательствомъ:

---

[1]) См. Бѣляцкинъ, Частное право въ основныхъ принципахъ, 1928, стр. 33.

[2]) Contra Ruth, op. cit., S. 37.

назначеніе защитника и здѣсь не должно было бы зависѣть (de lage ferenda) отъ воли обвиняемаго, фактически парализованной [1]).

Достигнуть того, чтобы назначеніе защитниковъ шло у насъ правильнымъ путемъ, это значитъ быть готовымъ на жертвы. Эти жертвы должно принести прежде всего само государство, ассигнуя на данное дѣло извѣстныя средства. Такія средства потребовались бы особенно тогда, когда защитникамъ приходилось бы оставлять свои мѣста для участія въ выѣздныхъ сессіяхъ. Объ опредѣніи вознагражденія назначеннымъ защитникамъ (адвокатамъ) изъ государственной кассы съ правомъ взысканія затѣмъ уплаченнаго съ самого обвиняемаго содержитъ спеціальное постановленіе герм. закона [2]). Изъ публичныхъ средствъ вознаграждается защитникъ въ нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи [3]), а также въ Австріи.

Адвокатура должна у насъ возложить на себя бремя безмездной защиты въ большей мѣрѣ, чѣмъ она дѣлаетъ это теперь, памятуя, что предоставляемое ей право на исключительное занятіе веденіемъ чужихъ дѣлъ обязываетъ, а тяжесть безплатныхъ или мало оплачиваемыхъ защитъ искупается сознаніемъ исполненнаго долга (nobile officium [4]).

---

[1]) Въ Америкѣ, въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, существуетъ такъ наз. публичная защита, осуществляемая лицами, избираемыми населеніемъ или назначаемыми судомъ спеціально для веденія дѣлъ неимущихъ обвиняемыхъ и тѣхъ, которые пожелали бы обратиться къ публичной помощи. Публичный защитникъ является должностнымъ органомъ суда и пользуется широкими правами, болѣе широкими, чѣмъ защитникъ изъ числа адвокатовъ—(П. Люблинскій, см. Фойницкій, Курсъ Уголовнаго Судопроизводства, 1915 г. изданіе, дополненное Люблинскимъ, стр. 72). Такая публичная защита не чужда всѣхъ недостатковъ „казенной защиты"; она можетъ функціонировать удовлетворительно лишь въ такой странѣ, какъ Америка, гдѣ столь силенъ общественный контроль и достаточно развито общественное мнѣніе.

[2]) Strafprozessordnung, § 150.

[3]) „Ohne weiteres bezahlt der Staat den Verteidiger", Ruth, op., cit., S. 58.

[4]) Какъ выразился когда-то Моск. Сов. прис. пов.: „Совѣтъ выводилъ и выводитъ обязательность защитъ по назначенію суда изъ положенія, занимаемаго присяжной адвокатурой, и тѣхъ обязательствъ ея передъ страною и обществомъ, въ силу которыхъ она пользуется извѣстными привилегіями",

Наконецъ, должны быть мобилизованы и общественныя организаціи, благотворительныя учрежденія и пр. Въ послѣднемъ отношеніи знаменателенъ примѣръ Англіи, гдѣ матеріальную помощь обвиняемому для приглашенія защитниковъ оказываютъ разныя установленія соціальной помощи, иногда спеціально для этого создаваемыя акціонерами. Хотя по свидѣтельству Franquevill'a эта дѣятельность оказывается недостаточной [1]), но все же въ Англіи, благодаря этой общественной отзывчивости, беззащитность обвиняемаго по сколько-нибудь крупному дѣлу—явленіе почти небывалое. Подобная общественная иниціатива была бы весьма подходящей и у насъ; она явилась бы въ сущности справедливой данью, уплачиваемой обществомъ въ пользу привлекаемыхъ по уголовнымъ дѣламъ, которые часто являются не чѣмъ инымъ, какъ жертвами общественнаго устройства и общественныхъ условій.

Самъ законъ не можетъ не примкнуть къ этому стремленію обезпечить обвиняемыхъ защитниками. Онъ долженъ проникнуться той мыслью, что въ важныхъ дѣлахъ, т. е. такихъ, которыя разбираются въ Окружномъ Судѣ или въ судѣ высшаго ранга, каждый обвиняемый, лишенный своего собственнаго защитника, получаетъ такового отъ государства, если только онъ отъ этого не отказался expressis varbis.

Рѣш. 1883/84—30: Марковъ, Правила адвокатской профессіи въ Россіи, стр. 260. Это обязываетъ адвокатуру къ „мобилизаціи силъ", къ крайнему напряженію ихъ, когда въ странѣ ощущается въ томъ надобность. Pro deo zu arbeiten und nach Massgabe unserer Kräfte ihm zu helfen, ist seit Iahrhunderten unser Amt, замѣчаетъ, между прочимъ, о безплатномъ веденіи дѣлъ Justizrat Magnus, Die Notlage der Anwaltshaft, 1930, S. 42. Не всегда члены нашей присяжной адвокатуры отдаютъ себѣ ясный отчетъ въ существѣ этой обязанности, какъ, впрочемъ, и другихъ обязанностей адвоката. Проф. Леонасъ, предсѣдатель Совѣта прис. пов. Литвы, разсказываетъ, что одинъ „коллега" признался ему, что не зналъ о воспрещеніи пріобрѣтать кліентуру черезъ агентовъ-поставщиковъ. Автору настоящихъ очерковъ пришлось убѣдиться недавно въ отсутствіи „знанія" въ другой области, пришлось услышать отъ присяжнаго повѣреннаго такое мнѣніе, что защита по назначенію—это пережито къ стараго времени и что на Западѣ „вѣроятно" такой защиты нынѣ нѣтъ, Такъ мало проникаются сознаніемъ своего долга по отношенію къ неимущимъ подсудимымъ представители адвокатуры, даже нѣкоторые болѣе позитивные! Въ этой области Совѣтамъ п. п. предстоитъ еще немало творческой работы.

[1]) (Фойницкій), см. Обяснит. Записку къ проекту новой редакціи Уст. Угол. Судопр., т. 3, 1900, стр. 90.

II. Защитникомъ въ уголовномъ дѣлѣ вправѣ выступать у насъ всякій желающій, кого изберетъ обвиняемый. На этомъ поприщѣ подвизались у насъ въ качествѣ „добровольцевъ", наряду съ лицами, движимыми общественными мотивами и любовью къ ближнему (въ видѣ рѣдкихъ исключеній), большей частью совершенно неподходящіе люди, занимающіеся эксплоатаціей правосудія и кліента ради корыстныхъ цѣлей, темные и невѣжественные, вредящіе подзащитному и дискредитирующіе судъ. На Западѣ, по общему правилу, въ уголовные защитники допускается только опредѣленный кругъ лицъ, представляющій собой достаточно гарантій знаній и добросовѣстности. Это—профессіональные, признанные адвокаты и профессора права. По Герм. Уст. Угол. Судопр. [1]), защитниками вправѣ фигурировать: die bei einem deutschen Gerichte zugelassenen Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen (подъ послѣдними разумѣются профессора и приватъ-доценты, при томъ не только университета [2]). Въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ судъ властенъ допускать и постороннее лицо, и то обычно лишь совмѣстно со „внесеннымъ". По назначенію защитниками могутъ быть также должностныя лица судебнаго вѣдомства, не состоящія судьями, и юристы (Retchskundige), выдержавшіе установленный „первый экзаменъ" für Justizdiensten [3]). Въ Австріи требованіе въ данномъ случаѣ еще строже, чѣмъ

---

[1]) § 138.

[2]) Strafprozessordnung, изд. Doerr, 1928, S. 106 f., Rosenfeld, Deutsches Strafprozessrecht, I, 1926, S. 119.

[3]) Противъ допущенія въ роли защитниковъ этихъ послѣднихъ, какъ пользующихся малымъ довѣріемъ подзащитныхъ—Bayer, op. cit., S. 46. Мотивы герм. закона (проекта 1873 г.) гласили: „Gebietet einerseits die Rücksicht auf den Beschuldigten, demselben einen möglichst weiten Kreis für die Auswahl des Verteidigers zu gewähren, so fordert anderseits die Rücksicht auf die staatlichen Ziele der Strafrechtspflege, dass nur selche Personen als Vertheidiger zugelassen werden, die eine unssere Gewähr dafür geben, dass sie die valle Einsicht in die Pflichten ihres Berufs als Vertheidiger besitzen. Noch beiden Richtungen glaubt der Entwarf in geeigneter Weise Vorsorge getroffen zu hoben". По поводу этихъ мотивовъ можно еще замѣтить, что и „интересамъ подсудимаго" не всегда отвѣчаетъ свободный доступъ всѣхъ въ кадры защитниковъ.

въ Германіи: защитникомъ не можетъ быть тотъ, кто не значится въ особомъ спискѣ, въ который вносятся, кромѣ профессіональныхъ адвокатовъ, еще нѣкоторыя другія лица, имѣющія отношеніе къ наукѣ права или судебной дѣятельности [1]). Во Франціи: Conseil de l'accusé ne pourra etre choisi par lui ou désigné pal le juge que parmi les avocats ou aveués de la cour royale (la cour d'appel) ou de son ressort, a moins que l'accusé n'obtienne du president de la cour d'assises la permision de prendre pour conseil un de ses parents ou amis [2]). Въ Италіи передъ „преторомъ" можетъ выступать въ качествѣ защитника каждый гражданинъ.

У насъ Судебные Уставы объявили избраніе защитника свободнымъ, право защищать предоставлено всѣмъ безъ разбора. Принято было за правило, что повѣренными по дѣламъ уголовнымъ могутъ быть, кромѣ профессіональныхъ адвокатовъ..., „и другія лица, коимъ законъ не воспрещаетъ ходатайства по чужимъ дѣламъ", и что этихъ постороннихъ не только можетъ избирать самъ обвиняемый, но ихъ можетъ, въ случаѣ надобности, назначать и судъ [3]). На такую точку зрѣнія сталъ и проектъ нов. ред. Уст. Уг. Судопр., находившій, что „по сравненію съ западно-европейскими процессуальными кодексами нашъ Уставъ Уголовнаго Судопроизводства содержитъ въ высшей степени цѣнное начало о предоставленіи подсудимому избирать защитника изъ широкаго круга лицъ, коимъ законъ не воспрещаетъ ходатайства по чужимъ дѣламъ" [4]). Это „цѣнное право", о которомъ говоритъ проектъ, вовсе не было какимъ-либо оригинальнымъ нововведеніемъ русскаго закона: такой порядокъ долго держался вначалѣ во всей Европѣ. Ein Freund kann fur den anderen antworten. Еще Швабское Зерцало постановляло: Ein jeglicher Mann kann Fürsprech sein in deutschen Landen, den man in seinem Rechten nicht beschelten kann. Такъ же и Carolina. Мало по малу, однако,

---

[1]) Östers. Str. Pr. Ordn., § 39, Frydmann, op, cit., S. 122 f.

[2]) Code d'instruction criminelle, art. 295.

[3]) Уст. Угол. Судопр., стт. 44, 90, 565.

[4]) См. Объясн. Зак. къ проекту нов. ред. Уст. Уг. Судопр., т. 3, 1900, стр. 98.

стало проникать то господствующее теперь въ Европѣ убѣжденіе, что защита на судѣ есть дѣло особыхъ знатоковъ—юристовъ [1]). Только Англія, со свойственнымъ ей консерватизмомъ, сохраняетъ старую форму полной свободы избранія защитника. При необычайно почетномъ положеніи суда въ Англіи и при томъ условіи, что судъ и его „высоты" тамъ вообще мало доступны для обыкновенныхъ, непосвященныхъ людей, указанный порядокъ открываетъ въ незначительной мѣрѣ свою отрицательную сущность для хода правосудія. Иное дѣло у насъ, гдѣ онъ вноситъ въ судъ дезорганизацію, вызывая неудовольствіе судей и общества.

Безспорно, желательно давать обвиняемому всѣ способы защиты, составить въ немъ убѣжденіе, что въ изысканіи имъ средствъ оправданія судъ не отклонилъ ничего и никого. Исходя изъ этого, и французскій законъ упоминаетъ, въ числѣ защитниковъ, „друзей". Практика, однако, свидѣтельствуетъ, что фактически выступаютъ всего чаще не „друзья", а тѣ же профессіоналы, не имѣющіе права на занятіе адвокатурой, дѣлающіе изъ своего промысла простой и ничѣмъ неподкрашенный торгъ, недобросовѣстные, никѣмъ не контролируемые, такъ что въ концѣ концовъ въ жертву бросаются интересы обвиняемаго, который на судѣ вмѣсто „хлѣба" получаетъ „камень" [2]). Въ лучшемъ случаѣ эти „друзья"—люди безъ опыта и знаній, люди, страдающіе „страхомъ передъ закономъ", т. е. боящіеся самаго упоминанія о законѣ (точно онъ всегда противъ нихъ). Представляется болѣе терпимымъ оставлять обвиняемыхъ безъ всякой защиты, чѣмъ давать имъ въ защитники такихъ лицъ. Да едва ли умѣстно гово-

---

[1]) Впрочемъ, еще въ древнемъ Римѣ, гдѣ вначалѣ каждый гражданинъ вправѣ былъ принять на себя защиту подсудимаго, впослѣдствіи при судахъ образованы были особыя коллегіи прошедшихъ школу и опытныхъ адвокатовъ, которые имѣли исключительныя права на выступленіе по уголовнымъ (и гражданскимъ) дѣламъ.

[2]) „Вотъ этотъ малограмотный защитникъ, произносящій теперь рѣчь—торговецъ сомнительными „товарами": Чему онъ можетъ поучать судъ и чѣмъ онъ поможетъ своему кліенту"? шепнулъ мнѣ однажды на судѣ знакомый изъ публики. И мнѣ осталось только пожать плечами въ отвѣтъ. Подобныхъ „защитниковъ" можетъ привести у насъ въ судъ даже несовершеннолѣтній подсудимый.

рить о помощи „друга“ въ уголовномъ процессѣ, гдѣ все построено на особомъ судебномъ искусствѣ, гдѣ противъ обвиняемаго выставляется обвинитель, вооруженный опытомъ, знаніями и всѣми средствами состязанія, и гдѣ обвиняемому нуженъ не добрый и близкій человѣкъ, а искушенный совѣтникъ и заступникъ, не уступающій въ авторитетности и силѣ слова обвинителю.

Нельзя допускать, ни въ интересахъ частныхъ лицъ, ни въ интересахъ правосудія, чтобы защитники обвиняемыхъ подвизались безъ отбора, безъ контроля и дисциплины. Непосвященному въ тонкости нашего закона всегда казалось страннымъ и непонятнымъ, почему представительствовать за тяжущагося въ гражданскомъ процессѣ, даже при спорѣ о самомъ мелкомъ имущественномъ интересѣ, управомочены только опредѣленныя лица, „патентованные“ адвокаты, а въ уголовномъ дѣлѣ, гдѣ рѣчь идетъ о жизни человѣка, а иногда „о чемъ-то большемъ“, въ качествѣ представителя-защитника можетъ фигурировать любое лицо [1]). Нѣкоторыя по-

---

[1]) Нетрудно предвидѣть здѣсь обычное возраженіе объ отсутствіи у насъ достаточнаго количества подготовленныхъ лицъ, именами которыхъ можно было бы наполнить листъ уголовныхъ защитниковъ. Но это возраженіе о недостаточности нужнаго персонала приводится почти по каждому значительному вопросу судоустройства и рѣшающаго значенія не имѣетъ при принципіальномъ взглядѣ на проблему. Во всякомъ случаѣ воспрещеніе обращаться къ постороннимъ лицамъ можно было бы ограничить дѣлами болѣе важными, разбирающимися въ Окружныхъ Судахъ и высшихъ инстанціяхъ. Оффиціальное опредѣленіе защитниковъ лицамъ, въ томъ нуждающимся, должно быть расширено по сравненію съ существующими правилами, допускающими лишь назначеніе присяжныхъ повѣренныхъ и благонадежныхъ кандидатовъ на должности по судебному вѣдомству (см. 566 Уст. Уг. Судопр.). Обязанность защищать по назначенію должна быть возложена не только на присяжныхъ повѣренныхъ, но и на другихъ лицъ, которыя будутъ внесены въ „листъ уголовныхъ защитниковъ“, т. е. на помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ, профессоровъ, ведущихъ уголовныя дѣла, кандидатовъ на судебныя должности. На Западѣ—за то, чтобы защитниками могли выступать Rechstkundige oder kurz gesagt nur Anwälte, высказался энергично Ruth. Поддерживая изреченіе „защитники каждой страны имѣютъ такой уголовный процессъ, какой они заслуживаютъ“, Ruth замѣчаетъ: „Darum wird auch allen Anforderungen des Parteiverfahrens nur der Staat entsprechen können, der sich auf die Lojalität die Pflicht treue und absolute Ehrenhaftikeit seiner Verteidiger verlassen kann (op., cit., S. 78, 79).

пытки ограничить кругъ лицъ, выступающихъ по уголовнымъ дѣламъ, сдѣлали узаконенія позднѣйшаго происхожденія. Именно, закономъ 16 іюня 1905 г. [1]) къ судебной защитѣ по дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ такъ называемыхъ государственныхъ и съ нимъ тѣсно связанныхъ допускаются присяжные повѣренные, ихъ помощники, частные повѣренные и старшіе кандидаты на судебныя должности [2]). Эти преступленія выдѣлены закономъ, какъ „привилегированныя", изъ числа обычныхъ. Между тѣмъ, существуютъ и другія преступленія, не менѣе важныя и сложныя, въ которыхъ также требуется опытная защита. Остается законодателю сдѣлать шагъ впередъ и распространить приведенное правило, въ нѣсколько расширенномъ видѣ, и на прочія дѣла болѣе или менѣе серьезнаго свойства. Jedem seine Bürde, jedem seine Würde [3]).

III. Внимательный наблюдатель нашего уголовнаго судопроизводства имѣетъ возможность констатировать, что въ немъ довольно значительно ущерблено начало, гарантирующее объективность приговора—равноправіе сторонъ. То, что одухотворяетъ современное производство, вливаетъ въ него жизнь, превращая его изъ процесса экзекуціи надъ обвиняемымъ въ процессъ безпристрастнаго исканія общественной справедливости—уравновѣшеніе обвиненія и защиты—въ чувствительной степени отсутствуетъ у насъ, и вѣсы Фемиды незамѣтно, но очень ощутительно, готовы всегда отклониться въ сторону обвинителя. Хотя по идеѣ своей нашъ уголовный процессъ построенъ на основѣ всяческаго предпочтенія и покровительства защитѣ (favor defernionis), однако привлеченіе и судъ надъ обвиняемымъ de facto играютъ у насъ часто служебную роль созданія обстановки для торжества обвиненія. Не является ли, въ сущности, прокуроръ хозяиномъ и распорядителемъ процесса? Во всякомъ случаѣ, въ гораздо большей степени, чѣтъ защитникъ. Законъ пред-

---

[1]) Ст. 1055 Уст. Уг. Судопр.

[2]) Стт. 1055, 1020 и 1031 Уст. Уг. Судопр.

[3]) Во всякомъ случаѣ если и неизбѣжно было бы допустить къ защитѣ въ отдѣльномъ случаѣ постороннее лицо, то это могло бы быть сдѣлано лишь съ особаго каждый разъ дозволенія суда, основаннаго на соображеніи индивидуальныхъ особенностей казуса. Все это, конечно, de lege ferenda.

видѣлъ равныя права защитника и публичнаго обвинителя лишь что касается „судебнаго состоянія“ [1]). Въ остальномъ—все на сторонѣ публичнаго обвинителя. Прокуроръ вправѣ требовать о вызовѣ къ разбирательству дѣла какихъ—угодно свидѣтелей, а судъ не можетъ ему въ этомъ отказать, даже если ясно видно, что свидѣтели ни въ какой мѣрѣ не въ состояніи чѣмъ-либо подтвердить обвиненіе. Свидѣтель иногда вызывается только для того, чтобы по выслушаніи его судъ могъ сказать: „Да, свидѣтель подтвердилъ сдѣланную на него ссылку, но его показаніе никакого отношенія къ дѣлу не имѣетъ“. Исходная точка здѣсь та, что разъ обвинительный актъ принятъ судомъ и былъ еще до того утвержденъ (утвержденіе теперь у насъ не требуется, а не принять обвинительнаго акта судъ не можетъ), то этимъ какъ будто признанъ также списокъ свидѣтелей и экспертовъ. Отъ защиты, напротивъ, требуется точное указаніе, что именно свидѣтели въ состояніи подтвердить, при отсутствіи чего, а также если судъ найдетъ, что показаніе свидѣтеля несущественно для дѣла, ходатайство защитника о вызовѣ отклоняется. Мало того, обвинитель вправѣ требовать вызова новыхъ, не указанныхъ въ обвинительномъ актѣ свидѣтелей, до дня засѣданія, защитѣ дается семидневный срокъ со дня врученія обвинительнаго акта для вызова ея свидѣтелей, послѣ чего о новомъ вызовѣ или допросѣ свидѣтеля можетъ идти рѣчь, во всякомъ случаѣ, лишь при условіи, если на то согласится прокуроръ [2]).

---

[1]) Ст. 630 Уст. Уг. Судопр.

[2]) Нами было сказано выше о дисциплинарной власти предсѣдателя надъ защитникомъ во время засѣданія. Этой дисциплинарной власти предсѣдатель лишенъ въ отношеніи публичнаго обвинителя. По законамъ Германіи, предсѣдатель вправѣ штрафовать, арестовывать и удалять изъ залы засѣданія обѣ стороны (Parteien), такъ что въ этомъ отношеніи публичный обвинитель и защита равны (Gericht verfassungesetz, §§ 67, 178). Характерно, что нашъ законъ относится различно къ защитнику и прокурору даже касательно ихъ объясненій на судѣ и заключительныхъ преній. Защитникъ подсудимаго предостерегается закономъ отъ излишествъ, отъ нарушенія должнаго уваженія къ религіи, закону и установленнымъ властямъ, отъ употребленія выраженій, оскорбительныхъ для чьей бы то ни было личности, между тѣмъ какъ прокурору рекомендуется лишь избѣгать односторонности и преувеличеній (Уст. Уг. Судопр., стт. 745, 739). Законъ вполнѣ довѣряетъ

Но всего болѣе предстанетъ очевидность нарушенія принципа равноправности, если принять во вниманіе моментъ, съ котораго начинается въ дѣлѣ появленіе на сцену обвиненія и защиты. Здѣсь мы подходимъ къ одному изъ самыхъ больныхъ вопросовъ нашего уголовнаго процесса, вызывавшему столько страстныхъ споровъ, именно—къ вопросу объ участіи защиты на предварительномъ слѣдствіи.

Дѣйствующій нашъ законъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ, безъ экивоковъ, отрицательно. Въ то время, какъ прокуроръ въ состояніи присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, при допросѣ обвиняемаго и свидѣтелей, экспертизѣ, осмотрахъ и пр., защитникъ отъ всего этого устраняется, и его функціи рождаются на свѣтъ лишь со времени, когда дѣло съ обвинительнымъ актомъ поступило въ судъ. Защитникъ не вправѣ даже жаловаться на дѣйствія слѣдователя. Сенатомъ разъяснено, что такъ какъ на предварительномъ слѣдствіи защитникъ не допускается, то и въ обжалованіи слѣдственныхъ актовъ онъ участія принять не можетъ [1]). Возможность для публичнаго обвинителя слѣдить за ходомъ слѣдствія и быть активнымъ участникомъ отдѣльныхъ слѣдственныхъ актовъ есть необходимая предпосылка обвиненія на судѣ, безъ этого публичный обвинитель не могъ бы выполнить свою задачу на судѣ. Ну, а защитникъ? Защитникъ вынуждается вести защиту a posteriori, безъ права вліять въ какой бы то ни было степени на судьбу предварительнаго слѣдствія, которое представляется для него „мистеріей“. Обвиняемый остается безъ защиты тамъ, гдѣ таковая ему всего болѣе полезна, ибо и ему, вѣдь, необходимо собирать данныя въ свое оправданіе, необходимо надлежащее руководительство въ тотъ моментъ, когда на него обрушивается

лойяльности и такту прокурора и мало вѣритъ защитнику. Прокуроръ является у насъ въ образѣ лица, надѣленнаго преимуществами на судѣ даже внѣшнимъ образомъ... даже по мѣсту, которое онъ занимаетъ, рядомъ съ судьями. Нѣкоторые представители прокуратуры, особенно молодые, готовы бравировать этимъ. Каждый день мы замѣчаемъ на судѣ, что прокуроръ наклоняется къ сосѣду—судьѣ и шепчется съ нимъ. Предсѣдатель молчитъ, онъ не вмѣшивается. Что сказалъ бы онъ, если бы въ это время защитникъ подошелъ къ другому судьѣ и сталъ ему шептать?... Но это между прочимъ.

[1]) Рѣш. Общ. Собранія 1887 г. № 21.

первое обвиненіе, когда его застаютъ врасплохъ. Отсутствуетъ защита и въ томъ случаѣ, когда производимое слѣдователемъ дѣйствіе не можетъ затѣмъ быть повторено на судѣ, напр., при допросѣ уѣзжающаго или умирающаго свидѣтеля: показаніе такого свидѣтеля, не подвергнутое двустороннему контролю партій, прочитывается затѣмъ на судѣ, чѣмъ въ сущности пробуждается изъ гроба старое начало тайны и письменности. О многихъ доказательствахъ, напр., благопріятныхъ для обвиняемаго показаніяхъ свидѣтеля (котораго, конечно, обвинитель не преминетъ опустить въ спискѣ свидѣтелей при обвинительномъ актѣ), защитникъ впервые узнаетъ по ознакомленіи съ дѣломъ, когда уже пропущенъ срокъ на вызовъ свидѣтелей. Не зная о данныхъ слѣдователю показаніяхъ противъ обвиняемаго, защитникъ не въ состояніи приготовить своевременно противъ нихъ опроверженія. Иные свидѣтели показываютъ слѣдователю ложно или ошибочно, а затѣмъ вынуждены держаться на судѣ первоначальныхъ показаній, боясь отвѣтственности или вообще возможности быть уличенными во лжи [1]). Во время заданный защитникомъ вопросъ такому свидѣтелю рязсѣялъ бы всѣ сомнѣнія, поставилъ бы „на мѣсто“ свидѣтеля и его показаніе, выяснилъ бы правду, отчего выигралъ бы не только обвиняемый, но и правосудіе, а то и самъ свидѣтель, котораго не обременяло бы потомъ данное слѣдователю неправильное показаніе [2]).

Характерно, что составители Судебныхъ Уставовъ, стремясь къ прямому и недвусмысленному проведенію принципа равноправности, первоначально предполагали открыть доступъ защитнику къ участію въ предварительномъ слѣдствіи. Они находили, что это „является неизбѣжнымъ послѣдстві-

---

[1]) Срвн. Bayer, op. cit, S. 67.

[2]) Съ другой стороны, сколь часто и у насъ и на Западѣ слышатся нареканія въ пристрастіи предварительнаго слѣдствія, въ томъ, что слѣдователь косвенно вынуждаетъ обвиняемыхъ, свидѣтелей и экспертовъ къ дачѣ нужныхъ ему показаній, что эти лица „боязливо подчиняются краткому дѣловому требованію, не будучи въ состояніи слѣдить со вниманіемъ и пониманіемъ за чтеніемъ составляемаго слѣдователемъ протокола ихъ показаній“ (См. Mamroth, Vier Iahrcehnte Verteigerlätigkeit, in DJZ, 1929, H. 1, S. 71). Тутъ остро чувствуется отсутствіе важнаго звена—защиты обвиняемаго.

емъ допущенія представителей обвинительной власти къ присутствію при всѣхъ дѣйствіяхъ судебнаго слѣдователя; какъ на судѣ, такъ и при слѣдствіи права обѣихъ сторонъ должны быть одинаковы, если же при собираніи необходимыхъ для суда матеріаловъ слѣдователь постоянно побуждаемъ будетъ только прокуроромъ, лицомъ опытнымъ и вліятельнымъ, то, конечно, онъ сдѣлается одностороннимъ и будетъ оставлять безъ вниманія интересы обвиняемаго, весьма часто не имѣющаго ни смѣлости, ни умѣнья представить все то, что можетъ служить къ его оправданію" [1]). Предположеніе это въ окончательномъ счетѣ оказалось отвергнутымъ со стороны Государственнаго Совѣта, который призналъ соотвѣтственнымъ исключить изъ Проекта Устава Уголовнаго Судопроизводства всѣ постановленія о защитѣ на предварительномъ слѣдствіи. Основаніе—трудность при предварительномъ слѣдствіи поставить защитника въ надлежащія границы и опасеніе, что онъ сочтетъ своей „обязанностью" противодѣйствовать собранію обличительныхъ доказательствъ и способствовать обвиняемому къ сокрытію слѣдовъ преступленія. Такъ низко цѣнилъ Государственный Совѣтъ миссію защитника! Въ результатѣ предпочтенъ былъ въ данномъ случѣ старый принципъ—the juge will be the counsel of the prisoner, т. е. самому слѣдователю предоставлено собирать матеріалы оправданія, наряду съ матеріалами обвиненія.

До самыхъ послѣднихъ лѣтъ вопросъ объ участіи защитника на предварительномъ слѣдствіи неоднократно поднимался въ Россіи,—при чемъ оффиціально разрѣшался все въ томъ же духѣ недовѣрія къ защитѣ. Разрѣшенъ отрицательно этотъ вопросъ по практическимъ соображеніямъ и составителями Проекта новой редакціи Уст. Уг. Судопр. [2]).

---

[1]) Объяснит. Записка къ Проекту Уст. Уг. Судопр. 1863 г., стр. 160, цитируется по Объясн. Зап. къ Проекту нов. редакціи Уст. Уг. Судопр., т. 2, 1900, стр. 124.

[2]) См. Объясн. Зап., т. 2, 1900, стр. 137—141. Согласно внесенному министромъ юстиціи въ Государственную Думу въ 1908 г. Проекту во время производства предварительнаго слѣдствія обвиняемый могъ пользоваться помощью защитника по обжалованію слѣдственныхъ дѣйствій, съ правомъ защитника выступать по этимъ жалобамъ и въ судѣ. По окончаніи предварительнаго слѣдствія обвиняемый получалъ право просить о предъяв-

Надо замѣтить, что съ теоретической точки зрѣнія почти никто не сомнѣвался въ отсутствіи серьезныхъ возраженій противъ участія защиты на предварительномъ слѣдствіи. (Фойницкій настаивалъ, что „допустить защиту на предварительномъ слѣдствіи значитъ облегчить бремя государственной власти по изслѣдованію уголовныхъ дѣлъ“ [1]). Но по адресу этого участія защитника на предварительномъ слѣдствіи неизмѣнно выдвигался въ Россіи доводъ о возможности обхода закона и сокрытія слѣдовъ преступленія. Сюда же добавлялся намекъ на то, что фактически этой защитой будутъ пользоваться будто бы лишь богатые (пусть и такъ: почему должны страдать „богатые“?), а также соображеніе о дальности разстояній между слѣдственными участками и пр.

Не наступилъ ли теперь моментъ положить конецъ всѣмъ колебаніямъ въ этомъ направленіи? Разсужденія противниковъ введенія защиты на предварительномъ слѣдствіи не удовлетворяли въ прежнія времена, по своей односторонности и предвзятости, они совершенно непригодны нынѣ, когда эмансипированная личность еще болѣе выступаетъ впередъ со своими правами и притязаніями въ уголовномъ процессѣ.

Прежде всего нельзя не замѣтить, что фактически защитники все же проникаютъ въ „мистеріи“ предварительнаго слѣдствія, такъ или иначе знакомятся съ дѣломъ; су-

---

леніи слѣдственнаго производства защитнику, при чемъ неявка защитника не останавливала заключенія слѣдствія. Въ это время свиданія съ защитникомъ обвиняемаго, содержащагося подъ стражей, не должны были уже зависѣть отъ усмотрѣнія слѣдователя, однако они могли бы происходить не иначе, какъ подъ надлежащимъ присмотромъ. Даже и въ такомъ чрезвычайно скромномъ видѣ проектъ былъ отклоненъ Комиссіей Гос. Думы и взятъ затѣмъ обратно министромъ юстиціи.

[1]) Carrara утверждаетъ, что своей славой, какъ уголовнаго защитника, онъ обязанъ исключительно предубѣжденіямъ слѣдователей и поспѣшности обвиненія, что при системѣ состязательнаго предварительнаго слѣдствія, вмѣсто тысячи побѣдъ, ему едва ли пришлось бы насчитать сотню: при защитѣ невиннаго возраженія защитника обнаруживали бы своевременно ненужность веденія дѣла, а при защитѣ виновнаго вели бы къ болѣе полезнымъ разслѣдованіямъ, разсѣяли бы иллюзіи слѣдователя, будто онъ обладаетъ всей нитью дѣла, тогда какъ онъ, подобно Иксіону, обнималъ лишь облако.

дебные слѣдователи въ этомъ не отказываютъ и не находятъ возможнымъ со всей строгостью буквы держаться закона въ этомъ отношеніи. Защитникъ принимается слѣдователемъ и даже допускается къ обозрѣнію какого-либо акта. Но дѣлается все это случайно, въ зависимости отъ доброй воли и настроенія слѣдователя, и въ видѣ исключенія, въ видѣ благоволенія къ тому или иному повѣренному. Ясно, что правильнѣе было бы открыть завѣсу и то, что производится тайно, производить явно. Этимъ избѣгнуты были бы обходы закона, непріятныя объясненія, нареканія и пр.

Что серьезной опасности для дѣла правосудія не возникаетъ при допущеніи защиты на предварительномъ слѣдствіи, подтверждается, между прочимъ, примѣромъ западныхъ странъ, весьма широко практикующихъ это участіе. Въ Англіи издавна на предварительномъ слѣдствіи фигурируетъ защитникъ, при чемъ допросъ свидѣтелей долженъ быть всегда перекрестнымъ (cross exsamination). Въ Австріи, по закону 1873 г., защитникъ вправѣ присутствовать на предварительномъ слѣдствіи для огражденія правъ обвиняемаго при тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя касаются непосредственно установленія состава преступленія и не могутъ быть затѣмъ возобновляемы, а также приносить и поддерживать жалобы на дѣйствія слѣдственнаго судьи [1]). Въ Германіи защитнику дозволяется, на предварительномъ слѣдствіи, быть при судебномъ осмотрѣ (Augenschein) и при допросѣ такихъ свидѣтелей и экспертовъ, явка которыхъ къ судебному разбирательству будетъ невозможна или значительно затруднена. По заключеніи предварительнаго слѣдствія защитнику разрѣшается обозрѣвать слѣдственные акты, посколько это можетъ произойти ohne Gefährdung des Unter suchungszwecks [2]). Еще шире германскихъ правилъ французскій законъ отъ 8-го Августа 1897 г., пополненный и модифицированный закономъ 22 марта 1921 г. По французскимъ нормамъ, съ момента привлеченія обвиняемаго (si l'inculpation est maintanue) слѣдственный судья даетъ ему знать о правѣ его избрать себѣ защитника, а если избранія не послѣдовало, озабочивается самъ назначеніемъ обвиняемому

---

[1]) См. M. Frydmann, op, cit., S. 154 f.

[2]) Strafpozessordnung, §§ 103, 147.

защитника. Обвиняемый, будучи задержанъ, вправѣ сейчасъ же послѣ перваго допроса свободно сноситься со своимъ защитникомъ. Всякій обвиняемый, арестованный или находящійся на свободѣ, не можетъ быть допрошенъ или подвергнутъ очной ставкѣ иначе, какъ въ присутствіи защитника, развѣ бы онъ отъ защитника отказался—или же защитникъ, надлежащимъ образомъ вызванный, не явился. Защитникъ беретъ слово лишь съ разрѣшенія слѣдственнаго судьи. Слѣдственное производство предъявляется защитнику наканунѣ каждаго допроса обвиняемаго, защитнику же сообщается о всѣхъ предпринимаемыхъ слѣдственнымъ судьей дѣйствіяхъ [1]).

Нелишне замѣтить, что французскій законъ (Loi Constans) отъ 8 дек. 1897 г., нынѣ столь прочно привившійся въ странѣ, встрѣченъ былъ вначалѣ съ большими опасеніями со стороны судебныхъ дѣятелей, утверждавшихъ, что „теперь придется оказывать защиту лицамъ судебнаго вѣдомства". Но такова судьба всякой крупной судебной реформы, настраивающей обыкновенно умы старыхъ судей—рутинеровъ на пессимистическій ладъ. (Вспомнимъ, что когда въ Россіи впервые вводились гласные суды, находились судьи, которые говорили: „Хотятъ, чтобы мы разбирали дѣла, а посторонняя публика тутъ же сидѣла и слушала...—никогда этого не можетъ быть").

Современному процессу противна мысль о томъ, чтобы въ какой бы то ни было стадіи обвиняемый превратился въ объектъ изслѣдованія, а все производство сведено было къ чистому „розыску." Государство заинтересовано не столько въ томъ, чтобы каждый обвиняемый былъ осужденъ и наказанъ, сколько въ томъ, чтобы преступленія вообще преслѣдовались по опредѣленнымъ методамъ, гарантирующимъ индивидууму всѣ

---

[1]) Арт. 3, 8, 9, 10. Въ Швейцаріи, въ однихъ кантонахъ защита вправѣ выступать уже въ стадіи предварительнаго слѣдствія, въ другихъ —лишь по окончаніи его, такъ что на большую часть предварительнаго слѣдствія онъ воздѣйствовать не въ состояніи, въ третьихъ—еще позже. Въ Цюрихѣ дѣйствуетъ правило „Der Beschuldigte kann in jeder Lage des Verfahrens einen Verteidiger als Beistand bestellen". См. Ruth, op. cit., S. 85—96. Допустилъ защиту въ стадіи предварительнаго слѣдствія новый Уставъ Угол. Судопр. Польши (1929 г.).

права личности, при чемъ соблюденіе этихъ правъ можетъ ставиться государствомъ не ниже самаго преслѣдованія преступленій. Поэтому никакія ссылки на возможность злоупотребленій въ интересующемъ насъ случаѣ неубѣдительны. Съ эвентуальными злоупотребленіями слѣдуетъ бороться соотвѣтственными средствами, а отнюдь не низверженіемъ принциповъ. Если нѣкоторые находятъ способъ злоупотреблять правомъ судебной защиты на предварительномъ слѣдствіи, то изъ-за этого нельзя—вмѣсто конкретнаго воздѣйствія на нарушителя, отнимать заранѣе это право у всѣхъ. Это одна изъ худшихъ testimoniorum paupertatis, какія можетъ выдать себѣ государство въ борьбѣ съ преступленіями [1]).

[1]) Привлеченный не можетъ презюмироваться виновнымъ только потому, что онъ привлеченъ. Увы, какъ ни горька бываетъ истина, но нужно признать по неумирающему опыту, что и не всякій осужденный дѣйствительно виноватъ. (Ходитъ и правда въ кандалахъ. „Правда можетъ подождать: она къ этому въ судахъ привыкла"). А что уже говорить о лицѣ, только лишь привлеченномъ къ отвѣту? Гораздо болѣе реальна и общественно — цѣлесообразна обратная презумпція—presumptio bono viri—, создающая предположеніе невиновности, пока вина не установлена надлежащимъ судомъ. Эта мысль довольно опредѣлительно выражалась еще въ старомъ Улож. о Нак., ст. 91. Она, къ сожалѣнію, все еще чужда массамъ: внѣдреніе ея въ ихъ психологію составляетъ настоятельную задачу политики права и общественности.—Весьма часто присутствіе опытнаго защитника на предварительномъ слѣдствіи могло бы влечь къ тому, что самая постановака дѣла на судъ оказывалась бы излишней, вслѣдствіе своевременнаго выясненія либо невиновности привлеченнаго, либо отсутствія состава преступленія. Исчезъ бы, быть можетъ, давно уже существующій на практикѣ „безчеловѣчный взглядъ—на судѣ могутъ-де оправдать, а онъ посидитъ", (См. Джаншіевъ, Судъ надъ судомъ присяжныхъ, 1896, стр. 28). Это способствовало бы экономіи судебнаго преслѣдованія, освобождало бы привлеченнаго отъ сидѣнія на скамьѣ подсудимыхъ, которое само по себѣ, независимо отъ исхода дѣла бываетъ связана для него со столь тяжкимъ ущербомъ, имущественнымъ и моральнымъ. Сколькихъ лицъ карьеры и репутаціи,—общественныя, политическія и иныя гибли только отъ того, что этимъ лицамъ приходилось фигурировать на судѣ по обвиненіямъ, которыя разсыпались затѣмъ въ прахъ отъ перваго прикосновенія къ нимъ защиты на судѣ. Между тѣмъ такого результата защитникъ могъ бы достигнуть и ранѣе, въ стадіи предварительнаго слѣдствія, если бы онъ былъ допущенъ. Наконецъ, допущеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи влечетъ къ ускоренію (а не затяжкѣ, какъ думаютъ нѣкоторые) всего производства. Особенно сокращается при этомъ судебное слѣдствіе, такъ какъ защита въ гораздо меньшей мѣрѣ вынуждается къ представленію на судѣ новыхъ доказательствъ и данныхъ (см. Bayer, op. cit., S. 25). За допущеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи высказались, принципіально, въ юридической литературѣ Ruth, M. Frydmann, въ Россіи—Фойницкій, Слу-

Конечно, законъ можетъ создать въ дѣлѣ допущенія защиты на предварительномъ слѣдствіи какія-либо отдѣльныя ограниченія, въ интересахъ охраны хода правосудія. Съ этимъ можно было бы такъ или иначе примириться, ибо нельзя отрицать, что сколь ни дорогъ принципъ, всякое прямолинейное, безоглядное его проведеніе на практикѣ дѣйствительно могло бы приводить къ нѣкоторымъ нежелательнымъ результатамъ. Между прочимъ, если бы нашихъ слѣдователей замѣнили слѣдственные судьи, по западному образцу, имъ можно было бы предоставить извѣстную долю усмотрѣнія при допущеніи защитниковъ къ тѣмъ или инымъ слѣдственнымъ дѣйствіямъ. Играетъ роль надлежащее формированіе кадровъ защитниковъ (о чемъ было уже выше). Но все это частности конкретнаго примѣненія; важно, чтобы сохранился самый принципъ въ основныхъ его чертахъ.

Защитникъ, съ точки зрѣнія реформы, не долженъ быть устраняемъ на предварительномъ слѣдствіи, по крайней мѣрѣ, отъ участія въ допросѣ обвиняемаго и свидѣтелей, въ экспертизахъ и осмотрахъ, отъ обозрѣнія хотя бы такихъ актовъ и документовъ, ознакомленіе съ которыми не связано съ опасностью для дальнѣйшаго хода слѣдствія, и при томъ какъ во время производства предварительнаго слѣдствія, такъ и сейчасъ же по окончаніи его, еще даже до передачи дѣла въ судъ [1]).

чевскій, Кони. „Мистерія" предварительнаго слѣдствія, которой такъ крѣпко держались въ прежнее время, достаточно дискредитирована въ наукѣ. Это дало поводъ итальянскому юристу Gabuzzi констатировать: „Ogiorno si puo dire que il segreto dell'instruzione, quale era consecrato dal codice francese 1808 (нынѣ, какъ мы уже знаемъ, потерпѣвшемъ измѣненіе въ этой части) e gale é mantenuto dalla legge nostra non ha piu aderenti nella dottrina". Даже со стороны слѣдственныхъ судей на Западѣ и слѣдователей у насъ нерѣдко приходится слышать голосъ за желательность допущенія защитниковъ на предварительномъ слѣдствіи, въ интересахъ самого слѣдствія (срвн. Ruth, op. cit., S. 153).

[1]) Первоначальнымъ моментомъ, къ которому пріурочивается участіе защитника въ предварительномъ слѣдствіи, считается обычно, въ теоріи и практикѣ, моментъ оффиціальнаго привлеченія къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемаго. Это въ общемъ и есть нормальное время допущенія защитника на предварительномъ слѣдствіи. Можно ли, однако, идти еще далѣе и допускать защиту тогда, когда лицо призывается къ слѣдствію лишь въ качествѣ заподозрѣннаго? Интересы обвиняемаго этого требуютъ: отъ перваго

Не подлежитъ сомнѣнію, что съ построеніемъ предварительнаго слѣдствія на началахъ состязательности вопросы введенія защиты на немъ скорѣе и легче получатъ правильное разрѣшеніе. Но изъ этого нельзя заключить, какъ дѣлаетъ Розинъ, что вся борьба въ сторону введенія у насъ института защиты на предварительномъ слѣдствіи и не могла имѣть пока иного результата (т. е. должна была кончиться неудачей), такъ какъ она велась „не въ той плоскости, которой требуетъ существо дѣла“ [1]). Пусть реформа предварительнаго слѣдствія въ духѣ утвержденія принципа состязательности по образцу, какъ ведется судебное слѣдствіе, желательна и даже необходима. Но еще до принятія этой реформы не исключена, съ принципіальной точки зрѣнія, возможность участія защитника на предварительномъ слѣдствіи. Объ этомъ краснорѣчиво говорятъ и приведенные образцы западно-европейской практики. Кромѣ того нелишне отмѣтить, что въ послѣднее время раздаются голоса за полное устраненіе предварительнаго слѣдствія и передачу всего того, что подъ по-

---

вызова до привлеченія можетъ произойти весьма много, что важно для защиты и чего она упустить изъ виду не должна. Но съ другой стороны противъ этого напрашиваются и возраженія: а) трудно опредѣлить понятіе „заподозрѣннаго“, б) привести защитника, когда еще нѣтъ самого привлеченія, значитъ косвенно навлекать на себя подозрѣніе, в) фактически слѣдователи при такомъ положеніи стали бы отдалять моментъ привлеченія изъ желанія ограничить защиту. И все же, несмотря на это, желательно de lege ferenda создать „заподозрѣнному“ возможность, хотя бы въ видѣ права, такъ или иначе ограниченнаго, явиться къ слѣдователю со своимъ защитникомъ. Для правосудія здѣсь, въ концѣ концовъ, не усматривается настолько реальное опасеніе, чтобы можно было принципіально и безусловно противиться этой мѣрѣ. Заподозрѣнный, получивъ приглашеніе слѣдователя, не преминетъ обратиться къ защитнику, а слѣдователь не имѣетъ достаточнаго основанія скрывать, что данное лицо вызывается, какъ подозрѣваемый, звентуальный обвиняемый. Знаменательно, что на послѣднемъ съѣздѣ германскихъ юристовъ въ Зальцбургѣ крупный дѣятель судебной практики Sen. Pres D-r Lobe требовалъ, чтобы привлекаемый съ самаго начала всякаго производства оповѣщался объ обвиненіи, возникающемъ противъ него. Wäre es dem überhaupt noch möglich, einen gerissenen Beschuldigten zu überführen? съ необыкновенной тревогой спрашиваетъ по этому поводу Dürr, Zur Reform des Strafprozesses, in DJZ, 1928, H. 21, S. 1436. Серьезная и глубокая мысль D-r'a Lobe не встрѣтила, повидимому, никакого сочувствія на Съѣздѣ.

[1]) Уголовное Судопроизводство, стр. 310.

слѣднимъ нынѣ разумѣется, публичному обвинителю [1]). Однако при этомъ предполагается не ослабленіе, а усиленіе дѣятельности защитника въ данной стадіи производства („Waffengleichheit"). Вообще, состязательность предварительнаго слѣдствія не предопредѣляетъ однако исключительно все разрѣшеніе данной проблемы и не является conditio sine qua non допущенія защиты во время предварительнаго разслѣдованія преступленія.

Рядъ другихъ дефектовъ обнаруживаетъ постановка уголовной защиты по нашему закону.

Законъ совершенно не предусматриваетъ, напр., важной проблемы коллективной (множественной) защиты. Допускается ли участіе нѣсколькихъ лицъ въ защитѣ одного обвиняемаго и если да, то какъ дѣлится между ними защита? Что касается нашей практики, то она не противится множественности защиты, не опредѣляетъ максимума числа защитниковъ въ одномъ дѣлѣ, а распредѣленіе ролей зависитъ отъ защитниковъ и согласія суда [2]). Коллизія интересовъ обвиняемыхъ, въ случаѣ выступленія одного защитника на сторонѣ нѣсколькихъ лицъ, находитъ у насъ развязку по общимъ началамъ компетентности суда направлять процессъ и устранять препятствія къ его правильному движенію. Но необходимыхъ конкретныхъ указаній въ Уставѣ не дается.

Законъ нашъ, далѣе, не выясняетъ положенія защитника при отсутствіи обвиняемаго, временномъ или иномъ, не говоритъ ничего объ участіи обвиняемаго въ назначеніи ему защитника и т. д. и т. д.

Но всѣ эти вопросы и другіе имъ подобные, возникающіе при примѣненіи нормъ о защитѣ, въ концѣ концовъ все же разрѣшаются такъ или иначе и не влекутъ къ большимъ осложненіямъ въ процессѣ, почему на этой категоріи недостатковъ и пробѣловъ намъ не приходится здѣсь особенно останавливаться. (О проблемѣ измѣненія обвиненія на судѣ въ заключительномъ очеркѣ).

---

[1])См. ст. Feisenberger въ DJZ, 1928, H. 18, 1233.

[2]) Въ доктринѣ все это вызываетъ контраверзы: см. Ruth, op. cit., S. 96, Bayer, op. cit., S. 47—49, Cahn, op. cit., S. 45.

V.

Защитительная рѣчь.

Значеніе защитительной рѣчи. Необходимость защитительной рѣчи въ процессѣ. Рѣчь и реплика. Время произнесенія защитительной рѣчи. Объ отдѣльныхъ частяхъ защитительной рѣчи и ихъ построеніи. Защита и элоквенція.

> Существуютъ вещи, въ которыхъ посредственность невыносима, а именно: музыка, поэзія, художество, публичныя рѣчи.
>
> *Labruyère.*

Современный уголовный процессъ построенъ такъ, что все производство—чтеніе обвинительнаго акта, провѣрка доказательствъ и пр.—есть, въ значительной мѣрѣ, какъ бы подготовительная стадія для дебатовъ сторонъ. Въ этихъ дебатахъ обнаруживается, что именно данному лицу вмѣняется въ вину, съ одной стороны, и что приводится въ его защиту, съ другой. Защитительная рѣчь является такимъ образомъ однимъ изъ самыхъ необходимыхъ звеньевъ въ цѣпи судебныхъ актовъ, образующихъ уголовный процессъ. Въ защитительной рѣчи, Plaidoyer, конденсируется сущность защиты: она вбираетъ въ себя и приводитъ въ систему всѣ моменты защиты. Недаромъ защита отождествляется часто съ рѣчью защитника. Только когда защитникъ воспользовался предоставленнымъ ему словомъ, народъ вѣритъ, что обвиняемый дѣйствительно былъ защищенъ и защитникъ исполнилъ свою обязанность [1]).

---

[1]) См. M. Fry[illegible], op. cit., S. 373. Выдающіеся русскіе уголовные защитники—Спасо[illegible] и Андреевскій—часто вовсе не вели судебнаго слѣдствія, не допрашивали свидѣтелей и пр., а произносили заранѣе заготовленныя защитительныя рѣчи. Нельзя сказать, однако, чтобы это было нормальнымъ способомъ защиты и надежнымъ примѣромъ для другихъ.

Мыслимо ли положеніе, когда защитнику не придется вовсе произнести свою рѣчь? Теоретически объ этомъ можно трактовать въ двухъ случаяхъ: а) когда обвиненіе явно неосновательно и обвинитель отъ такового на судѣ отказался, б) когда обвиненіе кажется защитнику совершенно обоснованнымъ и доказаннымъ. Относительно перваго случая позволительно говорить только тамъ, гдѣ состязательно-обвинительное начало въ процессѣ проведено со всей послѣдовательностью, и отказъ обвинителя отъ обвиненія знаменуетъ отпаденіе самаго обвиненія. У насъ, напротивъ, отказъ публичнаго обвинителя отъ обвиненія ничего не измѣняетъ въ теченіи процесса, который идетъ все тѣмъ же направленіемъ, и судъ, не взирая на такой отказъ, вправѣ вынести обвинительный приговоръ, „по убѣжденію совѣсти, основанному на обсужденіи обстоятельствъ дѣла“ [1]). Въ практикѣ бывали часто случаи обвинительнаго приговора, слѣдовавшаго не только послѣ формальнаго отказа прокурора, но и произнесенной имъ блестящей защитительной рѣчи. Поэтому неиспользованіе защитникомъ своего слова подъ предлогомъ, что и прокуроръ не воспользовался правомъ обвинять, само по себѣ есть нарушеніе долга. Разумѣется, при наличіи отказа прокурора зящитнику нѣтъ надобности вести аттаку противъ обвиненія во всѣхъ пунктахъ и съ той интенсивностью, какая предполагалась ранѣе. Это было бы подчасъ смѣшно, а порою и вредно для интересовъ обвиняемаго. Наши выдающіеся юристы-практики (Кони и др.) описали комизмъ положенія защитника, стремящагося произнести всю свою защитительную рѣчь, хотя прокуроръ уже заявилъ, что не поддерживаетъ обвиненія. Защитникъ въ этомъ случаѣ только въ общихъ чертахъ освѣщаетъ главные моменты дѣла, говорящіе въ пользу обвиняемаго. Это онъ обязанъ сдѣлать, словно никакого отказа публичнаго обвинителя не было.

Нерезоннымъ является отказъ защитника отъ рѣчи и во второмъ случаѣ, т. е. когда обвиненіе представляется ему установленнымъ. Объ отсутствіи у защитника вообще права уклоняться отъ защиты по причинѣ признанія имъ основательности обвиненія уже рѣчь была. Здѣсь надлежитъ доба-

---

[1]) См. Рѣш. Угол. Касс. Деп. 1873 г. № 573, 1866 г. № 78.

вить, что отказъ защитника отъ пледированія, продолженія своей роли въ молчаніи послѣ проведеннаго судебнаго слѣдствія—одно изъ крупныхъ нарушеній, какія въ состояніи допустить защитникъ. Это можно квалифицировать, какъ прямое злоупотребленіе довѣріемъ, когда судъ изъ молчанія (нѣмотствованія) защитника заключилъ бы, что послѣдній согласенъ съ обвиненіемъ. „Я слышу молчаніе со стороны противника", воскликнулъ однажды судебный ораторъ насудѣ и тѣмъ далъ понять, что молчаніе другой стороны равносильно отсутствію возраженія. Кто молчитъ, не споритъ, а кто споритъ, не молчитъ [1]). Не предвидя благопріятнаго исхода дѣла, защитникъ не обязывается, конечно, настаивать на оправданіи; онъ имѣетъ возможность говорить о смягчающихъ вину обстоятельствахъ, о составѣ преступленія, о размѣрѣ наказанія и пр. и пр. Но и по существу обвиненія онъ не лишенъ возможности дѣлать попытки. „Вы должны изложить всѣ доводы суду при любомъ положеніи защищаемаго вами дѣла, ибо вы не знаете, какой именно вашъ рискованный парадоксъ всего болѣе понравится суду", сказалъ выдающійся руководитель юридическихъ конференцій стажіеровъ въ Петроградѣ своимъ слушателямъ. Это замѣчаніе, по существу довольно двусмысленнаго свойства, таитъ въ себѣ, быть можетъ, кое-что вѣрнаго, нѣкоторое зерно истины. Въ самомъ дѣлѣ, какимъ образомъ защитникъ можетъ знать, что въ головахъ судей составилось уже непререкаемое мнѣніе о виновности его подзащитнаго, что тотъ или иной доводъ покажется суду неубѣдительнымъ, лишнимъ? А между тѣмъ обязанность защитника, именно, приводить всѣ доводы изъ данныхъ дѣла, исчерпать всю силу убѣжденія. Давно уже было замѣчено судебными практиками что нѣтъ такого обвиняемаго, для котораго не отыскалось бы въ дѣлѣ что-либо въ его пользу, нѣтъ человѣка, который палъ бы такъ низко, что въ защиту его ничего нельзя было бы сказать [2]). Обвиняемый—человѣкъ, стало

---

[1]) Такія изреченія житейской мудрости, какъ: „Кто молчитъ, тотъ двухъ научитъ", „кто молчитъ, тотъ не грѣшитъ", непріемлемы въ уголовномъ процессѣ—для защитника.

[2]) „Русская адвокатура, въ соотвѣтствіи съ общимъ теченіемъ русской общественной мысли и литературы, никогда не забывала, что въ душѣ каждаго преступника можно найти „искру Божію", и что соціальныя и личныя

быть калейдоскопъ мыслей, чувствъ и страстей: въ постоянно движущихся сторонахъ этого калейдоскопа опытные и пытливые взоры защитника найдутъ все необходимое для веденія защиты. Цѣня человѣка, защитникъ никогда не махнетъ на него рукой, словно на погибшаго, когда этотъ человѣкъ сидитъ на скамьѣ подсудимыхъ, какъ не отказывается врачъ въ чемъ-либо помогать больному на томъ основаніи, что всѣ средства уже исчерпаны и смерть неминуема.

Все это касается въ одинаковой мѣрѣ какъ защиты по соглашенію, такъ и защиты по назначенію: и здѣсь не дѣлается разницы между однимъ и другимъ видомъ защиты. Между тѣмъ именно назначенный защитникъ нерѣдко ограничивается нѣмой защитой, считая одно свое присутствіе на судѣ достаточной гарантіей для подзащитнаго въ томъ, что права его не будутъ нарушены. Конечно, важно присутствіе на судѣ защитника, который въ любой моментъ могъ бы отразить угрожающую подзащитному неправильность. Но что можетъ быть непригляднѣе такой безмолвной фигуры защитника на судѣ, напоминающей времена, когда защита ставилась отъ „государства",—такого безотвѣтнаго „казеннаго защитника", вызывающаго въ обществѣ справедливыя нареканія въ лѣни, а то и въ побужденіяхъ еще болѣе предосудительныхъ?

Что можетъ быть болѣе жалкимъ, нежели видъ защитника, который на предложеніе суда участвовать въ дебатахъ отдѣлывается поклономъ, ничего не говоря?

Правда, нѣкоторымъ судьямъ это нравится и даже импонируетъ: время дорого, не надо его напрасно тратить! Но большинство судей смотритъ на дѣло не съ точки зрѣнія сокращенія времени, а болѣе глубоко и достойно. Происходитъ, напр., такой діалогъ на судѣ.

Защитникъ: Не считаю возможнымъ утруждать вниманіе суда рѣчами по дѣлу вполнѣ ясному (намекъ на безнадежность защиты).

условія жизни часто объясняютъ и дѣлаютъ понятнымъ преступленіе, кажущееся на первый взглядъ только проявленіемъ похоти и злой воли" (Рѣш. Моск. Совѣта присяжн. пов. 1909/10—218, у Маркова, Правила адвокатской профессіи въ Россіи, стр. 218).

Предсѣдатель: Занимайте наше вниманіе; мы для этого и сидимъ. Мы желаемъ выслушать защиту.

Увы, такой защитникъ не ощущаетъ глубокой обиды отъ того, что суду приходится напоминать ему о забвеніи имъ своего долга передъ подзащитнымъ. Защитникъ неустанно выискиваетъ доводы для оправданія или облегченія участи обвиняемаго. Такихъ доводовъ не обязанъ искать обвинитель, ибо за него это дѣлаетъ обвинительный актъ: если послѣдній подтвердился на судѣ, обвинитель, быть можетъ, и воленъ ограничиться однимъ заявленіемъ, что поддерживаетъ обвиненіе [1]). Но для защитника важно добиться какого бы то ни было позитивнаго результата для обвиняемаго, а сколько разъ наступало оправданіе неожиданно для всѣхъ, въ томъ числѣ для защитника, при казавшемся столь прочнымъ обвиненіи! Мы припоминаемъ случай, когда присяжные засѣдатели, уйдя на совѣщаніе, вернулись въ залу суда съ требованіемъ постановки дополнительнаго вопроса, изъ чего ясно стало, что они собираются обвинить. И энергичный защитникъ одной брошенной пламенной фразой заставилъ ихъ вновь задуматься; въ концѣ концовъ приговоръ оказался оправдательнымъ—вопреки первоначальному предположенію самихъ присяжныхъ засѣдателей [1]).

Пусть защитникъ не ссылается на то, что говорить не о чемъ, что дѣло неинтересное: нѣтъ неинтересныхъ дѣлъ, есть неинтересные защитники. Каждое дѣло, сколь бы незначительно оно ни было, въ состояніи дать знающему свой долгъ защитнику стимулъ къ тому, чтобы пробудить вниманіе судей къ той или иной сторонѣ дѣла, важной для под-

---

[1]) Впрочемъ, и съ этимъ не всегда соглашались и прокуроры. „Законъ приказываетъ намъ, прокурорамъ, произносить рѣчи такъ, чтобы онѣ были важнымъ звеномъ въ процессѣ, чтобы ихъ слушали судьи и присяжные", писалъ, между прочимъ, Левенстимъ, Рѣчь государственнаго обвинителя въ уголовномъ судѣ, 1894, стр. 7.

[2]) Слѣдуетъ признать глубоко несправедливымъ и неправильнымъ замѣчаніе Ruth: die Verteidigung ist auch dann gnführt, wenn er (защитникъ)... nach Schluss der Beweisaufnahme erklärt, er habe nichts aunzführen" (op. cit. S. 80). Впрочемъ Ruth далѣе добавляетъ: Allerdings dürfte der Fall je prak, tisch werden (ib.), что уничтожаетъ въ корнѣ его предшествующее разсужденіе.

защитнаго. И въ неблагодарномъ процессѣ наградой защитнику можетъ быть сознаніе, что онъ, подобно защитнику Рубо въ романѣ Эмиля Золя, въ своей защитительной рѣчи „воспользовался въ интересахъ своего кліента всѣми фактами, которые онъ могъ извлечь изъ этого неблагодарнаго дѣла".

Скажутъ: никакой прямой законъ не обязываетъ защитника къ произнесенію рѣчей; законъ даетъ ему только право на рѣчь. Дѣйствительно законы о заключительныхъ преніяхъ по судебному слѣдствію не заключаютъ въ себѣ прямого указанія на обязанность защитника произноситъ рѣчи въ защиту обвиняемаго [1]). Однако, выступленіе защитника въ заключительныхъ преніяхъ составляетъ на самомъ дѣлѣ не только его право, но и обязанность, если не передъ судомъ, то передъ подзащитнымъ. По закону „судебное слѣдствіе завершается преніями по существу разсмотрѣнныхъ и провѣренныхъ доказательствъ", а заключительныя пренія состоятъ, между прочимъ, „изъ защитительной рѣчи защитника" [2]). На какомъ же основаніи защитникъ уклонился бы отъ участія въ преніяхъ? На почвѣ современнаго процесса это было бы прямымъ нарушеніемъ создающихся между защитникомъ и обвиняемымъ взаимоотношеній.

Кромѣ главной рѣчи, въ судѣ имѣютъ мѣсто еще реплики въ отвѣтъ на рѣчь противника. Въ древней Греціи не признавалось на судѣ никакихъ репликъ; напротивъ, въ Римѣ не только существовали реплики, но для нихъ избирались вначалѣ даже спеціальные представители, отличавшіеся особой способностью импровизаціи. Въ настоящее время реплики на судѣ допускаютъ законъ и практика. Обыкновенно публичный обвинитель не прибѣгаетъ къ репликамъ, стараясь создать впечатлѣніе, что уже въ первой рѣчи имъ все исчерпано [3]). Но реплика обвинителя можетъ оказаться неиз-

---

[1]) Стт. 735—749 Уст. Уг. Судопр. Тоже герм. Strafprozessordnung, § 258.

[2]) 735 и 736 Уст. Уг. Судопр.

[3]) Левенстимъ, полагая, что „прокуроръ долженъ по возможности избѣгать этой второй рѣчи", пытается подвести тому иной базисъ, едва ли, впрочемъ, пріемлемый для серьезнаго судебнаго оратора,—а именно онъ

бѣжной, когда онъ усмотритъ, что защитникъ въ чемъ-либо извратилъ факты, содержаніе документовъ, показанія свидѣтелей и пр., неправильно изложилъ или истолковалъ законы [1]). Законъ не указываетъ точно, въ какихъ случаяхъ реплика, или какъ ее называетъ Уставъ Уг. Судопр., „возраженіе" предоставляется публичному обвинителю, такъ что оно будетъ ему принадлежать, когда онъ того пожелаетъ. Защитникъ имѣетъ право отвѣта. Этотъ отвѣтъ не ограничивается непремѣнно предѣлами дѣйствительнаго возраженія: онъ можетъ выйти за эти предѣлы, касаясь какихъ-либо новыхъ доводовъ и обстоятельствъ. Допущеніе вторичныхъ репликъ—дупликъ—зависитъ отъ усмотрѣнія суда. Вправѣ ли защитникъ домогаться предоставленія ему спеціальной реплики по адресу другого защитника, выступающаго въ томъ же дѣлѣ? Отвѣтъ долженъ быть отрицательный: защита противоставляется лишь обвиненію. По разъясненію Сената, жалоба защитника „на то, что при заключительныхъ преніяхъ предсѣдатель суда не дозволилъ ему вести особой рѣчи противъ защиты другого подсудимаго, не имѣетъ законнаго основанія, такъ какъ онъ имѣлъ полную возможность всѣ выставленные противъ него обвинительные факты опровергнуть или объяснить въ своей защитительной рѣчи, въ возраженіяхъ противъ обвиненія или въ своемъ послѣднемъ словѣ" [2]).

Реплики имѣютъ на судѣ крупное значеніе, и въ нихъ наиболѣе реально сказывается умѣніе и степень подготовки защитника и обвинителя. Реплика, какъ импровизація, особенно располагаетъ къ себѣ судей и присяжныхъ засѣдателей. Въ репликахъ отмѣчаются обыкновенно „ударные пункты", сосредоточивается освѣщеніе самыхъ спорныхъ моментовъ дѣла. Нѣтъ надобности стѣснять стороны въ реп-

---

утверждаетъ: Это (реплика) не творчество, обдуманное и цѣльное, а импровизація, которая при всей талантливости оратора всегда носитъ въ себѣ печать мелочности и спѣшной работы" (Рѣчь государственнаго обвинителя въ уголовномъ судѣ, стр. 24).

[1]) Срвн. Ruth, Der Verteidiger im Strafprocessrecht, 1905, S. 169, 170.

[2]) Рѣш. Уг. Кас. Деп. 1868 г. № 498.

ликахъ, если только въ нихъ не заключается упорное повтореніе уже сказаннаго ранѣе [1]).

Рѣчь защитника, его реплики и послѣднее слово, если таковое ему предоставляется, образуютъ вмѣстѣ понятіе „защитительной рѣчи".

Произнесеніе защитительной рѣчи пріурочивается къ опредѣленному моменту, который неодинаковъ въ различныхъ странахъ. Въ Англіи защитнику, какъ и обвинителю, слово дается сейчасъ же по открытіи засѣданія, передъ повѣркой доказательствъ и данныхъ. Каждая сторона какъ бы излагаетъ свою точку зрѣнія на дѣло, предлагаетъ свою версію и свои доказательства, послѣ чего могутъ происходить только объясненія по правовымъ вопросамъ, но не по фактическимъ обстоятельствамъ дѣла. Англичане гордятся этой издавна усвоенной ими системой, воспроизводящей, однако, въ общихъ чертахъ лишь основы старыхъ римскихъ порядковъ разбирательства уголовного дѣла [2]). Система эта приводитъ къ спокойному, безстрастному изложенію сторонами сущности дѣла и къ большей объективности рѣчей, въ виду того, что каждая сдѣланная стороной ссылка должна быть потомъ подтверждена доказательствами. Указываютъ, кромѣ того, что для правовой оцѣнки судебнаго матеріала вступительная рѣчь полезнѣе, нежели послѣдующая, что произнесенная передъ представленіемъ доказательствъ рѣчь, по содержанію своему, строго ограничивается вопросами доказыванія [3]). Однако, англійская система имѣетъ значительные недостатки, перевѣшивающія ея достоинства. Въ отношеніи защиты,—что насъ тутъ только и интересуетъ,—она является чрезвычайно стѣснительной, заранѣе предопредѣляя направленіе рѣчи и то, о чемъ защитникъ вправѣ говорить, не давая ему возможности подвергнуть свободному обсужденію и оцѣнкѣ доказательства

---

[1]) Нѣмцы называютъ реплики Nebenreden. Это же имя они сообщаютъ и тѣмъ заключеніямъ, которыя стороны даютъ во время хода процесса по поводу того или иного вопроса. Nebenreden обычно бываютъ краткими, безъ особыхъ вступленій, заключеній и пр.

[2]) См. Ortloff, op. cit., § 23.

[3]) См. Frydmann, op. cit., S. 300.

въ томъ видѣ, какъ они дѣйствительно обнаружились на судѣ, а не какъ они ему представлялись первоначально. Защитникъ долженъ совершать полетъ со связанными крыльями. Нѣтъ простора при этой системѣ вольной мысли и чувству: рѣчь защитника суха; онъ только ощупываетъ данныя, но не властвуетъ надъ ними; взоры его блуждаютъ въ неизвѣданномъ пространствѣ, гдѣ должны показаться пункты въ дѣлѣ, важные для его цѣли. Защитникъ вынуждается заранѣе самостоятельно подвергать испытанію будущія доказательства. Онъ долженъ самъ допрашивать свидѣтелей и экспертовъ, дабы узнать, что именно они могутъ показать на судѣ. Занятіе это, какъ увидимъ далѣе, не можетъ считаться безупретчнымъ съ точки зрѣнія континентальнаго правопорядка и не совсѣмъ безопасно и въ самой Англіи. Поэтому англійская система встрѣтила серьезныя и заслуженныя возраженія. На континентѣ Европы, какъ и у насъ, принята иная система, именно рѣчь защитника (и обвинителя) произносится послѣ провѣрки доказательствъ, т. е. по окончаніи судебнаго слѣдствія.

Но тутъ рождается новый существенный пунктъ разногласія о томъ, должна ли эта рѣчь произноситься до постановки вопросовъ или послѣ таковой. По нѣкоторымъ законодательствамъ plaidoyers имѣетъ мѣсто тогда, когда уже выработаны и оглашены вопросы присяжнымъ засѣдателямъ. Этотъ порядокъ мотивируется тѣмъ, что защитникъ долженъ знать точно, о чемъ именно будетъ рѣшать жюри, и что пледированіе передъ постановкой вопросовъ было бы, какъ выражается M. Frydmann, eine Discussion ins Blaue, eine Erörterung welcher die Grundlage, nämlich das von den Geschworenen abzugebende Verdict, ihr Antwortsthema mangien würde [1]).

Трудно, однако, съ этимъ согласиться. Выступленіе съ защитительной (или обвинительной) рѣчью еще передъ тѣмъ, какъ судомъ предложены подлежащіе передачѣ на разрѣшеніе суда вопросы, представляетъ какъ разъ большія и неоцѣнимыя преимущества, особенно въ жюри (въ обычномъ судѣ постановка вопросовъ вообще играетъ малую роль). Это открываетъ защитнику (и обвинителю) возможность захваты-

---

[1]) Op. cit., S. 301.

вать болѣе значительныя области, касаться всѣхъ сторонъ дѣла и тѣмъ намѣтить важные пути для самой постановки вопросовъ. О какой-либо неопредѣленности сферы, въ которой вращается въ данномъ случаѣ дискуссія сторонъ, не можетъ быть рѣчи, ибо дискуссія во всякомъ случаѣ подчинена даннымъ обвинительнаго акта и судебнаго слѣдствія. На этой, несомнѣнно, правильной точкѣ зрѣнія стоитъ нашъ Уставъ Уг. Судопр. и австрійскій законъ 1873 г., по которымъ постановка вопросовъ происходитъ послѣ заключительныхъ преній сторонъ [1]).

По содержанію, защитительная рѣчь сводится къ выясненію, обоснованію и приведенію въ логическую систему доводовъ и соображеній,—долженствующихъ заинтересовать судъ въ пользу обвиняемаго,—съ цѣлью склонить судъ къ освобожденію его отъ осужденія и наказанія или къ максимуму уступокъ для него [2]).

Современная теорія не признаетъ такихъ правилъ, которыя заранѣе опредѣлили бы внутреннее содержаніе рѣчи защитника и предъявляемыя къ ней въ этомъ отношеніи требованія. Этимъ вопросомъ усердно занималась древняя риторика, которая, вырабатывая пропедевтическіе пріемы и апріорныя условія вліянія человѣка на человѣка при помощи публичнаго слова, стремилась формулировать и въ

---

[1]) Англійское право совершенно не знаетъ института постановки вопросовъ присяжнымъ засѣдателямъ. По окончаніи судебнаго состязанія присяжнымъ передается утвержденный большимъ жюри (слѣдственнымъ органомъ) обвинительный актъ, и на вытекающій изъ него обычно единственный вопросъ присяжные даютъ единственный отвѣтъ. Розинъ, Уголовное Судопроизводство, 1916 г., стр. 507. Нѣтъ института постановки вопросовъ, какъ спеціальнаго судебнаго обряда и по германскому Уст. Уг. Судопр. Во Франціи постановка вопросовъ жюри составляетъ особую, весьма сложную процедуру. У насъ отдѣльное „постановленіе вопросовъ" обязательно въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, все равно—разбирается ли дѣло съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей или безъ нихъ (но не въ мировыхъ установленіяхъ).

[2]) Задача, которую ставитъ себѣ всякое судебное производство, а стало быть и всякая судебная рѣчь—это дать полное осуществленіе правовому принципу въ спорномъ казусѣ и предупредить возможность торжества безправія надъ правомъ. Wolff, op., cit.., S. 68. Въ содержаніи защитительной рѣчи раскрывается стремленіе утвердить правоту обвиняемаго передъ лицомъ уголовнаго закона.

отношеніи выступленій на судѣ,—составлявшихъ въ тѣ эпохи главнѣйшую часть общественной и политической жизни страны,—способы словеснаго воздѣйствія, въ самомъ широкомъ масштабѣ. Риторика учила не только тому, какъ надо говорить, но и тому, что надо говорить на судѣ. Создавалось обиліе наставленій, что излагать въ propositio, probatio, conseclusio и т. д. Конечно, это были въ концѣ концовъ только формы, но онѣ глубоко забирали самое содержаніе. Въ Европѣ въ эпоху государства инквизиціоннаго, письменнаго процесса та же схоластика проникала въ письменныя объясненія, которыя защитники подавали въ судебныя мѣста. Обвинительный процессъ, отвергшій старые ритуалы въ судопроизводствѣ и поставившій себѣ цѣлью приблизить таковое къ жизни, смелъ всѣ условности и въ уголовной защитѣ. Нѣтъ болѣе выработанныхъ вѣками предустановленныхъ формъ, въ которыхъ происходило воздѣйствіе на судъ, вымаливаніе у него вниманія къ тому или иному обстоятельству (произнесеніе особыхъ сакраментальныхъ фразъ, специфическая жестикуляція, приходъ въ судъ въ разодранныхъ одеждахъ и пр.). Нынѣшній защитникъ черпаетъ изъ обширнаго кладезя живой дѣйствительности, изъ данныхъ науки, психологіи, права, исторіи, экономики. Внѣшнія рамки для средствъ логическаго и психическаго вліянія на судью замѣнены полной свободой въ выборѣ темъ защитительной рѣчи и въ проведеніи ихъ на судѣ [1]).

Если до сихъ поръ ставятъ еще вопросъ о границахъ судебной рѣчи въ уголовномъ процессѣ, то имѣютъ преимущественно только общее законное направленіе plaidoyer за-

---

[1]) Защитнику дозволяется все, что дѣйствуетъ на пониманіе, разумъ и настроеніе, съ соблюденіемъ соотвѣтственныхъ границъ Er darf sich aller Mittel bedienen, die er für angemessen hält, sobald sie nicht unredlich und unsittlich sind, darf rühren, flehen, schelten znrnen, spotten, ja selbst hohnen in seiner Rede, nur muss er in Allem das rechte Mass zu halten wissen: Volff, op, cit., S. 74. Переходъ границы заключается, между прочимъ, въ томъ, что защитникъ произноситъ при защитѣ обвиняемаго выраженія, явно содержащія въ себѣ свидѣтельское показаніе объ обстоятельствахъ, клонящихся къ оправданію обвиняемаго. Это составляетъ нарушеніе положительно выраженнаго въ законѣ (ст. 709 Уст. Уг. Судопр.) правила о несовмѣстимости роли свидѣтеля съ ролью защитника подсудимаго (Рѣш. Харьковскаго Сов. прис. пов, 1908/09—290, у Маркова, Правила адвокатской профессіи, стр. 238).

щитника. Именно, спрашиваютъ: долженъ ли защитникъ ограничиваться въ своей рѣчи отвѣтомъ обвинителю или же онъ можетъ выйти изъ этого круга и касаться предметовъ, которыхъ обвинитель не затрагивалъ. Но и эта проблема, когда-то довольно актуальная, въ общемъ разрѣшена нынѣ опредѣленно въ пользу свободы защитительной рѣчи [1]).

Хотя по условіямъ современнаго аккузаторнаго процесса, въ которомъ обвиненіе должно быть въ первую голову подтверждено и доказано, (supro) защитникъ вправѣ ограничиться негативной ролью, т. е. лишь опровергать данныя обвиненія, но обвиненіе и обвинительная рѣчь на судѣ часто не совпадаютъ, не являются чѣмъ-то идентичнымъ. Нерѣдко судьи не соглашаются ни съ однимъ изъ доводовъ публичнаго обвинителя, не задѣвающаго въ ихъ сердцахъ никакой завѣтной струны, но это еще не значитъ, что они отвергаютъ и самое обвиненіе, что они не въ состояніи судить по инымъ основаніямъ, чѣмъ тѣ, которыя привелъ обвинитель. Предвидя это, защитникъ старается освѣтить все дѣло въ цѣломъ. Онъ стремится проникнуть въ психологію судей, стать на ихъ точку зрѣнія, предвосхитить соображенія, которыя сколько-нибудь могли бы склонять ихъ принять сторону обвиненія, и обратить таковыя въ свою пользу. Словомъ, защитникъ оперируетъ въ своей рѣчи со всѣмъ защитительнымъ матеріаломъ, внѣ зависимости отъ того, какъ рисуетъ дѣло публичный обвинитель. Защитникъ занимается не прокуроромъ, а дѣломъ.

Но если нынѣ устраняются изъ судебной рѣчи всякія предвзятыя условности, если школой и мастерской должна служить для судебнаго оратора житейская реальность, то это не слѣдуетъ понимать такъ, что и самое краснорѣчіе изгоняется изъ суда, какъ нѣчто устарѣлое и ненужное. Краснорѣчіе попрежнему занимаетъ почетное мѣсто въ судахъ, оно—существенный элементъ уголовнаго процесса и нынѣ. Только суть его измѣнилась, оно приняло иной видъ. Еще Аристотель указы-

---

[1]) Въ старомъ процессѣ защитѣ давалось лишь право опровергать данныя обвиненія, права же предъявлять самостоятельныя доказательства она не имѣла, получивъ его лишь мало-по-малу (Фойницкій).

валъ, что въ риторикѣ существенны доказательства, а прочее—нѣчто добавочное. Лучшіе судебные ораторы древности обращали главнымъ образомъ вниманіе именно на доводы и доказательства [1]). Прибѣгать въ судебной рѣчи къ орнаментамъ, игнорируя внутреннее содержаніе и цѣль рѣчи—убѣдить, еще и тогда многіе признавали,—какъ и теперь почти всѣ признаютъ,—противоестественнымъ и оскорбительнымъ для человѣческаго достоинства [2]). Но все же древняя риторика, (зародившаяся еще ранѣе, чѣмъ въ древней Греціи и Римѣ,—въ Сициліи), подъ которою разумѣютъ ученіе о внутреннемъ и внѣшнемъ связываніи мыслей и ихъ выраженіи путемъ словъ [3]), занималась болѣе всего внѣшними аттрибутами рѣчи. Только французскіе судебные защитники XIX вѣка впервые эмансипировали окончательно судебную рѣчь, утвердивъ за собою право говорить на судѣ простымъ, непринужденнымъ языкомъ и въ непринужденной формѣ [4]). Нынѣ судебная элоквенція стремится быть ораторствомъ духа, мыслей и чувствъ, ораторствомъ вдохновенія и убѣжденности, ораторствомъ, основаннымъ на знаніи дѣла, на правѣ и гуманности. Такое судебное краснорѣчіе импонируетъ суду,—не только присяжнымъ засѣдателямъ, но и профессіональнымъ судьямъ. Оно содѣйствуетъ пробужденію интереса къ тому, что при обычныхъ условіяхъ

---

[1]) Въ старой Греціи „каждый гражданинъ, желавшій принимать дѣятельное участіе въ общественной жизни, долженъ былъ обладать даромъ слова. Еще задолго до Сократа существовали школы ораторскаго искусства, въ которыхъ преподавалось все, что необходимо для выступленія въ качествѣ оратора передъ народомъ. Что касается спеціально судебной сферы, то и въ ней краснорѣчіе играло важную роль. Е. Васьковскій, Организація адвокатуры, I, стр. 27, Maass, Grundriss der Rhetorik, 1829, S. 13.

[2]) L'interessarsi non per la causa, ma peregli effeminati ornamenti di essa e un tradir la Natura, che dessi imitare, per giungere a persuadere (Giuseppe Aureliodi Gennaro, Delle visione manere del difendere le cause nel foro, 1744, p. 66). „Красно, пестро, да толку нѣтъ". „Велерѣчье часто наноситъ увѣчье".

[3]) Wnlff, op. cit., S. 6.

[4]) Между прочимъ, по замѣчанію, брошенному вскользь Алдановымъ въ „Современникахъ" относительно Анри Роберъ, послѣдній произвелъ въ судебномъ краснорѣчіи такую же реформу, какую сдѣлалъ Клемансо въ краснорѣчіи политическомъ: оба они порвали съ традиціей „пышнаго слова" (стр. 72). Можно, однако, утверждать, что эта реформа судебной рѣчи во Франціи совершена была еще гораздо раньше.

ускользнуло бы отъ вниманія суда [1]). Выясняя дѣло со всѣхъ сторонъ, съ разнообразныхъ точекъ зрѣнія, выходящихъ изъ узкихъ предѣловъ конкретнаго явленія, разсматривая дѣло сквозь призму условій соціальныхъ, нравственныхъ, естественно-историческихъ, экономическихъ и пр., оно поднимаетъ данный казусъ на высоту общественнаго феномена и связываетъ его съ идеей обще-человѣческой солидарности. Недаромъ болѣе или менѣе значительное дѣло (съ участіемъ видныхъ защитниковъ) приковываетъ къ залу суда взоры общества. Судебные дѣятели знаютъ, что наполняющая ауди-торіи суда публика—не сплошь праздные люди, падкіе на сенсаціи, что среди этой публики, напротивъ, большинство состоитъ изъ лицъ, реагирующихъ на связанный съ дѣломъ соціальный интересъ, переживающихъ этотъ интересъ, какъ свой собственный [2]). Судебныя рѣчи развертываютъ передъ слушателями житейскія картины, проблемы общественности и общежитія, учатъ жизни и праву. Въ нихъ играютъ весьма часто отблески и отраженія жизни и чувствъ всего человѣчества. Едва ли есть еще такой мощный рычагъ духовнаго воздѣйствія, какъ судебное краснорѣчіе, въ которомъ положительныя и отрицательныя явленія общежитія вскрываются со всей полнотой, обнаруживаются добродѣтели, обнажаются язвы, слова властвуютъ надъ умами, а полетъ чувства и фантазіи сдерживается законными вѣхами. Достойный своей миссіи защитникъ не пренебрежетъ способностью, которая, по выраженію уже цитированнаго нами стараго итальянскаго автора (di Gĕnarro), есть facoltà si splendida e gloriosa per dimonstrar nel proprio aspetto suo la signoria, che per mezzo dell, eloquenza, sau fida compagna e ministra, vanta sul cuore e sulla volonta altrui. Краснорѣчивый ораторъ вли-

---

[1]) Вызвать интересъ въ судьяхъ—въ этомъ все искусство защитительной рѣчи, какъ судебной рѣчи вообще (Ср. Zachariä, op., cit., S. 231, Orttloff op., cit. S. 4).

[2]) Jn einer Criminal—Sache ist die gesamte bürgerliche Gesellchaft (mithin auch ein jeder einzelne Unterthan) Partei. Zachariä, op., cit., S. 243. Не даромъ говорятъ о непосредственной соціально—правотворческой связи между судомъ и сторонами въ процессѣ. Народныя и общественныя воззрѣнія на осужденіе и наказаніе получаютъ откликъ и выраженіе не только въ судебномъ приговорѣ, но и въ рѣчахъ (какъ и вообще во всѣхъ актахъ и дѣйствіяхъ) обвиненія и защиты.

яетъ не только на другихъ, но и на себя, усиливая и обогащая содержаніе рѣчи въ моменты самаго творчества на судѣ, путемъ ассоціацій, путемъ „откровенія“, въ лучшемъ смыслѣ этого понятія. Никакая подготовка, никакое предварительное обдумываніе не родятъ тѣхъ образовъ и идей, какія могутъ даваться внезапно въ атмосферѣ потока краснорѣчія. Такова природа человѣка, что слово его способно не только мстить, но и благодарить за себя.

Правда, проблема отношенія защитника къ риторикѣ не входитъ прямо въ область законодательства, не составляетъ legis materia. Но не слѣдуетъ забывать отчасти поведеніе защитниковъ на судѣ, стало быть, также способъ ихъ объясненія и судоговоренія подлежитъ все же учету для опредѣленія занимаемаго ими въ законѣ мѣста и положенія. Объ этомъ трактуетъ Ruth въ своемъ неоднократно здѣсь цитируемомъ сочиненіи [1]). Самъ Ruth скептически относится къ искусству рѣчи въ уголовномъ дѣлѣ („weniger Kunst wäre oft mehr“), упрекая, какъ думается, безъ достаточнаго основанія, Vargha за то, что послѣдній удѣляетъ въ своей работѣ „Die Verteidigung in Strafsachen, 1879“, почетное мѣсто „риторикѣ защиты“ [2]). Защитникъ долженъ скрывать, по возможности, отъ слушателей, т. е. судей избираемые имъ пріемы краснорѣчія, и въ этомъ отношеніи правильно изреченіе „ars summa est artem celare“. Но невѣрно утвержденіе Ruth [3]), будто высшее искусство защитника должно darin bestehen überhaupt keine Kunst anzuwendan, zu verzichten auf den bewussten Gebrauch von Kunstformen“. Поскольку „искусство“ сводится въ данномъ случаѣ къ тому, чтобы въ лучшей формѣ, сильнѣе и ярче выразить передъ судьями свои выводы, мысли и чувства, съ цѣлью не „увлечь ихъ“, „заставить забыться“ и пр., а убѣдить и

---

[1]) S. 52.

[2]) Къ болѣе основательному выводу, чѣмъ Ruth, пришелъ, послѣ продолжительной практики, Mamoroth, Vier Jahrzehnte Verteigertätigkeit, in DJZ, 1929, H. 1, S. 68: „Sein (защитника) Rüstzeig hierzu ist ausser seinem juristischeu Wissen Takt, ein menschenfreundlich warm herziges Empfinden und eine Rhetorik, die dem Garicht den Eindruck hinterlässt, dass ein Mann aus ehrlicher Ueberzeugung zu ihm spricht“.

[3]) Ib.

даже тронуть, оно — неизбѣжный пріемъ рѣчи, отъ котораго защитники никогда ни отказывались и отказаться не могутъ [1]).

Но здѣсь возникаютъ обычные вопросы: возможно ли трактовать о „стараніяхъ“ по отношенію къ судебному краснорѣчію, не есть ли оно дарованіе, не постигаемое никакими усиліями человѣка, если оно не присуще ему отъ природы, и т. д. Мы примыкаемъ къ той точкѣ зрѣнія, что судебное краснорѣчіе, какъ и краснорѣчіе вообще, не есть нѣчто безусловное и предопредѣленное, положенное отмѣченнымъ судьбою лицамъ въ колыбель при самомъ рожденіи и не поддающееся никакому искусственному взращиванію и развитію. Даръ слова, въ смыслѣ умѣнія выражать въ рѣчи свои мысли и чувства и вліять на волю и психику другого, присущъ каждому человѣку—in potentia—въ той или иной мѣрѣ. Развить его индивидуумъ въ состояніи путемъ труда и навыка, путемъ совершенствованія своихъ способностей, своихъ знаній, своей духовной и моральной личности.

Чѣмъ брали величайшіе судебные ораторы, въ чемъ таилась сила ихъ успѣха? Они упорно работали надъ собой,

---

[1]) Философы и ученые въ разныя времена разсуждали на тему о томъ, полезно или вредно для государства краснорѣчіе, и приходили къ выводу: все зависитъ отъ характера краснорѣчія Kant, Kritik der Urteilskraft, § 33, Zachariä, op., cit, S. 15, 20 ff. И въ судебномъ краснорѣчіи все обусловливается цѣлями, къ которымъ стремится ораторъ, методами, которые онъ избираетъ. Судебное краснорѣчіе высоко стоитъ во Франціи и въ Италіи, гдѣ на процвѣтаніи его косвенно отразился тотъ политическій интересъ, который пробуждало въ народѣ и обществѣ краснорѣчіе вообще. Во Франціи желающій получить академическую степень на Юридическомъ Факультетѣ долженъ предварительно выслушать лекціи по стилю и элоквенціи. Германія попрежнему имѣетъ въ этой области nur Wünsche und Hoffnungen См. Zachariä, ib, S, 27, 41. На должную высоту ставили судебное краснорѣчіе и органы адвокатскаго самоуправленія въ Россіи, охраняя „живо слово судебнаго оратора, произносимое подъ живымъ впечатлѣніемъ раскрывающихся на судѣ фактовъ“, и находя, что одна только полная „безрегламентная свобода“, „окрыляя творческую мысль оратора, поднимаетъ его могучее слово на высоту того истиннаго вдохновенія, при которомъ только и можетъ онъ властно управлять настроеніемъ слушателей, „глаголомъ жечь сердца людей“, по выраженію поэта“. (Рѣш. Моск. Сов. прис. пов. 1898/99—184 и Марковъ, Правила адвокатской профессіи, стр. 234).

воспытывали себя въ самодисциплинѣ и самоиниціативѣ. Почти всѣ судебные ораторы, начиная отъ Демосфена и кончая Дюпеномъ и Спасовичемъ, не только не были „одарены" отъ природы способностями оратора, но, наоборотъ, какъ будто лишены были элементарныхъ данныхъ, необходимыхъ для ораторскаго успѣха (плохой голосъ, заиканіе, робость). Лишь энергія и сосредоченность стремленія, въ виду намѣченной цѣли—достигнуть совершенства въ словѣ—выдвинули ихъ въ разрядъ первоклассныхъ ораторовъ [1]). Но и среди обычныхъ, такъ сказать, „рядовыхъ" защитниковъ замѣчались такія же метаморфозы и превращенія. Положеніе oratores fiunt весьма жизненно и особенно въ приложеніи къ краснорѣчію на судѣ, гдѣ ораторъ дѣйствуетъ испытанными средствами, оперируетъ конкретнымъ, опредѣленнымъ доступнымъ для изученія матеріаломъ, гдѣ слова цѣнятъ и имъ внемлютъ, а импульсъ къ выработкѣ красоты и мощи слова весьма силенъ.

Никто не станетъ, конечно, утверждать, что всякій, даже страдающій явными, органическими недостатками рѣчи

---

[1]) О Спасовичѣ, по поводу причисленія его къ „семьѣ" русскихъ судебныхъ ораторовъ", однимъ современникомъ было замѣчено, что въ немъ нѣтъ ничего ни „русскаго", ни „судебнаго", ни „ораторскаго". Дѣйствительно Спасовичъ, великолѣпныя рѣчи котораго на протяженіи многихъ лѣтъ потрясали слушателей въ залахъ русскихъ судовъ, вначалѣ не владѣлъ въ совершенствѣ рѣчью, смущался на судѣ и сбивался. — Относительно Демосфена всѣ образованные люди знаютъ, насколько трудно было ему сдѣлаться ораторомъ вслѣдствіе внѣшнихъ недостатковъ, которыми одарила его судьба въ большей мѣрѣ, чѣмъ краснорѣчіемъ. Хотя легенды о хожденіи его по берегу моря для заглушенія своимъ голосомъ шума волнъ, о набираніи имъ „камешковъ" въ ротъ во время декламаціи для борьбы съ косноязычіемъ и т. п. оказываются простыми выдумками (Treppenwitze der Weltgeschichte), какъ то теперь почти достовѣрно установлено, но несомнѣнно, что постоянныя и упорныя упражненія даже внѣшняго рода, физическія и иныя, отличаютъ жизнь Демосфена, который ораторомъ, повидимому, скорѣе сдѣлался, „чѣмъ родился". На протяженіи всей новѣйшей исторіи Демосфенъ, какъ извѣстно, считался первымъ образцомъ краснорѣчія. Даже въ наши эпохи учителя риторики высказывали единодушно мнѣніе, что ничто не можетъ быть столь полезнымъ для оратора, какъ знакомство съ ораторскими пріемами Демосфена. Il y a dans cet orateur (Демосфенъ) quelque chose de si naturel et de si entrainant, que les élèves ont trois fois plus de chances d'arriver à une bonne déclamation en débitant Ses harangues, qu' en prononçant les discours des autres orateurs. Clerc, Essai sur l'art oratoire 1854, p. 22.

или совершенно неприспособленный по своему умственному и духовному складу къ роли уголовнаго защитника, можетъ на этой почвѣ достигнутъ блестящихъ успѣховъ только трудомъ и стараніями. Риторика, понимая подъ нею какъ органическіе, такъ и искусственные пріемы обработки рѣчи, никогда не создавала въ этомъ отношеніи чудесъ, не преображала людей, не творила талантовъ тамъ, гдѣ ихъ не было [1]). Однако, опытъ свидѣтельствуетъ, что во многихъ случаяхъ трудъ и искусство доводили до совершенства имѣющіяся у оратора способности и дарованія, создавали крупныхъ судебныхъ ораторовъ изъ лицъ, обладавшихъ указанными качествами даже въ минимальной мѣрѣ, и вообще сносныхъ ораторовъ тамъ, гдѣ почвы для дальнѣйшаго развитія не находилось.

Но если даже не согласиться со сказаннымъ выше о возможности для каждаго, въ той или иной степени, совершенствоваться въ искусствѣ рѣчи, то во всякомъ случаѣ нельзя не признать той истины, что гораздо большее количество людей, чѣмъ это можно думать, обладаютъ даромъ слова. Онъ весьма часто не обнаруживается лишь вслѣдствіе пренебреженія къ нему, неопытности и пр. И только культъ рѣчи въ состояніи выявить этотъ даръ, отшлифовать его, какъ отшлифовывается драгоцѣнный камень.

Уголовный защитникъ болѣе, чѣмъ кто-либо иной, обязанъ культивировать слово, въ которомъ сосредоточивается квинтъ-эссенція его дѣятельности, его заслуги и честь его.

Совершенствовать рѣчь значитъ обрабатывать ее съ внѣшней и внутренней стороны.

Съ внѣшней стороны отъ рѣчи всякаго оратора, въ томъ числѣ и судебнаго, требуется понятность, ясность, правильность, благозвучность. („Каждое слово навырѣзъ"). Все это составляетъ предметъ особаго искусства, о которомъ трактуютъ старые и новые труды по риторикѣ и элоквенціи.

---

[1]) Общераспространенное ходячее мнѣніе объ „одаренности свыше" оратора Bautin формулируетъ такимъ образомъ: Il faut... pour exercer avec succès l'art de la parole ou parler avec eloquence un talent naturel, qui est un don du ciel, et que toute la science du monde avec ses preceptes et l'enseignement avec ses exercices, ne peuve supllée" (op. cit., p. 35).

Объ этомъ не приходится здѣсь распространяться. Что касается внутренней стороны судебной рѣчи, то въ этомъ отношеніи играютъ роль многіе правила и пріемы, которые преподала еще древняя риторика и которые въ значительной мѣрѣ сохранили силу до настоящаго времени. Они исходятъ изъ свойствъ человѣческой натуры, изъ психологическихъ особенностей воздѣйствія, оказываемаго словомъ на судъ.

Рѣчь защитника—судебная рѣчь, какъ и всякая иная, дѣлится въ риторикѣ на вступленіе, изложеніе обстоятельствъ и доказательствъ и заключеніе. Аристотель прибавляетъ сюда еще опредѣленіе темы (сейчасъ же по вступленіи), Цицеронъ—построеніе темы (послѣ изложенія [1]).

Вступленіе, порталъ къ храму, по выраженію Цицерона, имѣетъ задачей приготовить судъ къ слушанію того, что будетъ излагаться въ пользу обвиняемаго [2]).

Въ англійскомъ процессѣ, начинающемся, какъ было сказано, съ рѣчей сторонъ, вступленіе защитника играетъ большую роль, ставя себѣ цѣлью освѣтить заранѣе точку зрѣнія оратора на дѣло и расположить судей въ свою пользу, создать въ нихъ благопріятное отношеніе и къ защитѣ и къ доказательствамъ, которыя она имѣетъ привести впослѣдствіи (captatio benevolentiae). Древніе ораторы считали, что вступленіе должно выиграть въ свою пользу не только вниманіе, но и мнѣніе судей. Въ нынѣшнихъ судахъ континента Европы вступленіе обычно заключаетъ въ себѣ общій обзоръ задачи, которую ставитъ себѣ ораторъ [3]).

Въ судебной рѣчи вступленіе часто даже менѣе настоятельно, чѣмъ въ иныхъ рѣчахъ: судьи, особенно такъ называемые

---

[1]) Никакое подраздѣленіе не связываетъ облигаторно нынѣшняго судебнаго оратора, какъ это было въ древности, но въ дѣйствительности каждая судебная рѣчь заключаетъ въ себѣ, хотя бы въ эмбріональномъ состояніи, всѣ изложенныя части.

[2]) Вступленіе, какъ и предисловіе къ книгѣ, составляется обыкновенно по окончаніи. Но во всякомъ случаѣ раньше, чѣмъ рѣчь начинается, всѣ матеріалы должны быть уже готовы и обработаны (Hamilton Parlamentarische Logik Taktik und Phetorik, deutsche Uebertragung von R. v. Mohl, 1924, S. 24.

[3]) Ortloft, op. cit., S. 182.

„коронные“, и безъ того расположены къ слушанію, будучи обязаны къ тому по закону. Слишкомъ прозрачныя и тонкія вступленія, въ которыхъ усматривается нарочитое желаніе защитника привлечь особую бдительность судей къ данному дѣлу, неумѣстны и могутъ показаться оскорбительными суду, для котораго „всѣ дѣла одинаково равны“. Часто вступленіе защитника сводится къ заявленію, что онъ не будетъ дѣлать никакихъ вступленій („храмъ безъ портала“), а прямо перейдетъ къ дѣлу. Этимъ защитникъ какъ бы желаетъ избѣжать вульгарныхъ заявленій во вступленіи (exordium vulgare, magnis saepe oratoribus non evitatum,—(Quintilian, Zachariä). Нерѣдко вступленіемъ является какое-нибудь важнѣйшее обстоятельство дѣла, ударный пунктъ, съ котораго и ведется дальнѣйшая защита. Порою защитникъ во вступленіи констатируетъ ту или иную общую истину, которую онъ намѣренъ въ дальнѣйшемъ подтвердить и подкрѣпить (Wolff). Иногда защитникъ начинаетъ съ указанія на обстоятельство, волнующее или занимающее общество въ данную минуту и имѣющее ту или иную связь съ даннымъ процессомъ [1]).

Недопустимо во вступленіи разглагольствованіе защитника о самомъ себѣ, о „скромности“ своихъ силъ и пр. (какъ это бывало въ рѣчахъ Цицерона). Неумѣстно также начинать защитительную рѣчь съ разбрасыванія лестныхъ словъ судьямъ по поводу ихъ „ внимательнаго отношенія къ дѣлу“ и т. д. (хотя у многихъ уголовныхъ защитниковъ это—излюбленный экзордіумъ). „Занимайтесь дѣломъ“,—эти слова назрѣваютъ въ умахъ судей по адресу такого защитника,—а иногда срываются съ языка.

Во всякомъ случаѣ, вступленіе должно находиться въ непосредственной органической связи съ дальнѣйшимъ изложеніемъ.

Съ одной стороны, защитнику не слѣдуетъ открывать свою рѣчь передъ судомъ „общими мѣстами“ (loci communes),

---

[1]) Недурнымъ выйдетъ вступленіе, если въ немъ ораторъ сведетъ воедино всѣ пункты, относительно которыхъ всѣ согласны, чтобы затѣмъ оттѣнить и выявить пункты разногласія и расхожденія. Hamilton, назв. соч., стр. 24.

памятуя слова Цицерона: „Causarum propria debent esse principia. Ex visceribus causae sumendae sunt". Съ другой стороны, во вступленіи не должно быть ничего неожиданнаго, рѣзкаго, что можетъ прозвучать какъ „диссонансъ" съ серьезностью процесса, показаться рисовкой со стороны защитника,— столь неумѣстной на судѣ, поученіемъ и т. д. [1]).

Когда дѣло выдвигаетъ особо важные моменты—характера юридическаго, общественнаго, политическаго или иного— когда данный казусъ можно разсматривать подъ угломъ зрѣнія какого-либо коллективнаго интереса, обо всемъ этомъ умѣстно распространяться защитнику, но въ такомъ случаѣ это относится болѣе уже не ко вступленію, а къ самому существу защитительной рѣчи [2]).

Древніе судебные защитники въ exordium старались зажечь чувства, воспламенить судей. Это было естественно, принимая во вниманіе, что судилъ самъ народъ въ большомъ и шумномъ собраніи, гдѣ много было различно заинтересованныхъ людей, гдѣ люди другъ другу мѣшали слушать и вносили безпорядокъ. Хорошо знакомые съ психологіей массъ, ораторы такимъ путемъ выигрывали вниманіе

---

[1]) Молодой защитникъ начинаетъ: „Г. г. судьи, я хочу прежде, чѣмъ приступить къ изложенію дѣла, привести одинъ примѣръ". Предсѣдатель тутъ же останавливаетъ его: „Мы не можемъ слушать примѣры, говорите прямо о дѣлѣ". Въ иномъ видѣ и въ иномъ мѣстѣ рѣчи поднесенный этотъ „примѣръ", избранный защитникомъ, могъ бы легко пройти и произвести дѣйствіе. Другой защитникъ въ выѣздной сессіи распространяется передъ присяжными засѣдателями о задачѣ суда присяжныхъ, о святости ихъ присяги. Нетерпѣливый предсѣдатель, уже готовящійся къ отъѣзду изъ сессіи, замѣчаетъ по этому поводу: „Нужно помнить присяжнымъ засѣдателямъ не только о святости присяги, но и о томъ, что послѣдній пароходъ скоро уходитъ". Подобное замѣчаніе не отвѣчаетъ достоинству суда, но оно хорошо свидѣтельствуетъ, въ какой атмосферѣ приходится иногда дѣйствовать защитникамъ на судѣ.

[2]) Crassus въ своемъ діалогѣ de oratore требуетъ, чтобы ораторъ въ началѣ рѣчи производилъ впечатлѣніе человѣка, находящагося въ затрудненіи и боязни. Такіе защитники, какъ Спасовичъ, Андреевскій, Пассоверъ въ крупныхъ выступленіяхъ сначала дѣйствительно говорили робкимъ, смущеннымъ тономъ и голосомъ. Если такой пріемъ искренній, онъ подкупаетъ, какъ и всякая искренность, и способенъ расположить и привлечь вниманіе судей въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ рѣзкое и самоувѣренное вступленіе („Не хвались еще заранѣ").

толпы и сосредоточивали его на обстоятельствахъ дѣла. Но уже Аристотель высказался противъ пріема „воспламененія“: „Судебная рѣчь—говорилъ онъ—не должна отвлечь судью отъ существа дѣла, унося его на почву гнѣва, зависти или состраданія. Это было бы похоже на то, что инструментъ, который предназначенъ служить для выравниванія, уже съ самого начала дѣлаютъ кривымъ“. Въ нынѣшнихъ судахъ, гдѣ защитникъ, вообще говоря, не вправѣ жаловаться на отсутствіе „вниманія“ со стороны судей, начинать съ воспламененія означаетъ часто не расположить слушателей, а скорѣе раздразнить ихъ. Взвиваясь ракетой, вступительное слово защитника должно затѣмъ угасать, мало-по-малу опускаться внизъ, иногда, увы, съ немалымъ вредомъ для общаго успѣха защиты. Между тѣмъ и нынѣ еще многіе защитники, руководимые недовѣріемъ къ бдительности судей, прибѣгаютъ на судѣ къ подобнымъ „ракетамъ“.

Защитники допускаютъ и иного рода „вступительныя излишества“. Считая обязательной „предварительную обработку вниманія суда“, они растягиваютъ вступленіе, нагромождаютъ одинъ exordium на другой, такъ что получается уже „вступленіе ко вступленію“ (при чемъ loci communes здѣсь, конечно, неизбѣжны). Такими „вступленіями“ судьи приводятся въ состояніе „свинцоваго утомленія“: ихъ вниманіе ослабляется, а порою и совершенно исчерпывается.

Описаніе предмета рѣчи—propositio, questio, status causae—это объясненіе сущности защиты въ видѣ изложенія тезисовъ и положеній, которыя намѣренъ отстаивать защитникъ въ своей рѣчи. Такое описаніе обычно въ гражданскомъ дѣлѣ, но оно практикуется и въ уголовныхъ защитахъ. По Цицерону, для того, чтобы ясно представить себѣ questio, защитнику слѣдуетъ думать о роли обвинителя и разсмотрѣть весь матеріалъ съ его точки зрѣнія. Другіе предпочитаютъ становиться на точку зрѣнія судьи и спросить себя, въ чемъ вина и въ чемъ невиновность обвиняемаго [1]). Zachariä, видя въ правильной постановкѣ questio—Streitfrage—„das eigentliche Gehemniss der gerichtlechen Bered samkeit, находитъ, что ораторъ сначала долженъ самъ отдать себѣ отчетъ въ сущ-

[1]) Mittermayer, op. cit., § 98.

ности спорнаго вопроса, прежде, чѣмъ онъ въ состояніи будетъ выработать или держать рѣчь [1]). Древніе судебные защитники въ этой части рѣчи ставили себѣ извѣстныя границы, дабы и самимъ знать, о чемъ говорить суду, и обвинителю дать возможность судить, на какіе пункты онъ долженъ возражать, такъ какъ защита всего чаще сводилась именно къ полемизированію съ обвинителемъ. Такъ смотрятъ на дѣло нѣкоторые и въ нынѣшнія времена [2]). Этотъ порядокъ замѣчается отчасти въ Англіи, гдѣ уголовные защитники стараются въ своихъ рѣчахъ сейчасъ же намѣтить положенія, которыя они будутъ поддерживать въ дальнѣйшемъ (open the case). Описаніе темы способствуетъ усвоенію судомъ принятыхъ защитникомъ основаній. Опытные защитники (по примѣру Цицерона) вводятъ его въ свои рѣчи, чтобы избѣжать всякой неопредѣленности и расплывчатости и пойти навстрѣчу суду облегченіемъ ему возможности слѣдить за планомъ рѣчи и ходомъ аргументаціи.

Наиболѣе важная и существенная часть рѣчи—это, конечно, исполненіе темы, иными словами, изложеніе данныхъ дѣла и соображеній. Въ этой области риторика вырабатывала подробныя правила объ основаніяхъ и силѣ аргументовъ и доказательствъ. Они касаются доводовъ: объективныхъ (отсутствіе данныхъ о совершеніи обвиняемымъ приписываемаго ему преступленія или наличность указаній о совершеніи имъ чего-то меньшаго, чѣмъ то, что ему приписывается), субъективныхъ (невмѣняемость, аффекты, заблужденіе, необходимая оборона), общественно-политическихъ (нецѣлесообразность осужденія и наказанія), правовыхъ (составъ преступленія) и пр. Какъ многообъемлющія формулы абстракт-

---

[1]) op., cit., S. 70.

[2]) Zachariä, хотя и отличаетъ уголовный процессъ отъ гражданскаго въ смыслѣ релативности рѣшенія по второму, утверждаетъ, однако: Da iedoch der gerichtliche Redner auch in einer Criminal—Sache nur dieinigen Fragen, als Ankläger ausführlich zu eröteren und als Verteidiger überhaupt zu beantwortnn hat, die der Lage des vorliegenden Falles nach in der That als streitig betrachtet werden können, so wird die Streitfrage ia Criminal-Sachen in Beziehung auf den Jnhalt gerichtlicher Reden, durch die Eiuwendung bestimmt, die der Angeklagte der Anklage mit Grund entgegensetzen kann, (op. cit., S. 68).

наго свойства, правила эти въ небольшой степени пригодны нынѣ въ качествѣ конкретнаго руководства въ уголовномъ дѣлѣ. Точно также лишь отдаленную помощь даютъ риторическія директивы о самомъ распредѣленіи аргументаціи. Такъ, по мнѣнію, господствующему еще со временъ Квинтиліана, болѣе сильныя соображенія должно приводить въ концѣ рѣчи, дабы, окончивъ рѣчь, оставить судей подъ дѣйствіемъ убѣдительныхъ доводовъ. Ссылаясь на то, что слѣдуетъ опасаться вызвать уже съ самаго начала неблагопріятное предубѣжденіе суда, Цицеронъ требовалъ располагать сильные аргументы въ началѣ и концѣ рѣчи, а слабые „запрятывать" въ серединѣ. Такое же мнѣніе поддерживаетъ Миттермайеръ: „Остался средній путь, чтобы сильнѣйшія доказательства помѣщались въ началѣ и концѣ, а слабѣйшія—въ серединѣ рѣчи" [1]). Несомнѣнно, однако, что нельзя предрѣшить заранѣе, разъ навсегда, этотъ порядокъ расположенія доказательнаго матеріала. Если, по общему правилу и даннымъ психологіи, на человѣческую волю и мысль ораторъ дѣйствуетъ наростаніемъ интенсивности убѣжденія, и стало быть все, болѣе убѣдительное, должно слѣдовать за менѣе убѣдительнымъ, то, съ другой стороны, бываютъ случаи, когда защитнику приходится, для успѣха дѣла, сразу же изложить главнѣйшіе и сильнѣйшіе доводы и лишь затѣмъ пополнять ихъ второстепенными соображеніями, какъ бы дополняющими первые, покрывающими тѣ пробѣлы, которые въ нихъ могли оказаться. Все зависитъ отъ условій и обстановки каждаго отдѣльнаго казуса.

Наконецъ, что касается заключенія, то въ немъ содержится, преимущественно, краткое повтореніе основныхъ выводовъ и сущность домогательствъ защиты. Conclusio выражаетъ то, о чемъ проситъ защитникъ, какого приговора онъ ожидаетъ. Объ этомъ защитникъ вправѣ, конечно, говорить и въ другихъ мѣстахъ рѣчи. Излагая въ conclusio свои окончательныя требованія на судѣ (петитъ), защитникъ

---

[1]) Цит. соч., стр. 199. Срвн., по этому предмету, отчасти, также Hamilton, назв. соч. стр. 52: „Wenn man verteidigt, muss man alle Hindernisse gleich im Anfang wegräumen, wenn man angreift, die Vorwürfe gegen das Ende Zu häufen, damit Sie... im Gedächtniss bleiben".

присоединяетъ къ нимъ и разнаго рода обращенія (peroratione[1]).

Заключеніе (какъ и вступленіе) не должно быть слишкомъ сложнымъ и повторнымъ, дабы,—по нѣкоторымъ хорошимъ сравненіямъ,—не получилась картина того, какъ гость уже совсѣмъ собрался уходить, но вмѣсто того, чтобы уйти, все возвращается обратно, или—какъ наблюдаемая съ берега барка хочетъ войти въ гавань и не можетъ [2]).

Общее правило, что удачное и эффектное окончаніе способно скрасить недостатки рѣчи и обезпечить конечный успѣхъ ея, приложимо къ защитительной рѣчи cum grano salis. Атмосфера суда, сама по себѣ, не благопріятствуетъ орнаментамъ въ рѣчи, пышнымъ заключеніямъ, какъ и пышнымъ вступленіямъ [3]).

Кромѣ изученія архитектоники рѣчи, элоквенція занимается вырабатываніемъ законовъ непосредственнаго вліянія на слушателей въ видѣ „открытыхъ тайнъ ораторскаго искусства". Въ нихъ судебное краснорѣчіе черпаетъ необходимое или полезное для успѣха рѣчи, а также указанія на то, отъ чего надлежитъ воздерживаться на судѣ, какъ вреднаго для поставленной въ рѣчи цѣли.

---

[1]) Тамъ, гдѣ законъ предписываетъ участіе прясяжныхъ засѣдателей и заключительное слово предсѣдательствующаго, conclusio защитника сильно теряетъ въ своемъ вѣсѣ, такъ какъ присяжные засѣдатели обычно ожидаютъ заключительнаго слова предсѣдательствующаго и менѣе сосредоточиваютъ вниманіе на заключеніи сторонъ, Ortfioll cit,, S, 529. Гдѣ заключительнаго слова предсѣдателя нѣтъ, резюме приходится часто дѣлать защитнику.

[2]) Квинтиліанъ замѣтилъ: decurendum est per capita; nam si morabimur, non jam enumeratio, sed altera quasi fiet oratio. О, если бы иной ораторъ, томящій судей нескончаемыми заключеніями, могъ чувствовать, какое дѣйствіе онъ оказалъ бы на нихъ, какое благодѣяніе имъ причинилъ бы, если бы вдругъ прервалъ свою рѣчь и заявилъ: „я кончилъ". Впрочемъ, это относится не къ однимъ „заключеніямъ".

[3]) Заключенія, вродѣ того, что „общество ждетъ отъ суда нелицепріятнаго приговора", „Я ввѣряю судьбу своего подзащитнаго вашему справедливому рѣшенію" и т. д. суть тривіальные loci communes и меньше соотвѣтствуютъ достоинству суда, чѣмъ это думаютъ многіе защитники.

Элоквенція предписываетъ простоту, связность, краткость.

Рѣчь надлежитъ излагать въ достойной аудиторіи формѣ [1]). Если всякому оратору слѣдуетъ держаться уровня пониманія и развитія своихъ слушателей, то для защитника, творящаго вмѣстѣ съ судьями единое дѣло, весьма опасна плоскость общаго расхожденія съ послѣдними въ отношеніи оцѣнки права, фактовъ и событій. Онъ не долженъ возноситься надъ судьями, а тѣмъ болѣе давать имъ чувствовать свое превосходство.

Постулатъ связности рѣчи означаетъ, что доводы и соображенія находятся въ координаціи и подчинены общей темѣ. Они должны быть освѣщены съ фактической и юридической сторонъ такъ, чтобы главнѣйшіе аргументы были выдвинуты впередъ, безъ загроможденія ихъ излишними подробностями (Makrologie, genus dicondi asiaticum). Что касается постулата краткости, одобряемой многими, даже философами, какъ способъ укрѣпить и уточнить мысль и усилить впечатлѣніе (Шопенгауеръ хвалитъ die kernige Kürze), вызывающей въ слушателяхъ представленіе о серьезности, обдуманности рѣчи,—то практика поучаетъ, что судебный ораторъ не вправѣ позволить себѣ большихъ отступленій, Aigressionen—Abschweifungen, ибо излишнее въ рѣчи вредитъ (superflus nocent) уже потому, что судья легко упускаетъ изъ виду существенное, когда утомленъ подробностями [2]).

---

[1]) Требуя отъ своихъ учениковъ: redet wie die meisten, Grazian утѣшаетъ ихъ, что они должны denken wie die weinigsten (Finger, Diplomatisches Reden, 1927, S. 69).

[2]) Останавливаться на мелкихъ данныхъ (minima praetor non curat), вдаваться въ ньюансы значитъ вызывать утомленіе судей и достигать плачевныхъ результатовъ. Бывали случаи, когда подъ вліяніемъ такихъ рѣчей присяжные засѣдатели засыпали. Недаромъ было кѣмъ-то замѣчено, что „заснуть это тоже дать отвѣтъ на рѣчь“. Говоря словами Freudenstein, „die wahre Kunst des Vortrags besteht darin, dass man gerade das Rechte, was zum Zweck führt, auf die Zweckmässigste Art vorträgt: Partei und Rechtsanwalt, 1884, S. 154. Цицеронъ требовалъ: quod non solum quod opus esset diceres, sed etiam quod non opus est non di ceres. Въ одномъ изъ недавнихъ громкихъ процессовъ, въ которомъ принимали участіе три защитника, изъ нихъ

При этомъ, однако, въ данномъ случаѣ, какъ и вообще въ юридической риторикѣ, надо воздерживаться отъ недостатка впасть въ педантизмъ [1]). Защитнику приходится порою такъ или иначе распространяться при интерпретаціи фактовъ, особенно передъ присяжными засѣдателями, производящими субсумцію фактическаго состава подъ нормы закона. Достоинство краснорѣчія, въ томъ числѣ и судебнаго, сводится не столько къ тому, чтобы урѣзывать себя, сколько къ тому, чтобы полно и округленно высказаться, безъ обиняковъ, но въ то же время не комкая содержанія и взвѣшивая слова и фразы. Важную мысль опытный ораторъ выражаетъ два или нѣсколько разъ, мѣняя лишь форму выраженія. Порою замѣчаніе предсѣдателя, что защитникъ повторяется, служитъ для послѣдняго лучшей гарантіей, что мысль его усвоена.

Краткость не всегда „альфа и омега краснорѣчія" тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о защитѣ обвиняемаго человѣка, ждущаго отъ суда рѣшенія своей участи.

Существуютъ, при произнесеніи рѣчи, такіе моменты, когда требуется распустить всѣ паруса, и такіе, когда, наоборотъ, надо убрать паруса (Hamilton).

Но, что составляетъ безспорно, по общему признанію и теоріи краснорѣчія и практики, залогъ успѣха всякой рѣчи, въ томъ числѣ и защитительной, это—основательное знаніе ораторомъ трактуемаго предмета, соединенное съ любовью къ своему дѣлу, къ своему знанію, къ своему призванію. „Будь властелиномъ матеріала, тогда слова и выраженія сами собой найдутся" — говорилъ Катонъ. Отъ избытка уста глаголютъ. Обслѣдовать, продумать и прочувствовать матеріалъ, проникнуться имъ, быть готовымъ реагировать на обвиненіе во всеоружіи данныхъ и доводовъ—вотъ что составляетъ предпосылку удачнаго проведенія защиты въ уголовномъ процессѣ. Защитникъ,

---

одинъ выдающійся, послѣдній спрошенный, почему онъ отказался отъ произнесенія защитительной рѣчи, отвѣтилъ: „Все, что нужно было сказать по дѣлу, сказалъ защитникъ X, о чемъ говорить не надо было, говорилъ защитникъ У, ничего больше не осталось говорить".

[1]) M. Frydmann, op. cit., S. 307 f.

углубляющійся въ изученіе дѣла, всесторонне его знающій, болѣе „талантливъ", чѣмъ всякій иной, который считалъ бы нужнымъ знакомиться только съ верхами.

Быть въ курсѣ уголовнаго дѣла означаетъ не только быть освѣдомленнымъ о всѣхъ индивидуальныхъ обстоятельствахъ, фактическихъ и юридическихъ, но также и о томъ, что можетъ быть привлечено къ данному казусу въ качествѣ вспомогательнаго матеріала изъ разныхъ областей: изъ науки, искусства, прикладныхъ знаній. Во всѣхъ этихъ сферахъ долженъ совершенствоваться защитникъ, желающій быть дѣйствительнымъ dominus materiae на судѣ [1]).

Въ этомъ и любовь защитника къ дѣлу. Но послѣдняя есть, кромѣ того, преданность человѣку. Не можетъ разсчитывать на дѣйствительный, настоящій успѣхъ ораторъ, въ которомъ не горитъ глубокое чувство любви къ человѣку. Трудно представить себѣ вдохновеннаго оратора, лишеннаго этого чувства, не являющагося тѣмъ другомъ человѣчества, который вѣритъ въ людей", почитая ихъ и общеніе съ ними. La defiance ferme le coeur, l'esprit et la bouche (Bautain). У судебнаго оратора—защитника—это любовь къ меньшему брату, къ падшему, сочувствіе человѣческому

---

[1]) Еще Цицеронъ указывалъ, что таланты и знанія, нужные для успѣха оратора, въ томъ числѣ и судебнаго, настолько разнообразны, что всѣ части и роды науки могутъ оказать ему помощь въ этомъ отношеніи. Самъ Цицеронъ всю жизнь погружался въ науки и знанія, именно съ цѣлью дополнить и развить свои ораторскія способности, ни на одну минуту не упуская изъ виду этой цѣли. Такого же мнѣнія держались учителя элоквенціи и въ новое время, требуя для оратора соотвѣтственнаго не только образованія, но и воспитанія. Zur Bildung eines volkommenen Redners wird erfordert, dass die ganze Erziehung, den der zukünftige Redner von Jugend an erhält, auf diesen Zweck berechnet ist (Zachariä op., cit., S. 249). Wolff, Lehr und Handbuch der gerichtlichen Bereddsamkeit, 1850, S. 74 указываетъ: „Кто желаетъ быть хорошимъ защитникомъ, долженъ имѣть данныя мыслителя, поэта и оратора". Впрочемъ, ставя для защитника столь высокія требованія, этотъ авторъ все же, по существу, недостаточно оцѣнивалъ роль защитника, не проникъ до конца въ эту роль. Между прочимъ, Wolff подчеркиваетъ, что защитникъ по своему призванію „не борецъ за нравственность и добродѣтель", а борецъ либо за неосновательно привлеченнаго индивидуума, либо за милость и снисхожденіе къ заблудшему человѣку (ib).

горю, снисходительность къ человѣческимъ слабостямъ, отзывчивость къ страданіямъ и несчастіямъ. Въ этой любви защитникъ черпаетъ силу и крѣпость для своихъ выступленій, ею онъ оживляетъ и вдохновляетъ рѣчь свою. Эта любовь — его истина, его мораль. Въ ней и правдивость его.

Надо ли особо оговаривать, что рѣчь защитника должна быть правдивой, искренней? Правдивость—это высшее качество, располагающее къ себѣ судей, это дѣйствительно „золотое правило судебнаго краснорѣчія“ [1]).

Однако, правдивость защитника должна быть понимаема въ извѣстномъ, опредѣленномъ смыслѣ. Она не должна вредить подзащитному, не должна наносить ударъ тому, кто находится подъ заступничествомъ оратора. Защитникъ строитъ свою рѣчь на данныхъ, приводимыхъ кліентомъ; онъ крѣпко держится береговъ, гдѣ находятся важнѣйшіе интересы подзащитнаго. „Diese Darteilung ist wahr in unserem Sinne, d. i. formal wahr, wenngleich die Richter erst zu ehtscheiden haben, ob sie in Warheit so beschafen war (materiel wahr“ [2]). Неприглядна защита, вырождающаяся въ судебный спортъ, который заставляетъ оратора, coûte que coûte, добиваться выигрыша дѣла (Maulheldentum). Но защитникъ не можетъ превращаться въ оракула, „вѣщающаго правду“ на судѣ. Его задача — использовать не только доказательства и факты, но и всю обстановку дѣла, всѣ стороны его, персональныя и общественныя, для созданія благопріятнаго убѣжденія въ пользу подзащитнаго [3]).

---

[1]) Правдивости и искренности много мѣшаетъ, когда рѣчь произносится по писанному. Защитнику воспрещается читать на судѣ свою рѣчь. Но даже слишкомъ частое заглядываніе въ „тетрадь“ сильно портитъ впечатлѣніе и создаетъ предположеніе о колебаніяхъ, неувѣренности и нерѣшительности. (Хотя само по себѣ предварительное написаніе рѣчи или составленіе полнаго конспекта ея, какъ мы думаемъ, весьма полезно и желательно, но все же нельзя забывать, что „защитникъ говоритъ на судѣ, а не прочитываетъ“. Англійскій король Карлъ II на вопросъ, почему онъ читаетъ въ парламентѣ свои рѣчи и не произноситъ ихъ устно, отвѣтилъ: „Я такъ много денегъ прошу у Парламента и такъ часто прошу, что стыжусь поднять лицо“.

[2]) M. Frydmann, op. cit., S. 306.

[3]) Кратко и довольно справедливо формулировалъ эту обязанность защитника говорить правду на судѣ германскій Reichgericht, разъяснившій, что защитникъ обязанъ способствовать нахожденію истины на судѣ лишь съ

Правдивости защитника служитъ соратникомъ его мужество въ отстаиваніи личности подзащитнаго передъ обвиненіемъ и судомъ и убѣжденіе, основанное на миссіи защитника служить правамъ человѣка и коллектива. Der Gerichtliche Redner muss ein rechtlicher Mann, vir bonus, sein, Zachariä).

Въ этомъ и пафосъ защитника, пафосъ человѣка, призваннаго способствовать залѣчиванію душевныхъ ранъ.

Смѣшнымъ кажется для многихъ пафосъ обвинителя,— требующаго осужденія, наказанія, отнятія благъ у человѣка. „Гораздо легче обвинять, чѣмъ защищать, подобно тому, какъ легче нанести рану, чѣмъ ее залѣчить" (Квинталіанъ [1]). Не всегда съ этимъ можно согласиться: думается, что и обвинитель въ состояніи найти въ дѣлѣ стимулъ для патетическаго обвиненія. Порою обвинителю какъ бы представляется такой патетическій моментъ, что онъ именно защищаетъ: государство, общество противъ посягательствъ преступника [2]). Резонно думать, что споръ на судѣ самъ собою ведетъ къ подъему и страсти, что страстность (Leidenschaft nicht Leiden schftlichkeit) въ нѣкоторомъ родѣ „свойство

точки зрѣнія освобожденія отъ отвѣтственности или уменьшенія отвѣтственности своего кліента. (Kahn, die Stelleng das Verteidigers zum Angeschuldig ten 1893, S. 18). Въ этомъ смыслѣ утверждаетъ Kahn, что защитникъ фигурируетъ, als Organ des Strafverfahrens. Митермайеръ еще точнѣе выразился, сказавъ, что „способъ, которымъ подзащитный самъ себя защищалъ бы, опредѣляетъ по общему правилу поведеніе, котораго долженъ держаться защитникъ". Перефразируя слова Стивенса, рекомендующаго въ своей „Теоріи этики" не быть слишкомъ добрымъ или праведнымъ, можно сказать, что защитникъ не долженъ быть на судѣ слишкомъ откровеннымъ или даже слишкомъ правдивымъ. Мысль Стивенса имѣетъ реальнымъ основаніемъ положеніе, что „если намъ не слѣдуетъ относиться фактически къ соблюденію отдѣльнаго нравственнаго правила, то это въ уваженіе къ другимъ высшимъ моральнымъ правиламъ". (См. Макензи, Этика, русскій переводъ, 1898 г. стр. 13). Такимъ высшимъ моральнымъ постулатомъ нерѣдко руководствуется защитникъ на судѣ, въ рѣчи котораго поверхностно мыслящій человѣкъ можетъ усмотрѣть видимое расхожденіе съ линіей абсолютной истины, кажущійся „нажимъ на факты и данныя".

[1]) Если одни (какъ мы видѣли) величаютъ прокурора „говорящимъ судьей" то другіе (Левенскимъ, Рѣчь государственнаго обвинителя въ уголовномъ судѣ, 1894, стр. 2) называютъ его „холоднымъ судьей".

[2]) Характерно, что древніе ораторы выдвигали другую крайность: обвинитель долженъ быть страстенъ (heftig), защитникъ скроменъ. Zachariä, op. cit., S. 247.

каждой судебной дискуссіи" (Berryer. M. Frydmann). Нервъ судебнаго состязанія—это воодушевленіе, die Begeisterung für Recht und Wahrheit.

Но для защитника пафосъ основное качество, выростающее естественно изъ самыхъ глубинъ его призванія [1]). Пафосъ искренняго и неподдѣльняго волненія, — о которомъ такъ много говорили римскіе судебные ораторы [2]), истинный пафосъ простой и смѣлый, не останавливающійся передъ раціонализмомъ, передъ холодными взорами судьи, который „спокойно зритъ на лица подсудимыхъ, добру и злу внимая равнодушно" (grave nel viso, raccolto nei pensiori, indefferente nel cuore), пафосъ, рождаемый полнотой чувствъ и мыслей и сдерживаемый разсудкомъ и тактомъ, проникающій свѣточемъ во всѣ темные углы дѣла—это пафосъ лица, сознающаго, что за спиной его сидитъ человѣкъ, противъ котораго направленъ весь государственный аппаратъ обвиненія и которому угрожаетъ быть выброшеннымъ изъ нѣдръ общества. Таковъ пафосъ защиты.

---

[1]) Это, конечно, не тотъ внѣшній и искусственный пафосъ старыхъ защитниковъ, разрывающихъ на себѣ одежды, приносившихъ въ судъ дѣтей обвиняемаго, указывавшихъ съ неистовымъ воплемъ на несчастное положеніе обвиняемаго, на его заслуги передъ государствомъ и др. Этотъ пафосъ, родоначальникомъ котораго считаютъ еще Клеона, описывается такимъ образомъ: „Клеонъ первый сталъ прогуливаться вдоль трибуны, дѣлая большіе шаги, сопровождая рѣчь ударами кулака по бортамъ трибуны, чтобы вознаградить этимъ недостатокъ убѣдительности въ его словахъ, колотя себя въ грудь и по бедрамъ, вознося къ небу голыя руки, призывая въ свидѣтели боговъ, неспособныхъ ничего возразить, маскируя съ помощью этой театральной фантасмагоріи легковѣсность аргументаціи (Морилло и Дебенъ. Судебные ораторы въ древнемъ мірѣ, 1895 стр. 11). Этотъ видъ рѣчей описанъ у насъ Гоголемъ въ „Ревизорѣ". Къ сожалѣнію, и въ нашихъ судахъ имѣются описаннаго рода защитники: они стучатъ руками по пюпитру, бѣгаютъ по залѣ, подбѣгаютъ къ судьямъ, грозятъ прокурору, обращаются къ публикѣ и даже къ секретарю, гримасничаютъ, хохочутъ сами надъ своими словами и т. п.

[2]) См. Сергѣичъ, Искусство рѣчи на судѣ, 1910, гл. VIII, о пафосѣ.

VI.

Уголовная защита и иммунитетъ [1]).

О свободной защитѣ вообще. Иммунитетъ защитительной рѣчи въ Западной Европѣ и на почвѣ нашего права. Предѣлы иммунитета.

Преступленіе словомъ обычно менѣе опасно для общества и государства, чѣмъ преступленіе дѣйствіемъ. Однако, законъ не можетъ реагировать на посягательства преступнымъ словомъ и при томъ не только въ случаяхъ, когда посягательства направлены противъ правъ частныхъ лицъ, но и тогда, когда ими затрагиваются права государства, какъ такового. При нормальныхъ условіяхъ государственной жизни преслѣдованіе такъ называемыхъ политическихъ преступленій ничего особеннаго въ себѣ не заключаетъ и можно, въ принципѣ, согласиться съ профессоромъ Орландо, что „было бы ошибочно утверждать, будто при преслѣдованіи политическихъ преступленій имѣется въ виду защита начала, на которомъ покоится существующій строй, и что поэтому то, наприм., дѣяніе, которое составляетъ преступленіе при монархическомъ режимѣ (грубое порицаніе существующаго строя), должно сдѣлатсья похвальнымъ актомъ съ водвореніемъ республики“ [2]). Но преступленіе словомъ, какъ и всякое преступ-

---

[1]) Настоящій очеркъ представляетъ собою переработанную статью, помѣщенную авторомъ въ „Правѣ“ въ 1909 г., подъ заглавіемъ „О правѣ защиты въ уголовномь процессѣ“. Авторъ трактуетъ здѣсь объ иммунитетѣ главнымъ образомъ въ связи съ рѣчью защитника въ уголовномъ процессѣ. На самомъ дѣлѣ иммунитетъ шире: онъ можетъ касаться и всякаго рода заявленій, дѣлаемыхъ защитникомъ суду, вопросовъ свидѣтелямъ и т. п. (не говоря уже о дѣлахъ гражданскихъ и иныхъ). Но на практикѣ всего болѣе проблема свободы судебнаго слова возникаетъ именно въ отношеніи къ судебнымъ рѣчамъ защитниковъ.

[2]) Орландо, Принципы конституціоннаго права 1907 г. стр. 268.

ное дѣяніе, предполагаетъ цѣлый рядъ условій, при наличности которыхъ только и можетъ быть рѣчь о наказуемомъ посягательствѣ. Подобно тому, какъ сожженіе собственной своей вещи есть преступленіе или дѣяніе безразличное, въ зависимости отъ того, желалъ ли собственникъ уничтожить ненужный ему предметъ или же имѣлъ въ виду полученіе страхового вознагражденія, подобно тому, какъ обнаженіе тѣла подростка-дѣвочки можетъ быть совершено съ любострастными намѣреніями и въ видахъ медицинскаго изслѣдованія врачемъ—одни и тѣ же слова и выраженія преступны и непреступны, смотря потому, гдѣ и передъ кѣмъ они произносились. Съ этой точки зрѣнія небезразлично, была ли сказана инкриминируемая рѣчь въ публичномъ собраніи въ цѣляхъ пропаганды, или въ залѣ суда во время защиты.

Государство, обрушиваясь на обвиняемаго всей тяжестью обвиненія, угрожая ему потерей чести, свободы, а нерѣдко и жизни, предоставляетъ ему свободный выборъ средствъ самозащиты: только тогда, когда эти средства исчерпаны подсудимымъ или онъ ими не воспользовался, государство можетъ произнести слово осужденія. Reum non audire latrocinium est, non judicium. Исторія и преданія полны разсказами о томъ, какъ самые лютые деспоты, творя судъ надъ обвиняемыми, терпѣливо выслушивали ихъ рѣчи до конца и только потомъ отправляли ихъ на казнь, а иногда освобождали отъ суда и наказанія подъ внезапнымъ вліяніемъ выслушанной защиты. („Не спѣши голову рубить, прикажи наперед рѣчь говорить“ [1]).

---

[1]) По всѣмъ законодательствамъ, даже самымъ отсталымъ и некультурнымъ, не дозволяется возбужденіе уголовнаго преслѣдованія противъ обвиняемаго за ложное показаніе или ложное заявленіе по дѣлу. Никакой аналогіи между обвиняемыми и свидѣтелемъ или экспертомъ въ этомъ отношеніи не допускается. Обвиняемому предоставляется говорить все, что онъ пожелаетъ и найдетъ нужнымъ; судъ же выноситъ приговоръ согласно имѣющимся въ дѣлѣ даннымъ, собраннымъ по указаннымъ въ законѣ методамъ. Быть можетъ, заслуживаетъ быть отмѣченнымъ то характерное обстоятельство, что въ американскомъ законѣ 1893 г. (An act in relation to testemony) постановлено, въ интересахъ общаго блага, что никто не можетъ быть привлеченъ къ уголовной отвѣтственности на основаніи данныхъ имъ показаній если только онъ не повиненъ въ ложной присягѣ. См. inter cetera статью В. И. Синайскаго, Договоръ предпринимательскаго союза (синдиката и треста), въ Сборникѣ памяти Г. Ф. Шершеневича, 1915, стр. 10.

Свободная защита, при которой обвиняемому дается полная возможность приводить въ свое оправданіе доводы и разсужденія безъ того, чтобы рисковалъ онъ за нихъ какой-либо отвѣтственностью,—это не даръ только обвиняемому, а естественное признаніе за нимъ полноты личности съ ея правами и притязаніями. Она основана на моментахъ гуманныхъ, психологическихъ и соціальныхъ; она—неизбѣжное условіе существованія правильно организованнаго общества, стремленія котораго должны быть направлены главнымъ образомъ не къ удаленію своихъ членовъ изъ сферы соціальнаго союза, а къ удержанію ихъ въ этой сферѣ, едва открывается къ тому малѣйшая возможность. Доказать такую возможность предоставляется самодѣятельности заподозрѣннаго члена общества. Юридическія основанія свободы защиты на судѣ очевидны. Государство не можетъ взять на себя преслѣдованіе рѣчи, въ которой заключается осуществленіе присвоеннаго закономъ права. Qui jure suo utitur neminem laedit: этотъ принципъ примѣнимъ столь же и въ правѣ уголовномъ, сколь въ правѣ гражданскомъ. Осуществленіе и защита правъ предполагаютъ извѣстную долю свободной дѣятельности, которую государство обязано гарантировать управомоченному. Германскій уголовный кодексъ, въ отношеніи одного изъ видовъ посягательства словомъ — опозоренія — постановило: „Оскорбительныя сужденія и выраженія, которыя служатъ къ осуществленію или защитѣ правъ, наказуемы только въ случаѣ, если наличность оскорбленія вытекаетъ изъ самой формы выраженій или изъ особыхъ обстоятельствъ, при которыхъ они были произнесены [1]). Но право защиты существуетъ въ интересахъ не одного обвиняемаго, а и общества. Оно—драгоцѣнное достояніе культуры, особенно ревниво охраняемое современнымъ обществомъ и закономъ. Если могутъ существовать какія-либо ограниченія или оговорки по поводу осуществленія правъ вообще, то свобода защиты—безусловный и катего-

[1]) Strafgesetzbuch, § 193. Еще льготнѣе Проектъ Герм. Уг. Ул. 1925, требующій въ данномъ случаѣ „взвѣшиванія интересовъ", § 286, Abs. 2. Тоже проектъ Австрійскаго Уг. Улож. 1927 г., § 318, Abs. 2. Проектъ Итальянскаго Уголовнаго Кодекса 1927 г. прямо оговариваетъ безнаказанность оскорбленій, заключающихся, между прочимъ, въ рѣчахъ, произнесенныхъ передъ обыкновеннымъ или спеціальнымъ судомъ (или административной властью), если оскорбительныя выраженія касаются объекта дѣла (quando le offese se concernano l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo). Art. 607.

ричный постулатъ всякаго правового государства, справедливая компенсація обвиняемому за совершаемое надъ нимъ государствомъ „легальное насиліе".

Обвиняемый, самъ возводящій обвиненіе на кого-либо, оговаривающій другое лицо, не отвѣчаетъ за это, ибо онъ не нападаетъ, а защищается. Привлеченный по обвиненію въ посягательствѣ на права государства, онъ можетъ произнести рѣчь, въ которой при обыкновенныхъ условіяхъ могли бы быть усмотрѣны признаки новаго посягательства, и онъ останется безнаказаннымъ за эту рѣчь, коль скоро она клонилась къ защитѣ передъ судомъ. Такъ понимаютъ свободу защиты съ тѣхъ поръ, какъ обвиняемый пересталъ быть объектомъ инквизиціоннаго изслѣдованія, долженствующимъ только отвѣчать на вопросы, а превратился въ спорящую сторону въ процессѣ. Такъ понимаютъ свободу защиты не предубѣжденные представители юриспруденціи и лучшія законодательства Европы. Denier la défense c'est um crime; la donner, mais non pas libre, c'est tyrannie (Ayrault).

Принципъ свободы защиты настолько дорогъ европейцу, что онъ не согласился бы имъ пожертвовать и въ томъ случаѣ, если бы съ нимъ связаны были какія-либо невыгодныя послѣдствія для общественнаго благополучія. На самомъ дѣлѣ ни частные, ни публичные интересы отъ свободы защиты не страдаютъ и страдать не могутъ. По существу положенія обвиняемаго, слова послѣдняго безсильны реально нарушать чьи-либо права. Чего бы ни сказалъ онъ въ свою защиту, за нимъ можетъ говорить обвинитель, предсѣдатель, за рѣчами слѣдуетъ приговоръ суда. Передъ глазами присутствующихъ на судѣ развертывается цѣлый судебный актъ, въ которомъ такой отдѣльный моментъ, какъ рѣчь обвиняемаго, можно сказать стушевывается передъ окончательнымъ результатомъ. Рѣчь эта—лишь звено въ цѣпи логически связанныхъ дѣйствій, въ общей совокупности образующихъ судебный процессъ. Думать, что въ умахъ слушателей судебный приговоръ останется безъ вліянія на впечатлѣніе отъ защитительной рѣчи, это значитъ не вѣрить въ силу приговора, предполагать, что приговоръ одно, а общественное мнѣніе другое,—чего при современномъ состояніи суда допустить ни въ какомъ случаѣ нельзя. Сидящій въ залѣ суда знаетъ, что рѣчь обвиняемаго направлена къ самооправданію: если бы онъ извлекъ изъ

этой рѣчи часть, касающуюся опозоренія кого-либо, и сталъ бы распространять позорящія свѣдѣнія, то отвѣтственнымъ былъ бы онъ самъ, а не обвиняемый: необходимая для уголовнаго вмѣненія причинная связь между словами обвиняемаго и фактомъ распространенія юридически не существовала бы. Кто-либо изъ публики въ защитительной рѣчи обвиняемаго, вмѣсто защиты, можетъ услыхать призывъ къ преступленію. Пусть даже преступленіе совершилось. Обвиняемаго нельзя было бы привлекать какъ соучастника, такъ какъ эффектъ отъ рѣчи былъ бы отдаленнымъ и косвеннымъ факторомъ эмоціональнаго движенія въ субъектѣ преступнаго дѣянія. Непосредственная вина лежала бы въ особой психологіи этого субъекта или въ особомъ общественномъ настроеніи, болѣзненно-чуткомъ къ извѣстной категоріи явленій, и съ этимъ настроеніемъ, а не съ свободой защиты должно было бы считаться государство.

Принадлежащія обвиняемому права защиты въ одинаковой мѣрѣ присвоены его защитнику. Было время (когда профессіональная защита) профессіональная адвокатура считалась государственнымъ служеніемъ, и защитники за свою дѣятельность получали жалованье отъ государства. За нарушеніе обязанностей защитники (адвокаты) преслѣдовались какъ должностныя лица. Отправленіе обязанностей могло служить извиненіемъ для защитника столько же, сколько оно извинительно для иного должностнаго лица [1]). Нынѣшній за-

---

[1]) Вопросъ о безотвѣтственности за произнесенныя слова и выраженія въ связи съ исполненіемъ обязанностей—вопросъ сложный и спорный. Въ отношеніи злоупотребленія словомъ разглашеніемъ обстоятельствъ, позорящихъ честь, Уголовн. Улож. постановляетъ (ст. 537), что интересъ исполняемой обязанности, государственная и общественная польза только въ такомъ случаѣ погашаютъ свой проступокъ, когда обвиняемый имѣлъ достаточное основаніе считать разглашенное обстоятельство истиннымъ (См. Объясн. Зап. т. VI, стр. 793). Депутатскій иммунитетъ покоится на основахъ политическаго характера. Онъ представляетъ собою результатъ вѣковой борьбы парламента за свое существованіе и самостоятельность и въ настоящее время имѣетъ тенденцію развитія ad infinitum: рѣчи, сказанныя при исполненіи депутатскихъ обязанностей, не наказуемы абсолютно и безусловно, за эти рѣчи невозможно ни привлекать, ни осуждать ни въ порядкѣ судебномъ, ни въ порядкѣ дисциплинарномъ. Въ послѣднее время германскій конституціонный законъ (RV, Art., 36) формулировалъ это начало такимъ об-

щитникъ— представитель и заступникъ обвиняемаго. Онъ, какъ уже говорилось, отождествляется съ обвиняемымъ, поскольку рѣчь идетъ о защитѣ. У насъ выступающіе въ роли профессіональныхъ защитниковъ присяжные повѣренные не знали и не знаютъ никакого другого долга отправленія своихъ обязанностей, какъ долгъ огражденія и охраненія интересовъ подзащитнаго, независимо отъ того, по соглашенію или по назначенію они дѣйствуютъ.

При прежнемъ инквизиціонномъ процессѣ самое соприкосновеніе адвоката съ обвиняемымъ считалось подозрительнымъ, а порою и прямо запретнымъ. Въ настоящее время эмансипированы обвиняемый и его защитникъ, оба выступаютъ передъ лицомъ суда съ одинаковыми правами защиты. Отсюда общее правило: обвиняемый пользуется на судѣ свободой рѣчи въ отношеніи защиты, такимъ правомъ пользуется и его защитникъ.

Нѣтъ надобности, чтобы этотъ принципъ былъ выраженъ expressis verbis въ законѣ: онъ вытекаетъ изъ существа

разом: Kein Mitglied des Reichstags oder eines Langtags darf zu irgend einer Zeit wegen seiner Berufes getanen Ässerung gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst ausserhalb der Versammlung zur Veranvortung gezogen werden. См. Troitsch, Rechtspflege und Immunität der Abgeordneten, 1927, S. 64—91. Свобода судебной рѣчи—принципъ чисто правовой, обусловливаемый юридическимъ положеніемъ сторонъ на судѣ и имѣющій тѣсныя границы, которыя опредѣляются цѣлями и задачами судебной защиты. Но если судебнаго оратора невозможно приравнять ни къ „служащимъ", ни къ „депутатамъ", то его нельзя причислить и къ категоріи представителей особаго „сословія", какъ того желаютъ нѣкоторые (Byloff, Das advokatorische Immunitätsrecht in Oestreich, 1914, S. 13—18), утверждающіе, что защитникъ (адвокатъ) пользуется иммунитетомъ слова въ качествѣ члена Stand'a, имѣющаго свои професіональныя права и обязанности и свой дисциплинарный судъ,— который въ состояніи дать достаточно гарантій противъ эксцессовъ рѣчи. „Der Beruf wird zum Stande und das Berufsrecht zu einem Standeprivilegium". Въ настоящее же время понятіе „сословной привилегіи", въ какомъ бы видѣ она ни выразилась, противорѣчитъ идеямъ гражданскаго равенства и не можетъ лечь въ основу иммунитета судебной рѣчи. На этой канвѣ нельзя создать узоръ свободы рѣчи уголовнаго защитника. Приходится искать иныхъ путей, и эти пути лежатъ, несомнѣнно, въ плоскости общихъ принциповъ права, общихъ юридическихъ началъ судебной защиты, въ частности уголовной защиты.

судебной защиты. Тамъ, гдѣ особо дорожатъ этимъ принципомъ, онъ нашелъ себѣ выраженіе въ положительномъ законодательствѣ. Таковы законы венгерскій, англійскій, Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ. Въ Америкѣ защитники имѣютъ полную свободу рѣчи и не могутъ быть привлекаемы къ уголовной отвѣтственности за то, что говорили по поводу разбираемаго дѣла, „какъ бы ложны и позорящи ни были ихъ слова“ [1]). Въ Англіи защитникъ имѣетъ довольно полный иммунитетъ слова. Онъ не можетъ быть привлеченъ за рѣчь, произнесенную при защитѣ въ предположеніи, что онъ инструированъ во всемъ обвиняемымъ, даже если бы эта рѣчь затронула въ чемъ-либо частное лицо и содержала бездоказательныя утвержденія; но если защитникъ самъ выдумалъ что-либо или если сказанное, хотя бы по инструкціи кліента, не имѣетъ никакого отношенія къ дѣлу, защитникъ несетъ отвѣтственность [2]). Итальянскій законъ [3]) имѣетъ въ виду адвокатовъ и тяжущихся (обвиняемыхъ), предоставляя свободу и тѣмъ и другимъ, а высшіе судебные трибуналы разъяснили, что для примѣненія закона о безотвѣтсвенности за рѣчь на судѣ достаточно, чтобы инкриминируемыя выраженія касались предмета изслѣдованія, независимо отъ намѣренія, съ которымъ они были произнесены [4]). Отвѣтственность адвокатуры установлена спеціальнымъ закономъ („за нарушеніе рѣчью общественнаго порядка“) въ Турціи [5]). Въ Германіи нѣтъ спеціальныхъ правилъ по данному предмету, и практика предоставлена общимъ нормамъ права. Во Франціи иммунитетъ уголовной защиты охраняется судебными нравами. Здѣсь свобода рѣчи защитника касается возможныхъ эксцессовъ какъ противъ государства, такъ и противъ частныхъ лицъ; но она сдерживается въ границахъ

---

[1]) Васьковскій, Организація адвокатуры 1, стр, 377, Stephen, The new Commentaries on the lawa of England, 1883, v. III.

[2]) См. The Encyklopedia Britannica, Barrister.

[3]) Уг. Код., ст. 398.

[4]) Codice penale con la giurisprudenza e gli atti ufficiali, C. Barbiera editore, p. 523. См. также Progetto preliminare di un nuovo codice penale, octobre 1927, art. 607.

[5]) Pappafava, Die Advokatur in der Türkei, 1908, S. 35.

логической необходимости, обусловливаемой задачами защиты по данному дѣлу [1]). Нашъ законъ, подобно германскому, не содержитъ прямыхъ постановленій въ данномъ отношеніи. Но и нашему процессу, основанному на тѣхъ же началахъ, что и западно-европейскій, не чуждо представленіе о свободѣ защиты. Извѣстное рѣшеніе угол. департ. Сената по дѣлу Дорна [2]) признало отвѣтственность участвующихъ въ дѣлѣ лицъ за рѣчи, произнесенныя въ гражданскомъ судѣ (при защитѣ матеріальныхъ интересовъ). Конкретнаго вопроса объ отвѣтственности обвиняемаго и его защитника въ уголовномъ процессѣ Сенатъ не ставилъ себѣ въ данномъ дѣлѣ, и какъ рѣшилъ бы онъ такой спеціальный вопросъ, неизвѣстно. Дорнъ обвинялся въ оклеветаніи, при чемъ „данныя имъ на судѣ объясненія были затѣмъ воспроизведены въ газетѣ „Новости". Сенатъ въ этомъ рѣшеніи упоминаетъ вскользь о „широкихъ правахъ", предоставленныхъ уставами сторонамъ и ихъ защитникамъ. Но, en général, рѣшеніе не считалось серьезно съ положеніемъ вопроса въ наукѣ и въ практикѣ Запада, не останавливаясь на существѣ и цѣляхъ защиты. Сенатъ ограничился общими указаніями на то, что „судъ долженъ быть святилищемъ осуществленія правды и справедливости, а не позорищемъ, гдѣ могла бы проявиться разнузданность нравовъ", что „правосудіе требуетъ спокойной, безпристрастной оцѣнки обстоятельствъ дѣла, столь несовмѣстимой съ проявленіемъ страстей", и что „присяжные повѣренные, помня данную ими присягу, не должны на судѣ

---

[1]) Срвн. Розинъ, Уголовное Судопроизводство, 1916, стр. 312, 313. По французскому закону 20 іюня 1920 г., трибуналамъ предписывается сдерживать всякое нарушеніе адвокатомъ въ своихъ рѣчахъ или бумагахъ обязанностей, возлагаемыхъ на него профессіональной присягой, присяга же обязываетъ не говорить и не печатать, въ качествѣ защитника или совѣтника, ничего противнаго законамъ, регламентамъ, безопасности государства или общественному миру и не отклоняться никогда отъ должнаго почтенія къ судамъ и публичнымъ властямъ". Въ отношеніи частныхъ лицъ (respect des personne) надлежащій иммунитетъ слова обезпеченъ защитнику закономъ о свободѣ печати отъ 29 іюля 1881 г. Во всѣхъ случаяхъ, однако, принимается во вниманіе, относилось ли къ дѣлу или не относилось сказанное защитникомъ. (См. Appleton, Traite de la profession d'avocatl, 1928, p. 309 s,). Въ Россіи въ прежнія времена бывали случаи преслѣдованія за судебную рѣчь даже въ порядкѣ административнаго взысканія. П. Чубинскій. Статьи и рѣчи по уголовному праву и процессу, ч. 2, 1912, стр. 277.

[2]) 1892 г. № 10.

допускать излишествъ [1]). Съ того времени (1892 г.) многое стало измѣняться въ Россіи. Была объявлена, по крайней мѣрѣ оффиціально, свобода слова. Такъ называемыя политическія преступленія, которыя раньше не выступали за предѣлы административныхъ застѣнковъ, перешли всецѣло въ вѣдѣніе суда, появились кадры политическихъ защитниковъ и судебныя рѣчи на политическія темы. Рѣшеніе по дѣлу Дорна во всякомъ случаѣ подлежало пересмотру, того требовала жизнь. Необходимо было вывести вопросъ изъ лабиринта создавшихся вокругъ него противорѣчій на путь, единственно возможный въ данномъ случаѣ, на путь, избранный цивилизованнымъ міромъ и согласующійся со взглядомъ нашего закона на право обвиняемаго и защитника. Необходимо было стать на почву утвержденія правъ защиты. Это сдѣлано въ свое время не было, вопросъ не подвинулся впередъ [2]). Сторонники

---

[1]) По поводу указанія Сената на „страсти" невольно приходятъ на мысль слова Weisler'a: „Что дѣлаетъ адвокатуру дополненіемъ правосудія и гарантіей права? То, что защитникъ къ холодному разсудку прибавляетъ теплоту чувства. Судья—это голова, мы, защитники, сердце правоохраны. Можетъ быть, что сердце насъ слишкомъ далеко заводитъ. Но кто ищетъ и добивается права безъ сердца, тотъ права не найдетъ". Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905, S. 613.

[2]) Въ 1909 г. въ Россіи представился случай вновь провентилировать вопросъ о предѣлахъ отвѣтственности за сказанное въ защитительной рѣчи въ связи съ нашумѣвшимъ дѣломъ прис. пов. Гиллерсона, осужденнаго Виленской судебной палатой по 129 Уг. Улож. за рѣчь, сказанную имъ на судѣ въ процессѣ участниковъ бѣлостокскаго погрома. Не смотря на всѣ общественные протесты противъ этого приговора, онъ остался въ силѣ. Сенатъ, куда дѣло перешло по кассаціонной жалобѣ осужденнаго, не счелъ даже нужнымъ возбудить общій вопросъ и разрѣшилъ все дѣло „по отдѣленію", какъ „обычный казусъ".—Въ самомъ началѣ возбужденія этого дѣла депутація адвокатовъ спеціально представлялась министру юстиціи И. Щегловитову и заявила: „За сорокъ лѣтъ существованія присяжной адвокатуры не было еще случая привлеченія присяжнаго повѣреннаго за произнесенную имъ на судѣ рѣчь". На это министръ счелъ возможнымъ отвѣтить: „За сорокъ лѣтъ и такихъ рѣчей не было".—Въ Литвѣ о предѣлахъ свободы рѣчи защитника возникли разговоры въ обществѣ и прессѣ въ 1928 г. по поводу выступленія защитниковъ въ сенсаціонномъ процессѣ объ убійствѣ присяжнаго повѣреннаго офицеромъ, защищавшимъ „честь мундира". Одинъ изъ участвовавшихъ въ дѣлѣ адвокатовъ сказалъ въ своихъ объясненіяхъ суду, что „прокуроръ долженъ понимать панегирикъ защитниковъ обвиняемому, какъ соучастіе въ преступленіи". Было бы жаль, если бы такъ слабо проникло сознаніе необходимости какого бы то ни было „иммунитета" даже въ круги адвокатскіе, которые онъ, казалось бы, всего болѣе долженъ интересовать.

усиленныхъ репрессій за государственныя преступленія указываютъ: защитникъ, какъ и обвиняемый, особенно первый, могутъ злоупотреблять свободой слова и выйти изъ рамокъ предоставляемыхъ имъ правъ. Подъ видомъ защитительной рѣчи можетъ быть произнесенъ преступный призывъ или вообще употреблены выраженія, заключающія въ себѣ составъ какого-либо преступленія. До сихъ поръ никому въ голову не приходило, что защитникъ въ присутствіи судей, которые каждую минуту вольны его остановить и удалить изъ залы суда, задастся преступной цѣлью пропаганды. Никому въ голову не приходило и то, чтобы суды можно было отождествлять съ публичными собраніями, которыя предполагаются уголовнымъ закономъ и въ которыхъ только можетъ быть совершено такое преступленіе словомъ (lieux ou reunions publics; offent lich vor einer Menschenmenge).

Едва ли можно привести случай возбужденія на Западѣ обвиненія за публичное преступленіе словомъ, совершенное на судѣ во время защиты. Тѣмъ не менѣе такое преступленіе теоретически все же мыслимо. Его нѣтъ и не было; можетъ быть, и не будетъ, но оно мыслимо. Мыслимы два положенія: либо судьи, дѣйствуя въ стачкѣ съ защитникомъ, преднамѣренно дали ему возможность заняться на судѣ пропагандой подъ видомъ защиты. Въ этомъ случаѣ отсутствуетъ понятіе суда и судебнаго процесса: защитникъ и судьи— обыкновенные преступники, совершившіе преступленіе въ залѣ суда, и потому должны быть судимы на общемъ основаніи. Либо судьи по оплошности дали говорить защитнику, хотя слова его къ дѣлу не относились, или даже остановили защитника, но уже послѣ того, какъ выраженія были произнесены. При такомъ положеніи будетъ привлеченъ и судимъ одинъ защитникъ, онъ не сможетъ ссылаться на безотвѣтственность. Но спрашивается, кто же будетъ судить о томъ, что рѣчь къ дѣлу не относилась, ибо, вѣдь, только въ такомъ случаѣ имѣется налицо преступленіе. Очевидно, это въ состояніи сдѣлать исключительно судъ, передъ которымъ сама рѣчь была произнесена. Этому суду и должна принадлежать иниціатива возбужденія противъ провинившагося защитника уголовнаго преслѣдованія. По его сообщенію или, во всякомъ случаѣ, по истребованіи его заключенія, что инкриминируемыя выраженія цѣлей защиты не преслѣдовали

можетъ быть начато дѣло противъ защитника. Допустить иное, допустить возможность вызова судей въ качествѣ свидѣтелей—это значитъ прежде всего унизить судъ въ интересахъ... правосудія. Судъ, передъ которымъ и для котораго говорилъ защитникъ, нельзя сравнить съ публикой, полицейскими и другими лицами, находившимися случайно въ залѣ суда. Свидѣтелей судъ выслушиваетъ относительно фактовъ, въ данномъ случаѣ относительно содержанія произнесенныхъ словъ, отъ судей потребуется еще мнѣніе о свойствѣ и значеніи произнесенныхъ словъ. Со свидѣтелями судъ вправѣ и не согласиться. Въ такомъ случаѣ судьи-свидѣтели могутъ показать, что рѣчь вытекала изъ предмета защиты, а судьи, разбирающіе дѣло, найдутъ, что рѣчь защитника отношенія къ защитѣ не имѣла и составляла преступленіе. Это явилось бы картиной полнаго нарушенія единства судебной власти. Произнесенный такимъ образомъ приговоръ былъ бы приговоромъ столько же надъ защитникомъ, сколько надъ судомъ, въ которомъ подвизался защитникъ, надъ здравымъ смысломъ и правосудіемъ.

Изложенное приводитъ къ слѣдующимъ заключеніямъ:

1) Защитникъ пользуется свободой рѣчи на судѣ, поскольку онъ осуществляетъ защиту, развѣ бы употребленныя имъ выраженія ясно не относились къ дѣлу;

2) Онъ можетъ быть привлеченъ за рѣчь на общемъ основаніи, если съ нимъ привлекается составъ суда или предсѣдательствующій;

3) Въ другихъ случаяхъ обвиненіе можетъ быть возбуждено только по иниціативѣ суда, передъ которымъ сказана была рѣчь, или же, во всякомъ случаѣ, по предварительномъ истребованіи заключенія суда о томъ, что инкриминируемыя выраженія не относились къ предмету защиты. Дисциплинарное привлеченіе этимъ не затрагивается [1]), рѣчь идетъ не о безнаказанности, а о невозможности уголовнаго преслѣдованія [2]).

---

[1]) Срвн. Appleton, op. cit., p. 312 s.

[2]) Срвн. Byloff, op, cit., S. 53.

Все это относится, конечно, одинаково къ случаямъ, когда выступленіе защитника касалось государства или чести и интересовъ частныхъ лицъ [1]).

---

[1]) Нельзя согласиться съ тѣми, которые желаютъ внести ограниченія для казусовъ, когда въ рѣчи защитниковъ содержится посягательство на благо чести третьихъ лицъ. „Такъ какъ предсѣдатель суда не всегда обладаетъ возможностью установить, что то или другое мѣсто рѣчи адвоката, заключающее въ себѣ отзывъ о третьемъ лицѣ, безразлично, участвующемъ или не участвующемъ въ дѣлѣ—содержитъ въ себѣ элементъ оскорбленія чести, то было бы неправильно ставить право пострадавшаго реабилитировать свое имя въ зависимости отъ случайнаго момента—вмѣшательства предсѣдателя, и пострадавшему слѣдуетъ предоставить право преслѣдованія адвоката во всякомъ случаѣ"—указываетъ Разинъ (Уголовное Судопроизводство, стр. 314). Противъ такой точки зрѣнія слѣдуетъ возражать категорическимъ образомъ. Если слова защитника, содержащія въ себѣ элементъ оскорбленія чести частнаго лица, относились къ дѣлу, то они вообще правомѣрны, въ противномъ случаѣ предсѣдатель долженъ остановить защитника, и поводъ къ преслѣдованію будетъ налицо; стало быть, возможность для предсѣдателя установить, имѣется ли оскорбленіе чьей-либо чести въ данномъ мѣстѣ рѣчи, роли не играетъ, а играетъ роль относимость его къ дѣлу. При простыхъ ругательствахъ, допущенныхъ защитникомъ, primo facie также казалось бы излишнимъ испрашиваніе заключенія суда, но и здѣсь volens nolens приходится держаться общаго порядка, не дѣлая изъятій (случаи допущенія защитникомъ простой ругани на судѣ, впрочемъ, настолько рѣдки, что врядъ ли стоитъ на нихъ останавливаться) Въ австрійскомъ судѣ судебный ораторъ выразился, что его противникъ „хуже десяти убійцъ"—и былъ оправданъ. См. Byloff, op. cit., 29. Вообще же говоря, всякое разграниченіе между государствомъ и частными лицами въ отношеніи принципа иммунитета защиты вноситъ дезорганизацію въ самый принципъ и не оправдывается никакими юридическими, логическими или соціально-политическими соображеніями. Совершенно непонятно, почему интересы частныхъ лицъ должны быть поставлены выше интересовъ государства. Такого преимущества за частными лицами на самомъ дѣлѣ никакой законъ не признаетъ и признавать не можетъ.—Приведемъ примѣры. Нѣкто обвиняется въ убійствѣ вечеромъ ночного сторожа, по политическимъ мотивамъ. Обвиняемый и его защитникъ утверждаютъ, что убійство совершилъ полицейскій, оказавшійся въ моментъ убійства при убитомъ,—съ провокаціонными цѣлями. Вправѣ ли полицейскій привлечь къ отвѣтственности защитника за оскорбленіе чести? Думается, что нѣтъ, хотя полицейскій является въ данномъ случаѣ „частнымъ лицомъ". Въ дѣлѣ, въ которомъ обвиняемый привлеченъ къ уголовной отвѣтственности за подлогъ и пр., по навѣту своего бухгалтера, защитникъ въ рѣчи нападаетъ на бухгалтера уличая его въ шантажѣ. Допустимо ли возбужденіе со стороны бухгалтера дѣла объ оскорбленіи противъ защитника? Если допустимо, то первый вправѣ это сдѣлать и въ отношеніи судей, которые на то же самое обстоятельство указали въ своихъ мотивахъ къ приговору (особенно, если

Выставленныя положенія, опредѣляющія границы свободы защитительной рѣчи, не въ одинаковой степени могутъ претендовать на признаніе съ точки зрѣнія положительнаго закона. Тщетно было бы, напримѣръ, искать въ законѣ подтвержденія тому, что начатію дѣла противъ защитника должно предшествовать заключеніе суда о нарушеніи предѣловъ защиты. Но если бы кто-либо на основаніи отсутствія въ законѣ такого постановленія пришелъ къ выводу о допустимости свободнаго привлеченія обвиняемаго и защитника, онъ впалъ бы въ заблужденіе. Такое привлеченіе возможно только тогда, если точно указаны условія и способы привлеченія. Иначе приходится встрѣтиться съ препятствіями, которыхъ нельзя одолѣть безъ насилія надъ закономъ и юридической логикой. Судъ надъ защитникомъ, съ допросомъ прежнихъ судей въ качествѣ свидѣтелей, съ проникновеніемъ новаго суда не только въ смыслъ рѣчи защитника, но и въ души прежнихъ судей, все это было бы такой комедіей правосудія, которой даже не видала юстиція, столь богатая недавнимъ прошлымъ.

Въ общественномъ сознаніи должна укорениться мысль о безотвѣтственности защитника за рѣчь, о невозможности суда надъ нимъ при обычныхъ условіяхъ. Этой мысли слѣдуетъ пробить густой слой общественнаго безразличія къ

приговоръ еще отмѣненъ былъ впослѣдствіи высшей инстанціей). Защищая своего кліента—обвиняемаго противъ оговора другого обвиняемаго, защитникъ выступаетъ въ невольной роли обличителя оговаривающаго: можетъ ли послѣдній возбудить обвиненіе противъ защитника, въ качествѣ оскорбленнаго въ своей чести частнаго лица? Очевидно, всякая мысль объ этомъ исключается. Весьма часто въ дѣлахъ, возбуждаемыхъ чинами политической или криминальной полиціи, послѣдніе подвергаются со стороны защитника острой критикѣ, обвиняются въ неправильныхъ дѣйствіяхъ и даже вымогательствахъ. Однако, никому на умъ не придетъ предоставить имъ право уголовнаго иска противъ защитника. Krasa въ работѣ своей, Altes und Neues über die Advokatur, 1908, посвященной реформѣ австрійской адвокатуры,—по поводу привлеченія адвоката за оскорбительныя выраженія въ рѣчи требуетъ, чтобы судья, передъ которымъ произошло опозореніе, былъ выслушанъ уголовнымъ судьей по вопросу о томъ, были ли инкриминируемыя выраженія необходимы для защиты, раньше, чѣмъ приступлено къ привлеченію адвоката. „Ибо нельзя уголовнаго судью, разрѣшающаго вопросъ объ оскорбленіи, сдѣлать верховнымъ судьей въ томъ, что необходимо или по

уголовной защитѣ или даже недовѣрія къ ней,—наслѣдія временъ и эпохъ дѣятельности необразованныхъ и темныхъ „ходатаевъ“,—и привести къ иммунитету защитительной рѣчи (въ помянутомъ смыслѣ). Задача ближайшаго будущаго—подтвердить это съ вразумительной ясностью.

лезно было адвокату въ дѣлѣ, которое онъ защищалъ“. Такая взаимодѣятельность судовъ при привлеченіи за защитительную рѣчь, является, повидимому, единственно правильной, независимо отъ того, инкриминируется ли защитнику частный проступокъ или публичное преступленіе противъ слова.

VII.

Общій взглядъ на роль защитника въ уголовномъ дѣлѣ и заключеніе.

Универсальный характеръ современной уголовной защиты. Эволюція идеи уголовной защиты. Посредничество защиты между индивидуумомъ и коллективомъ. Моральный смыслъ уголовной защиты. Постоянная связь защитника съ кліентомъ отъ начала до конца. Задача защитника при собираніи матеріаловъ и данныхъ. Роль защиты на судоговореніи при метаморфозахъ обвиненія (измѣненіи обвиненія и пр.). Въ послѣдующихъ инстанціяхъ. Въ кассаціонномъ судѣ. Участіе защиты при исполненіи наказанія (смертной казни). Помилованіе и защита. Отношеніе защиты къ возобновленію уголовнаго дѣла. Заключительныя замѣчанія.

Wirf den Helden in deiner Seele nicht weg und halte heilig deine höchste Hoffnung.

(*Nitsche*).

Уголовная защита пріобрѣла въ настоящее время міровое значеніе. Она образуетъ естественную принадлежность всякаго суда въ цивилизованномъ государствѣ и представляется культурному человѣку столь же неизбѣжной, какъ и самъ судъ. Суды безъ надлежащее организованной защиты, суды съ „защитой безъ защитника", на самомъ дѣлѣ судами не являются. Не могутъ считаться настоящими судами такъ наз. полевые суды, не допускающіе защитниковъ, но это явленіе исключительное, порожденіе чрезвычайныхъ условій (войны, революціи). Въ нормальное время ни одинъ истинно просвѣщенный человѣкъ не согласится произнести слово „судъ" по адресу учрежденія, въ которомъ подсудимому не дана возможность явиться передъ лицомъ обвиненія со своимъ опытнымъ, искушеннымъ въ веденіи дѣлъ спеціа-

листомъ—защитникомъ [1]). Когда отсутствуетъ освѣдомленный и просвѣщенный защитникъ, справедливо называемый „юридическимъ ухомъ и юридическимъ ртомъ обвиняемаго“ (das rechtlihe Ohr und der rechtlicher Mund des Beschuldigten), нѣтъ, въ сущности, ни защиты, ни вообще процессуальной стороны въ уголовномъ дѣлѣ, поскольку рѣчь идетъ о подсудимомъ. Если же при этомъ участвуетъ обвинитель—прокуроръ, Anklagetechniker, съ защитой дѣло обстоитъ еще хуже, чѣмъ въ инквизиціонномъ процессѣ (Vargha [2]). Защита универсальна, какъ универсаленъ самъ уголовный процессъ. Объ уголовномъ процессѣ можно замѣтить вмѣстѣ съ Vargha, что онъ ни въ одной странѣ не дѣйствуетъ по всей полнотѣ своихъ принциповъ, хотя каждая страна имѣетъ свое уголовное производство, онъ не позитивный процессъ. Подобно рим-

---

[1]) Фойницкій указываетъ въ своей работѣ „Защита въ уголовномъ процессѣ“ 1885 г., что лучшая защитительная рѣчь по процессамъ печати произнесена въ Россіи на судѣ не адвокатомъ, а подсудимымъ, человѣкомъ литературно—образованнымъ (стр. 36). По этому поводу можно замѣтить слѣдующее. Во-первыхъ, это имѣло мѣсто въ литературномъ дѣлѣ. Во-вторыхъ рѣчь идетъ о выступленіи лица высокой квалификаціи, что не можетъ считаться общимъ явленіемъ. Наконецъ, сколь ни важна рѣчь въ уголовномъ дѣлѣ, все же не въ ней одной выражается вся защита, особенно въ дѣлахъ не-литературныхъ. Утверждать, что всякій хорошо образованный человѣкъ такъ же легко справится съ защитой, какъ и искусный профессіональный защитникъ, значитъ впадать въ противорѣчіе со здравымъ смысломъ и данными и фактами судебной практики.

[2]) Въ военныхъ судахъ защитники допускаются на общемъ основаніи. Однако, когда дѣло идетъ о „военномъ преступленіи“, дѣлаются иногда исключенія. Въ Литвѣ, напр., могутъ выступать въ этомъ случаѣ лишь тѣ члены присяжной адвокатуры, которые сами состояли когда-либо на военной службѣ. Хотя это мотивируется соображеніемъ необходимости „спеціальныхъ знаній“, но на самомъ дѣлѣ это пережитокъ старины. Въ Германіи по военному дѣлу (Militärverbrechen) допускались въ прежнія времена къ защитѣ въ военномъ судѣ только Militärpersonen и то лишь тогда, когда подсудимому угрожало лишеніе свободы на срокъ свыше десяти лѣтъ или смертная казнь. Нынѣ въ Германіи нѣтъ, вообще, регулярной военной подсудности, она отмѣнена конституціей. Rverf. v, II. VIII. 1919. См. также Jan, Militärgerichtsbarkeit, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 6 u. 7 L, S. 55. (впрочемъ этотъ ораторъ—убѣжденный сторонникъ военныхъ судовъ). Военные суды оставлены въ Германіи лишь для преступленій военнаго времени и для преступленій, совершаемыхъ на борту военнаго корабля. Въ Россіи со времени военно-судебной реформы 1867 г. подсудимому въ военномъ судѣ

скому гражданскому праву, современный уголовный процессъ— міровое право, общій центръ научной работы, общій источникъ, никогда не стагнирующій потокъ знаній, изъ котораго націи черпаютъ основы своихъ реформъ [1]). То же позволительно сказазать и объ уголовной защитѣ, въ смыслѣ ея „всеобщности", всесвѣтности и связи съ государственными реформами и прогрессомъ.

Идея уголовной защиты относится къ тѣмъ идеямъ въ юриспруденціи, которыя (какъ выразился одинъ юристъ по другому поводу), разъ овладѣвъ умами людей, продолжаютъ свое постоянное дѣйствіе, пока не достигнутъ полнаго выявленія и полнаго признанія въ умахъ людей.—Она зародилась на почвѣ желанія дать подсудимому помощь въ борьбѣ съ обвиненіемъ: весьма рано понятной стала та нынѣ общеизвѣстная истина, что подсудимый, кто бы онъ ни былъ, не въ состояніи, по причинамъ даже чисто психологическимъ, спокойно представить суду все, что имѣетъ отношеніе къ его оправданію, и ему нуженъ соотвѣтственный замѣститель. Позднѣе къ этому прибавилось еще то соображеніе, что для опроверженія обвиненія нужны опытъ и юридическія знанія, такъ какъ, зачастую обвиненіе покоится на несоблюденіи обвиняемымъ законовъ и распоряженій властей, не говоря уже о томъ, что и сама форма и обряды суда не могутъ быть извѣстны въ совершенствѣ всякому. Уголовную защиту брали на себя въ старыя эпохи отдѣльные судьи въ коллегіи суда (отсюда, отчасти, предпочтеніе коллегіальной формы суда вообще); иногда суды спеціально выдѣляли изъ своего состава лицо, которое занималось приведеніемъ въ извѣстность доводовъ въ пользу подсудимаго. Здѣсь большую роль играло сожалѣніе къ подсудимому, а еще большую—страхъ осудить невиннаго. „Виноватаго кровь—вода, а невиннаго—бѣда". Осу-

---

разрѣшалось имѣть защитника, но гражданское лицо могло быть защитникомъ лишь по дѣламъ о преступленіяхъ не-военныхъ. Въ военное время учреждались особые военные суды, въ которыхъ защита предоставлялась „самому подсудимому". Ни Франція, ни Италія никакихъ спеціальныхъ ограниченій защиты въ данномъ случаѣ не создаетъ, такъ же, какъ и Англія, въ которой военному суду, по общему правилу, подвѣдомственны только преступленія спеціально—военныя.

[1]) Die Vertheidigung in Strafsachen, 1879, X.

жденіе невиннаго являлось въ представленіяхъ тогдашнихъ людей преступленіемъ не только передъ закономъ, но и передъ народомъ и Богомъ. По вѣрованіямъ древнихъ евреевъ, въ случаѣ судебной ошибки и осужденія невиннаго земля приходила въ содроганіе, а кровь невинно-убитаго мстилась на послѣдующихъ поколѣніяхъ. Противъ судебныхъ ошибокъ обрушивались пророки, какъ противъ смертнаго грѣха самого народа. Понятно поэтому, что судьи столько же въ интересахъ обвиняемаго, сколько въ своихъ собственныхъ, а также въ интересахъ всего народа удѣляли въ процессѣ много вниманія доказательствамъ невиновности подсудимаго [1]). Въ греко-римскомъ правѣ къ идеѣ помощи подсудимому, ради его блага, присоединилась еще великая мысль объ охранѣ свободы личности отъ могущества государства.

---

[1]) Древніе евреи, у которыхъ наказанія за преступленія были весьма суровыя,—безпощадныя, въ то же время чрезвычайно осторожно относились къ осужденію членовъ своего народа, къ наложенію на нихъ штемпеля „преступника". Въ этомъ отношеніи евреи надолго сохранили самые ригористическіе принципы справедливости, le germe des institutions les plus dignes d'un pays libre (Salvador). Судьи были особенно щепетильными въ соблюденіи строгой объективности и въ своемъ поведеніи по адресу подсудимыхъ и другихъ участниковъ дѣла. (Заинтересованный въ дѣлѣ снялъ разъ перышко съ платья судьи: послѣдній отвелъ себя отъ участія въ этомъ дѣлѣ, дабы устранить и тѣнь пристрастія). Никто не долженъ былъ судить одинъ: это преимущество принадлежало только Богу. Ne sis judex unus; non est enim unicus judex nisi unus. Подсудимому давали всѣ средства защиты, за него могъ заступиться каждый членъ общины. Когда осужденнаго вели на казнь, судьи оставались въ помѣщеніи суда и ждали: если къ нимъ являлся кто-либо съ новыми данными и утвержденіями въ пользу осужденнаго, давали знать чиновнику, стоявшему у воротъ суда, откуда видна была вся процессія, и онъ при посредствѣ особаго флажка останавливалъ процессію, а ведомый на казнь возвращался въ судъ для новаго разслѣдованія. Такъ какъ принятіе на себя защиты каждаго обвиняемаго не только дозволялось, но даже считалось достойнымъ и богоугоднымъ дѣломъ, которому опытные въ правѣ левиты должны были посвятить себя профессіонально, то рѣдко какой подсудимый оказывался безъ защитника въ публичномъ производствѣ. То обстоятельство, что въ дѣлѣ Іисуса нѣтъ упоминанія о защитникѣ, служитъ лучшимъ доказательствомъ ненормальности того судебнаго процесса, жертвой котораго палъ Іисусъ... Основы израильскаго уголовнаго суда никакого отношенія къ страданіямъ Христа не имѣли: Vargha, ib S. 7, 13. Съ большой похвалой относятся какъ старые писатели (Ксенофонтъ), такъ и новые къ правосудію и охранѣ интересовъ подсудимаго въ древней Персіи. Судили короли, совѣщаясь съ освѣдомленными въ правѣ лицами. Дѣло подвергалось многократ-

Противъ непреложности и неотразимой силы оффиціальнаго преслѣдованія обвиняемому давались, въ видѣ корректива, нѣкоторыя спеціальныя средства, къ которымъ принадлежало такъ наз. право убѣжища въ храмахъ и особыхъ городахъ (asulum), что было данью, уплачиваемой строгой государственностью индивидуализму и милосердію и вмѣстѣ съ тѣмъ свидѣтельствовало, что преступникъ карается не изъ мести, а скорѣе изъ соображеній „соціальной защиты". Въ самомъ же судѣ провозглашена была свобода защиты, т. е. подсудимому давалось право защищаться, какъ онъ найдетъ болѣе удобнымъ и черезъ кого пожелаетъ. За подсудимымъ, которому угрожаетъ пораженіе цѣннѣйшихъ правъ человѣка, признавались право и возможность прибѣгнуть къ опытному, искушенному въ правѣ и судебномъ спорѣ, лицу, которое противостояло бы вооруженному всѣми средствами обвиненія государству. Въ Греціи и Римѣ любили выслушивать въ судахъ защитниковъ, цѣня въ нихъ людей, всенародно развивающихъ идеи добра и милости, благородства, уваженія къ праву, къ общественности, къ порядку и справедливости [1]).

ному обсужденію. Принималась во вниманіе вся личность подсудимаго, его прошлая жизнь, его отношеніе къ суду. Судъ былъ осторожный, благожелательный и „милостивый" въ полномъ смыслѣ. Артаксеркъ I приказалъ, чтобы у приговоренныхъ къ казни преступниковъ срублены были головныя повязки вмѣсто головъ, чтобы вмѣсто людей бичевали ихъ одежду. Защиту непосредственную, или какъ теперь ее называютъ, „матеріальную", осуществлялъ самъ „народъ", въ лицѣ судящаго короля и имъ приглашенныхъ для участія въ судѣ совѣтниковъ, что по тѣмъ временамъ считалось достаточной гарантіей для подсудимаго. Въ древнемъ Римѣ существовалъ институтъ apelliatio, заключавшійся въ томъ, что судьи имѣли право вездѣ, гдѣ дѣло не представляло достаточно ясности для рѣшенія, подавать особыя дощечки съ надписью non liquet, вслѣдствіе чего дѣло передавалось на новое разрѣшеніе и производилось съ самаго начала. Хотя эта мѣра касалась случаевъ неясности, но преимущественно она примѣнялась судьями, какъ средство охранить себя отъ осужденія невиновнаго.

[1]) Несомнѣнной неправильностью, по крайней мѣрѣ, по современнымъ взглядамъ, было со стороны Сократа отклоненіе приготовленной для него защиты, чѣмъ воспользовался противникъ философа на судѣ для еще большаго униженія его въ глазахъ народа и судей. Кстати сказать, Сократъ вообще выказалъ много презрѣнія своимъ судьямъ. Когда его спросили, согласенъ ли уплатить штрафъ вмѣсто смертной казни, онъ отвѣтилъ съ ироніей, что уплотитъ издержки по содержанію его въ заключеніи и еще кое-что. Вмѣсто того, чтобы защищаться, чего ждали отъ него его друзья

Въ атмосферѣ общаго уваженія и общей любви къ защитѣ выросли великіе непровзойденные защитники древняго міра, пользовавшіеся необычайнымъ авторитетомъ и славой. Только развѣ одна Франція можетъ нѣсколько сравниться съ Греціей и Римомъ въ отношеніи вниманія и почета защитниковъ (которые, кстати сказать, во Франціи ведутъ свою „родословную" именно отъ Цицерона). Способнымъ и талантливымъ защитникамъ народъ въ Греціи и Римѣ въ знакъ своего уваженія ставилъ особыя деревья передъ домомъ (Ehrenbäume). Они провозглашались охранителями правъ угнетенныхъ и обиженныхъ, защитниками свободы личности. Индивидуалистическій принципъ уголовной защиты древняго міра пришелся по вкусу Европѣ и ею усвоенъ былъ въ моментъ рецепціи римскаго права, тѣмъ болѣе, что во многомъ онъ отвѣчалъ и старымъ

судьи и народъ, онъ не только не унизился до всякихъ „просьбъ", обычныхъ въ то время,—что само по себѣ было, конечно, вполнѣ естественно, ибо онъ всю жизнь боролся противъ подобныхъ „просьбъ",—но бросалъ вызовы суду, провоцировалъ судей, повторялъ передъ ними тѣ слова и рѣчи, которыя ранѣе раздражали народъ и привели его на скамью подсудимыхъ. Никогда правовѣды и историки не относились съ одобреніемъ къ поведенію Сократа въ отношеніи судей, повлекшему за собою его гибель. Презрительное обхожденіе съ судомъ и даже съ защитой замѣчается иногда со стороны нѣкоторыхъ подсудимыхъ въ политическихъ процессахъ, при чемъ судъ отождествляется такими подсудимыми съ носителями власти. Между прочимъ, когда обвиняемый вмѣстѣ съ другими въ упомянутомъ уже здѣсь дѣлѣ „Выборгскаго воззванія", бывшій Предсѣдатель I-ой Государственной Думы С. А. Муромцевъ—также человѣкъ немалой силы духа и знаній и первоклассный юристъ—былъ спрошенъ предсѣдателемъ суда, признаетъ ли онъ себя виновнымъ, подсудимый всталъ (съ нимъ встали и другіе подсудимые и публика въ залѣ) и, съ своей стороны, спросилъ: „А кто мои судьи?" На это послѣдовалъ „наивный", но въ то же время довольно ехидный отвѣтъ предсѣдателя: списокъ судей вы своевременно получили. Другіе, особенно въ древности, наоборотъ, считали допустимыми всякія средства воздѣйствія на судей, вплоть до театрально-трагическихъ пріемовъ. Извѣстенъ историческій разсказъ о „слезахъ Перикла", которыя послѣдній пролилъ передъ судомъ при защитѣ Аспазіи: судьи, увидѣвъ плачущимъ столь высоко цѣнимаго человѣка, оправдали Аспазію. Могущественный римскій консулъ Помпей надѣлъ траурныя одежды, когда его тесть привлеченъ былъ къ уголовной отвѣтсвенности. Въ старыя поношенныя тоги (togum Sorbidum) облачались многіе, которымъ приходилось защищаться на судѣ. Иные еще отращивали себѣ бороду и т. д. Eum cuum esset reus, neque barbam desisse radi, neque non candida veste uti, neque fuisse cultu rolito serum (см. Vargha, op. cit., S. 37).

европейскимъ взглядамъ на право подсудимаго въ процессѣ. Впослѣдствіи (съ наступленіемъ господства инквизиціоннаго процесса) у защиты было отнято лучшее и самое могучее орудіе—живое слово, такъ что постепенно она обратилась въ обрядность, исполняемую наемными должностными лицами судебнаго вѣдомства [1]). Побѣда личности и ея правъ, обнаружившаяся въ Европѣ въ XVIII, XIX и XX вв., привела вновь къ утвержденію индивидуалистическаго принципа въ уголовной защитѣ. Послѣдняя поднята была на пьедесталъ въ качествѣ оплота личной свободы гражданина. Успѣхи защитниковъ, особенно въ политическихъ дѣлахъ, и увлеченіе новой ролью защитника привели къ превращенію его въ общественнаго служителя. Въ немъ усматривали общественнаго дѣятеля и даже спеціальнаго ставленника общества, какъ особой соціальной единицы (supra). Съ другой стороны, въ защитникѣ желали видѣть представителя закона и заговорили даже о „защитительной власти" въ противоположность власти обвинительной. Помощь защитника, въ общихъ интересахъ правосудія доставляемая,—по этому послѣднему мнѣнію, превращаетъ самую защиту изъ представительства частнаго въ представительство закона, изъ служенія отдѣльному интересу въ служеніе общественное [2]). Это ученіе слабѣе оттѣняетъ въ защитѣ представительство „общества и интересовъ его" въ томъ техническомъ смыслѣ, какое придаютъ этому представительству нѣкоторые теоретики института защиты. Но и здѣсь констатируется стремленіе какъ будто затушевать совершенно индивидуалистическій моментъ защиты.

Между тѣмъ, именно въ правильномъ сочетаніи элемента индивидуалистическаго съ элементомъ соціальнымъ кроется характерная черта защиты и залогъ ея успѣха.

Уголовная защита проникнута соціальными чертами!

Но въ настоящее время всякое право, даже частное, запечатлѣвается чертами соціальными и мыслится лишь какъ извѣстная соціальная позиція. Осуществляющій частное право

---

[1]) Фойницкій, Защита въ уголовномъ процессѣ, 1885, стр. 10.

[2]) Фойницкій, ib., стр. 19.

долженъ сознавать, что онъ дѣлаетъ это не только въ своихъ личныхъ интересахъ, но и въ интересахъ коллектива, въ которомъ онъ живетъ. Общеизвѣстно, что еще въ древнемъ Римѣ право и государство были связаны: гражданинъ свое личное право охранялъ тѣмъ, что приносилъ жертвы коллективу и баззавѣтно служилъ ему. Индивидуумъ зналъ, что его персональное благо обусловлено благомъ государства. Dieses Wissen war darum sein Solen und Wollen und sein Ideal (Jehring). Все для государства, все для общества—это идеальный лозунгъ людей и нынѣ. Въ то же время каждому ясно (не можетъ быть не ясно), что „общее благо"—не столько абстрактная самоцѣнная совокупность соціальныхъ притязаній, сколько сумма благъ индивидуумовъ, реальныхъ субъектовъ, что государство, коллективъ, общество въ конечномъ счетѣ лишь средства, а цѣль—благо человѣка [1])

Уголовный защитникъ не только кліенту служитъ, но и обществу.

Однако, выступая по гражданскому дѣлу, адвокатъ также служитъ кромѣ кліента еще и обществу, разъясняя право и справедливость, стремясь къ правосудному рѣшенію. Въ системѣ раздѣленія труда въ процессѣ—адвокату принадлежитъ и въ гражданскомъ дѣлѣ мѣсто блюстителя правъ кліента и интересовъ коллектива. Въ уголовномъ процессѣ, съ одной стороны, на сцену выступаютъ болѣе важныя права, а съ другой—дѣло касается посягательства на кровные интересы общества. Это и превращаетъ уголовнаго защитника, какъ мы видѣли, въ представителя особаго рода, sui generis, обязаннаго въ большей мѣрѣ, чѣмъ какой-либо иной представитель, сосредоточивать вниманіе на благѣ общественномъ при огражденіи правъ индивидуума.

Посредничество защитника между индивидуумомъ и коллективомъ, направленное къ согласованію интересовъ частныхъ съ интересами „громады", выдѣляетъ защитника въ особый рангъ, создаетъ не только заступническую роль его, но и „завидную долю защитника, какъ служителя общества"

---

[1]) Das wichtigste Kapital des deutschen Staates ist nicht die deutsche Witrschaft, sondern der deutsche Mensch, замѣчаетъ одинъ видный авторъ, трактующій о миссіи адвоката (См. только что вышедшую въ свѣтъ книгу: Finger, Die Sendung des Rechtsanwalts, 1930, S. 17).

и т. д. И все же наиболѣе важное свойство этой дѣятельности, привлекательная сторона ея заключается въ той моральной атмосферѣ, которая окружаетъ это служеніе...

Защитники! если вы желаете быть достойными своего дѣйствительно высокаго званія, вамъ долженъ быть близокъ человѣкъ и его страданія. Вы лѣчите соціальныя боли, передъ вами соціальное горе, соціальныя слезы. Къ вамъ приходитъ за помощью тотъ, котораго желаетъ отвергнуть общество, который уже частью отвергнутъ самымъ фактомъ привлеченія, котораго отвергли вчерашніе друзья и знакомые, а, можетъ быть, и свои, родные. Будьте же первыми понявшими его, вникнувшими въ его душу; создайте такую обстановку, чтобы онъ въ состояніи былъ вполнѣ довѣриться вамъ въ томъ, что вы охраните все, что есть праваго за нимъ. Пусть не видитъ онъ въ васъ получиновниковъ, принимающихъ на себя оффиціальную обязанность „защищать", какъ прокуроръ „обвиняетъ", считающихъ свой долгъ исполненнымъ, когда ими сдѣлано то или иное усиліе представить суду „данныя, способныя опровергнуть или ослабить обвиненіе", безстрастно и равнодушно взирающихъ на самую судьбу своего подзащитнаго. Пусть находитъ кліентъ въ каждомъ изъ васъ хотя и временно связаннаго съ нимъ, но все же защитника-друга, проявляющаго сердечное отношеніе и сочувствіе. Исполняя такимъ образомъ свою обязанность, вы не должны опасаться, что васъ будутъ обвинять въ „односторонности, въ томъ, что вы—наймиты неправды" (Soldknechte der Unwahrheit) и пр. Вы всѣ силы и помыслы удѣляете кліенту и дѣлаете это не потому, что вами руководятъ личные, матеріальные или иные подобные интересы. Вамъ далекъ и чуждъ типъ того „Заступника" по адресу котораго было сказано: „Du bist ein Ciceronianer, denn wo dein schatz ist, ist auch dein Herz". Вы чувствуете и цѣните свое призваніе, остаетесь вѣрными моральному долгу своему, вы идете той дорогой, по которой, какъ выразился когда-то Глѣбъ Успенскій, можно дойти до сознанія правъ живого человѣка на землѣ. Въ такомъ случаѣ нравственная идея вашего служенія будетъ залогомъ вашей правоты. И эта идея будетъ совпадать съ общей пользой, требующей отъ васъ совершенства въ той роли, которая отведена вамъ: всепоглощенія ею

для достиженія результатовъ на почвѣ общаго развитія коллективной жизни на почвѣ прогресса.

Дѣло, конечно, не въ одномъ „сочувствіи" подсудимому. Отъ защитника требуется фактическая, реальная, дѣятельная помощь, и она должна выразиться въ постоянномъ и неослабномъ наблюденіи за ходомъ процесса и въ направленіи его въ выгодную для подзащитнаго сторону. Отъ самаго начала и до самаго конца защитнику слѣдуетъ быть съ подзащитнымъ при отстаиваніи правъ и интересовъ послѣдняго. Въ этомъ сущность служенія защитника.

Если защитникъ связанъ съ подсудимымъ отъ начала до конца, то это аначитъ, что ни въ одинъ моментъ его помощь не исключается: ни при возникновеніи дѣла, ни на судоговореніи, ни при исполненіи приговора, ни въ инстанціяхъ, гдѣ разрѣшаются только правовые вопросы казуса, ни въ прочихъ мѣстахъ, гдѣ эта помощь можетъ оказаться нужной.

Законъ нашъ не указываетъ, къ какому времени пріурочивается появленіе защитника въ дѣлѣ. Законъ не позаботился установить въ точности моменты, когда защита начинаетъ осуществлять свои дѣйствія, — радѣя лишь объ одномъ: чтобы защита не допускалась на предварительномъ слѣдствіи. Практика защиту допускаетъ только съ врученіемъ подсудимому копіи обвинительнаго акта [1]). Съ равнымъ правомъ можно установить для этого и болѣе ранній срокъ. Такъ, обвиняемымъ, содержащимся подъ стражею, законъ, для изложенія жалобы на слѣдователя, предписываетъ доставлять „всѣ необходимые къ этому способы" [2]), не исключая слѣдовательно и помощи защитника (Фойницкій). Фактически помощь защитника иногда начинается въ самый моментъ, когда данное лицо становится обвиняемымъ (привлеченнымъ къ обвиненію) или даже подозрѣваемымъ только. Защита въ это время не въ состояніи, конечно, функціонировать вполнѣ открыто [3]), она находится, такъ сказать, за ширмой, совершаетъ то, что въ инквизиціонномъ процессѣ и отчасти въ

---

[1]) См. 562 Уст. Угол. Судопр.

[2]) См. 496 Уст. Угол. Судопр.

[3]) Срвн. сказанное на стр. 107.

процессѣ древнемъ составляло вообще единственную область дѣятельности защитника: пишетъ бумаги отъ имени подсудимаго, даетъ ему (гармонирующіе съ закономъ и правомъ) совѣты, какъ себя держать въ объясненіяхъ со слѣдователемъ и другими лицами и т. п. [1]).

Защитникъ собираетъ всѣ матеріалы, необходимые для защиты, и контролируетъ матеріалы, выдвигаемые обвиненіемъ. Всякое упущеніе защитника въ этомъ отношеніи является нарушеніемъ противъ подзащитнаго, противъ закона, противъ государства и общества. Когда его свиданіе съ подзащитнымъ (находящимся подъ арестомъ) представляется по обстоятельствамъ дѣла необходимымъ или полезнымъ, оно—не только право, но и обязанность защитника [2]). Недаромъ о нѣкоторыхъ извѣстныхъ защитникахъ говорили, что они „не вылѣзаютъ" изъ камеры подзащитнаго. Нашъ законъ ограничиваетъ защитника въ его правѣ собирать матеріалы въ пользу подсудимаго: если эти матеріалы находятся въ присутственномъ мѣстѣ, онъ можетъ получить ихъ лишь по свидѣтельствамъ суда, примѣнительно къ правиламъ Уст. Гр. Су-

---

[1]) Это—закулисность, вынужденная самимъ закономъ. Если защитникъ въ состояніи дѣйствовать открыто, онъ не долженъ прибѣгать къ „кулисамъ". Поэтому писать и подавать всякаго рода прошенія и жалобы отъ имени подзащитнаго въ тѣ моменты процесса, когда это можетъ дѣлать самъ защитникъ, послѣдній, по общему правилу, не долженъ, что, отчасти, и разъяснили Совѣты присяжныхъ повѣренныхъ. Во всякомъ случаѣ, такую замѣну себя самимъ подзащитнымъ можно было бы допустить для защитника только по какимъ-либо особымъ, исключительнымъ обстоятельствамъ, эту замѣну такъ или иначе оправдывающимъ. Иначе легко получается такое впечатлѣніе, будто защитникъ пытается переложить съ себя отвѣтственность на самого подзащитнаго за исходъ ходатайства (или что-либо подобное).

[2]) Иное мнѣніе высказалъ въ 1882 г. Московскій Совѣтъ прис. пов., утверждавшій, что посѣщеніе подсудимаго есть лишь право защитника, а не его обязанность и на этомъ основаніи оставившій безъ послѣдствій соотвѣтствующее сообщеніе тов. предсѣдателя суда. „Подобное великодушіе совѣтовъ относительно присяжныхъ повѣренныхъ—замѣчаетъ по этому поводу Фойницкій —дѣлается на счетъ интересовъ правосудія и не можетъ не порождать убѣжденія о безполезности обращаться въ совѣты съ жалобами на присяжныхъ повѣренныхъ (Защита въ уг. дѣлѣ, стр. 51). Другіе совѣты (Петербургскій) предписывали личныя свиданія съ подсудимымъ, насколько это только возможно, справедливо усматривая въ нихъ одно изъ важнѣйшихъ требованій правильнаго отношенія защитника къ интересамъ своего кліента и къ защитѣ.

допроизв. [1]). Въ очень рѣдкихъ случаяхъ защитнику удается получить матеріалы и безъ свидѣтельства. Нужно привѣтствовать, поэтому, выработанный нынѣ проектъ закона, въ силу котораго присяжнымъ повѣреннымъ по дѣламъ ихъ кліентовъ предоставлена будетъ возможность добывать нужныя свѣдѣнія изъ правительственныхъ и административныхъ учрежденій непосредственно и даже безъ представленія довѣренности.

Тщательное собираніе защитникомъ данныхъ повсюду, гдѣ только представляется возможнымъ, необходимо для того, чтобы на судоговореніи, вооружившись ими, онъ могъ парировать обвиненіе, быть хозяиномъ процесса и импонировать суду. Въ Россіи столичный адвокатъ прежнихъ временъ, пріобрѣвшій даже „имя“ въ извѣстныхъ кругахъ, утверждалъ, что защитникъ можетъ выступить на судѣ и безъ предварительнаго знакомства съ обстоятельствами дѣла. „Двѣнадцать присяжныхъ засѣдателей“—говорилъ онъ—„двѣнадцать простыхъ людей, иногда сиволапыхъ крестьянъ, разрѣшаютъ все дѣло на основаніи того, что они только что слышали изъ чтенія обвинительнаго акта, изъ данныхъ судебнаго разбирательства: почему же мнѣ нельзя знакомиться съ дѣломъ такимъ же образомъ?“ Такъ разсуждалъ этотъ своеобразный служитель Фемиды, забывая или дѣлая видъ, что забываетъ, что присяжные засѣдатели именно потому въ состояніи разрѣшать дѣло въ судѣ, что ихъ инструируютъ лица, хорошо знакомыя съ дѣломъ, въ томъ числѣ освѣдомленный обо всемъ защитникъ. Никакіе экспромптныя выступленія, будь то экспромптное, безъ знанія всѣхъ обстоятельствъ, пледированіе или появленіе въ дѣлѣ неподготовленнымъ, по общему правилу, недопустимы для защитника на судѣ [2]). Не-

---

[1]) Въ рѣш. Уг. Кас. Деп. 1872 г. № 1439 Сенатъ разъяснилъ, что выдача подобныхъ свидѣтельствъ къ обязанностямъ уголовнаго суда не относится. По рѣш. того же Департамента 1906 г. № 1 и 1874 № 15, мировой судъ долженъ выдавать такое свидѣтельство въ случаѣ дѣйствительной надобности—взглядъ болѣе правильный, которымъ руководствуются на практикѣ во всѣхъ судахъ.

[2]) Между прочимъ, Плутархъ разсказываетъ, что Демосфена упрекнулъ однажды Пифіасъ что рѣчи перваго „пахнутъ лампой“, на что Демосфенъ отвѣтилъ: „Во всякомъ случаѣ, то, что я дѣлаю при лампѣ и что ты при ней дѣлаешь, вещи совершенно различныя“. Такое же замѣчаніе относительно „запаха лампы въ рѣчахъ“ дѣлали и русскому защитнику В. Д. Спасовичу. Самъ Спасо-

подготовленность защитника можетъ вести порою къ большимъ бѣдствіямъ, если, напр., въ дѣлѣ находится указаніе на какое либо важное, имѣющее рѣшающее значеніе обстоятельство (важный документъ и т. п.), на которое не въ состояніи будетъ обратить вниманіе суда защитникъ по незнанію дѣла. Импровизированныя дѣйствія со стороны защитника практиковались въ инквизиціонную эпоху, ибо защитникамъ не давалось возможности знакомиться съ дѣломъ по документамъ, и именно этимъ обстоятельствомъ пользовались иногда, чтобы дискредитировать защиту и уменьшить ея вліяніе на исходъ дѣла. Совсѣмъ иное при нынѣшнемъ аккузаторномъ процессѣ. Сохранившаяся у нѣкоторыхъ защитниковъ „традиція" „бросаться въ воду" на судѣ, т. е. идти въ дѣло съ намѣреніемъ усвоить все нужное для защиты во время самаго разбирательства, должна считаться вреднымъ пережиткомъ стараго времени, а то и прямо недобросовѣстностью [1]).

Собирая данныя, защитникъ представительствуетъ за своего подзащитнаго передъ всѣми лицами и учрежденіями, независимо отъ представительства передъ самимъ судомъ. Въ этомъ смыслѣ, отчасти, австрійскій законъ объ адвокатурѣ отъ 6 іюля 1868 г. постановляетъ: Der Advokat ist verpflichtet die übernommenden Vertretungen dem Gesetze gemäss zu führen und die Rechte seiner Partei gegen Jedermann mit

---

вичъ, блиставшій знаніемъ всѣхъ тонкостей и особенностей дѣла, этими замѣчаніями гордился. Отъ импровизаціи на судѣ предостерегали лучшіе защитники, въ томъ числѣ Jule Favre, С. А. Андреевскій и др. О томъ, что такое импровизированная рѣчь, вообще, и къ чему она можетъ привести иногда, характерно разсказываетъ одинъ выдающійся церковный ораторъ. Вопреки своему обычаю изучать всѣ подробности предмета, о которомъ онъ собирался говорить съ кафедры въ церкви, этотъ проповѣдникъ одинъ разъ рѣшилъ выступить съ „кондочка", безъ предварительной подготовки, полагаясь на то, что „Святое Провидѣніе подскажетъ ему, о чемъ говорить". Въ рѣшительную минуту онъ на кафедрѣ не могъ открыть рта, не зная, съ чего начать, и такъ стоялъ безъ словъ передъ смущенной аудиторіей, а „Святое Провидѣніе", на которое онъ надѣялся, шептало ему въ ухо, по его словамъ, только одно: „Напрасно ты полѣнился и не подготовился къ выступленію".

[1]) Не говоримъ уже о томъ, что многіе вопросы, напр. о некомпетенціи суда, недопущеніи гражданскаго иска и т. п., должны быть возбуждаемы защитникомъ еще до начала дѣла и защитникъ обязанъ ихъ изслѣдовать заранѣе. Срвн. Vargha, op, cit., S, 590 f.

Eifer, Treu und Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Er ist befugt Alles, was er nach dem Gesetze zur Vertretung seiner Partei für dienstlich erachtet unumvunden vorzubringen, ihre Angriffs—und Verteidigungs mittel in jeder Weise zu gebrauchen, welche seiner Vollmacht, seinem Gewissen und dem Gesetzen nicht widerstreitet. Понятно, что защитникъ не долженъ при этомъ входить въ конфликтъ ни съ закономъ, ни съ интересами частныхъ лицъ.

Недопустимо для защитника предвосхищать тѣ дѣйствія, которыя будутъ совершаться на судѣ, коль скоро эти дѣйствія представляютъ исключительную прерогативу суда. Это относится, между прочимъ, къ частному допросу свидѣтелей.

По мнѣнію, высказанному юристами, занимавшимися этимъ деликатнымъ и немаловажнымъ въ практическомъ и этическомъ отношеніяхъ вопросомъ [1]), ничего предсудительнаго не усматривается въ томъ, что защитникъ заранѣе допроситъ самолично свидѣтелей, чтобы освѣдомиться, что именно они могутъ показать на судѣ. Выгода этого заключается въ томъ, что защитникъ сумѣетъ указать суду свидѣтелей, дѣйствительно могущихъ помочь дѣлу. Иначе изъ вызванныхъ по ходатайству защиты свидѣтелей лишь весьма немногіе даютъ нужныя показанія, остальные либо не знаютъ, что именно слѣдуетъ подтвердить,—при чемъ и защитнику зачастую неизвѣстно, о чемъ ихъ спрашивать,—либо говорятъ о вещахъ не нужныхъ, а то и совсѣмъ ничего не знаютъ, будучи привлечены подсудимымъ по ошибкѣ, по невѣжеству. Опытной рукой защитника здѣсь заранѣе могъ бы быть произведенъ „отборъ", отдѣленіе „овецъ отъ козлищъ". На судъ поставлены были бы лишь тѣ свидѣтели (и эксперты), которыхъ защитникъ по предварительномъ опросѣ призналъ заслуживающими явиться для дачи показаній, проектъ которыхъ у него уже имѣлся бы. Nicht selten—указываетъ M. Frydmann—wird der Vertheidiger, falls er Entlastungszeugen führen wird, diese auch über den Umfang ihres Wissens ausfra-

---

[1]) См. О. Грузенбергъ, Дневникъ юриста, „Законъ и Судъ", 1930 г., № 10, стр. 334.

gen missen, da er ja dem Vorsitzenden angeben muss über welche Punkte er gewisse Zeugen führen will [1]).

И тѣмъ не менѣе, не взирая на всю соблазнительность этой концепціи, едва ли можно согласиться съ допустимостью такого предварительнаго опроса у насъ. Какъ ни высоко стоятъ защитники изъ присяжной адвокатуры, предварительный опросъ свидѣтелей въ состояніи бросить на нихъ косвенно тѣнь. При нахожденіи защитника со свидѣтелемъ съ глазу на глазъ мыслимо недопустимое воздѣйствіе перваго на показаніе и даже „корректированіе" такового. Конечно, защитникъ отвѣчаетъ за все это передъ закономъ и дисциплинарной властью. Doch wird er (защитникъ) selbstverständlich grundsätzlich verschmähen, solche Zeugen durch Insinuirung oder Belehrung zu Aussagen zu bewegen, die nicht auf ihrem eigenem Wissen basiren [2]). Однако здѣсь-то именно и возможны тѣ искушенія, которыя необходимо предупредить въ интересахъ даже самихъ защитниковъ. Такой предварительный опросъ не отвѣчаетъ у насъ общественному правосознанію, онъ часто превращаетъ новый допросъ свидѣтелей на судѣ въ „комедію правосудія". Когда обнаруживалось, что защитникъ уже успѣлъ у себя въ кабинетѣ допросить нужнаго свидѣтеля, это всегда вызываетъ въ судѣ неудовольствіе и раздраженіе. Обычно, показаніе такого свидѣтеля устраняется изъ дѣла, какъ показаніе подозрительное, а допросившій его защитникъ привлекается къ дисциплинарной отвѣтственности. Такое дисциплинарное дѣло недавно возбуждено было противъ адвоката въ Ригѣ [3]).

---

[1]) Systematische Handbuch der Vertheidigung im Strafverfahren, 1878, S. 183. Мало того. Можно еще указать, что загроможденіе дѣла ненужными и несущественными свидѣтельскими показаніями служитъ иногда косвенной причиной несправедливаго приговора (особенно если участвуютъ присяжные засѣдатели) и создаетъ даже эвентуальный поводъ для кассаціи. Срвн., intercetera, у Спасовича, Сочиненія, т. 3, 1890, стр. 343 и сл. (разсужденіе по дѣлу В. Засуличъ).

[2]) M. Frydmann, ib.

[3]) Кто согласился бы, чтобы такое „частное разслѣдованіе" защитника стало у насъ обычнымъ? Между тѣмъ стоитъ разрѣшить вопросъ въ положительномъ смыслѣ, и мы очутимся именно передъ лицомъ „бытового" явленія. Да и почему допрашивать только своихъ свидѣтелей? Если уже допу-

По общему правилу, при нынѣшнемъ положеніи нашей уголовной защиты и нашего уголовнаго процесса, защитникъ не вправѣ брать на себя допросъ свидѣтеля до суда по собственному почину. Это означаетъ не умаленіе престижа защитника или что-либо подобное, а лишь—установленіе правильныхъ и достойныхъ отношеній между защитой и судомъ.

стимо „частное разслѣдованіе" защитника, что мѣшаетъ ему допрашивать свидѣтелей и противной стороны „въ интересахъ раскрытія истины", коль скоро допросъ фактически возможнымъ окажется? Ясно, что мы зайдемъ очень далеко. Нашъ законъ защитнику права предварительнаго опроса свидѣтелей не даетъ; объ этомъ правѣ не говорится ни въ системѣ правъ защитника, ни въ правахъ и обязанностяхъ присяжнаго повѣреннаго, ни гдѣ-либо въ другомъ мѣстѣ. Между тѣмъ о такомъ значительномъ правѣ защитника, если бы таковое законъ признавалъ, онъ, думается, именно упомянулъ бы, обставивъ его въ то же время соотвѣтсвенными условіями и гарантіями и т. д. То, что по ст. 576 Уст. Уг. Судопр. судъ предоставляетъ подсудимому приглашать въ судебное засѣданіе свидѣтелей по добровольному съ ними соглашенію, никакого матеріала къ заключенію о правѣ защитника на „частное разслѣдованіе" не доставляетъ, тѣмъ болѣе, что по истинному смыслу этой статьи, подсудимый вправѣ лишь согласиться со свидѣтелемъ относительно его доставленія—и только. Ни о чемъ большемъ, ни о какихъ правахъ на предварительный допросъ, особенно со стороны защитника, эта статья не говоритъ. Правда, законъ не упоминаетъ о прямомъ запретѣ, но въ этомъ нѣтъ необходимости. Запретъ вытекаетъ изъ сущности дѣятельности суда, съ одной стороны, и защиты—съ другой. Прерогатива допроса свидѣтелей принадлежитъ у насъ суду, а защитнику въ этой области удѣлено свое мѣсто на судѣ. Исключительное право суда на допросъ свидѣтеля находитъ свое подтвержденіе, между прочимъ, въ томъ предположеніи закона, что свидѣтелю до допроса его на судѣ не будутъ извѣстны обстоятельства дѣла, по которому онъ допрашивается, почему и принимаютъ на судѣ мѣры, чтобы свидѣтель заранѣе не знакомился съ дѣломъ. Такое знакомство невольно произошло бы, если бы свидѣтель уже до того былъ допрошенъ защитой. (Рѣчь идетъ, конечно, не объ отдѣльномъ случайномъ разговорѣ со свидѣтелемъ, отъ чего иногда не можетъ уберечься защитникъ. (Случаи, на которыя ссылаются въ обоснованіе права защитника на частное разслѣдованіе, относятся къ разслѣдованіямъ по исключительнымъ, политическимъ и имъ подобнымъ дѣламъ (погромы, убійство депутата Герценштейна, разстрѣлъ рабочихъ). Это чрезвычайные казусы, изъ которыхъ нельзя вывести общаго правила, для обыкновенныхъ дѣлъ. Да и эти разслѣдованія производили большей частью особыя организаціи; въ нихъ хотя участвовали представители адвокатуры, но не тѣ, которые должны были выступать на судѣ въ качествѣ адвокатовъ сторонъ... Припоминается довольно извѣстный казусъ изъ той же области, совершенно иного характера. Присяжный повѣренный въ губернскомъ городѣ, недалеко отъ Петербурга, въ комнатѣ гостиницы „разговаривалъ" со свидѣ-

Если судъ не допрашиваетъ свидѣтеля безъ защитника, то послѣдній тѣмъ болѣе не долженъ допрашивать безъ суда кого бы то ни было [1]).

телями по заведенному дѣлу, толкуя на всякій ладъ ихъ будущія показанія. Въ другой комнатѣ сидѣлъ предсѣдатель Судебной Палаты, случайно очутившійся по дѣламъ, въ томъ же городѣ. Онъ слышалъ за тонкой стѣнкой весь разговоръ и передалъ его Совѣту присяжныхъ повѣренныхъ. Когда противъ этого адвоката возбуждено было дисциплинарное дѣло, онъ оправдывался незапретностью предварительнаго допроса свидѣтелей. Онъ могъ бы добавить, что не воспрещается высказать свидѣтелю и мнѣніе свое о силѣ и значеніи его показаній... и, кажется, именно такъ и защищался. Совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ воспретилъ этому адвокату отправленіе обязанностей присяжнаго повѣреннаго на одинъ годъ. Въ древнемъ Римѣ обвинитель вправѣ былъ допрашивать свидѣтелей до суда, но особый „надзиратель" могъ присутствовать при этомъ разговорѣ. Впрочемъ, этотъ надзоръ вытекалъ изъ права обвиняемаго требовать, чтобы всѣ дѣйствія обвинителя по приготовленію обвиненія находились подъ контролемъ оффиціальнаго лица, такъ что обвинитель не долженъ былъ имѣть ни единой мысли, о которой не знало бы это лицо (Плутархъ). Въ Англіи фактически предварительный опросъ свидѣтелей и свѣдущихъ лицъ иногда (въ рѣдкихъ случаяхъ) производится адвокатами, но уголовный процессъ Англіи вообще отличается своеобразными особенностями и не можетъ быть въ данномъ отношеніи взятъ за образецъ другими странами (Срвн. стр. 118).

[1]) Въ отношеніи предварительнаго опроса защитникомъ экспертовъ дѣло, въ общемъ, обстоитъ нѣсколько иначе, чѣмъ въ отношеніи опроса свидѣтелей. Экспертиза занимаетъ особое положеніе: она свидѣтельствуетъ не о фактахъ, а даетъ свѣдѣнія, почерпнутыя изъ спеціальныхъ познаній, и является, по нашему закону, восполненіемъ судейскаго усмотрѣнія. Поскольку позволительна была бы бесѣда съ судьями о дѣлѣ передъ слушаніемъ его, постольку можно было бы оправдать такую же бесѣду и съ экспертами. Однако, и тутъ полагаются извѣстныя границы, которыхъ перейти нельзя.—Уже послѣ того, какъ настоящая работа сдана была въ печать, появилось знаменательное рѣшеніе по вопросу о предварительномъ допросѣ свидѣтелей Литовскаго Верховнаго Трибунала, постановленное по жалобѣ на опредѣленіе Совѣта присяжныхъ повѣренныхъ. Верх. Трибуналъ указываетъ: „Странно возраженіе (жалобщика) на замѣчаніе Совѣта, что онъ, жалобщикъ, не видитъ ничего дурного въ томъ, что адвокатъ справляется у свидѣтелей,— что они могутъ знать въ дѣлѣ, и совѣтуетъ имъ показывать правду. Какъ правильно указываетъ Совѣтъ прис. повѣр., совѣтъ адвоката свидѣтелямъ говорить правду не нуженъ, такъ какъ это дѣлаетъ судъ. Говорить со свидѣтелями адвокату не только не дозволяется, но и запрещено, такъ какъ при дозволеніи говорить создалась бы широкая почва для различныхъ недоразумѣній, а честному адвокату часто угрожала бы опасность шантажа въ смыслѣ утвержденій, что адвокатъ училъ лгать" (рѣш. 4 декабря 1930 г.).

На судоговореніи, Haupverhandlung, раскрывается цѣликомъ и въ полнотѣ роль защиты [1]).

Защитнику необходимо въ первую очередь охранить на судоговореніи (поскольку дѣло касается осуществленія задачъ защиты) общія начала процесса — состязательность, устность, непосредственность, гласность и публичность, которыя установлены въ законѣ для лучшаго достиженія цѣлей правосудія. Въ частности, что касается публичности, то она часто необходима для реабилитаціи подсудимаго передъ общественнымъ мнѣніемъ. Въ той или иной ситуаціи закрытіе дверей засѣданія можетъ оказаться нужнымъ для самого подсудимаго и должно сдѣлаться тогда предметомъ особаго домогательства со стороны защиты. Но чаще всего гласность— ограда интересовъ подсудимаго—одно изъ важныхъ условій правильной защиты. „Реформированный процессъ, вводя гласность, руководствовался тѣмъ, что въ гласномъ производствѣ труднѣе нарушить права подсудимаго". Нарушеніе принципа гласности—существенной гарантіи правосудія—ведетъ безусловно къ отмѣнѣ приговора въ кассаціонномъ порядкѣ [2]). Чѣмъ болѣе правымъ чувствуетъ себя подсудимый,

---

[1]) Можно представить такое положеніе, когда судоговореніе съ самаго начала не предполагается и не ожидается, вся дѣятельность защитника проходитъ въ сферѣ внѣсудебной и направлена къ достиженію опредѣленнаго результата, которымъ и исчерпывается его помощь и заступничество. Таково, отчасти, выступленіе защитника за такого подзащитнаго, выдачи котораго требуетъ другое государство (экстрадиція). Количество подобныхъ дѣлъ растетъ вслѣдствіе заключенія международныхъ договоровъ о выдачѣ преступниковъ и усиленія среди государствъ начала взаимности и солидарности въ этой области. Въ дѣлахъ этихъ вліяніе защиты проявляется нынѣ довольно интенсивно. Но участіе при разрѣшеніи такихъ дѣлъ суда выражается въ очень скромной формѣ. Такъ, по конвенціямъ о выдачѣ преступниковъ, заключеннымъ между собою прибалтійскими государствами, только относительно выдачи лица, обвиняемаго въ совершеніи политическаго преступленія, соединеннаго съ дѣяніемъ обще-уголовнымъ, выноситъ рѣшеніе судъ страны, къ которой обращена просьба о выдачѣ. Конвенціи и международные usus'ы могутъ очерчить и болѣе широко роль суда въ этихъ дѣлахъ. Въ остальномъ все рѣшается прокуроромъ и дипломатами. Но, въ общемъ, работа защитника обнаруживается въ наиболѣе яркомъ свѣтѣ именно на Hauptverhandlung. Здѣсь „ядро" дѣла, здѣсь вѣнецъ трудовъ и успѣха защитника.

[2]) См. рѣш. Уг. Деп. Сената 1873 г. № 20. Нѣсколько иначе рѣш. 1868 г. № 38.

тѣмъ болѣе будетъ онъ стремиться къ гласности и публичности. По замѣчанію одного ученаго, публичность производства укрѣпляетъ довѣріе невиновнаго и дѣйствуетъ устыжающимъ и удручающимъ образомъ на виновнаго. Въ виду особой важности принципа гласности составители судебныхъ уставовъ нашли возможнымъ ограничить ее только въ особо указанныхъ случаяхъ крайней нужды для огражденія вѣры, женской чести, правъ семейственныхъ и проч. Впослѣдствіи, именно въ 1887 г., право суда закрывать двери засѣданія было значительно расширено. При этомъ и министру юстиціи предоставлено дѣлать распоряженіе о закрытіи дверей. Это право министра является чѣмъ-то и исключительнымъ и мало надежнымъ. Министръ юстиціи, распоряжаясь о закрытіи дверей по политическимъ соображеніямъ, не знаетъ,—не будучи обычно знакомъ со всѣми обстоятельствами дѣла,—какъ этотъ актъ отразится на ходѣ процесса. Здѣсь и защита лишена возможности что-либо возражать. Право министра на закрытіе дверей засѣданія совершенно не вяжется съ современнымъ процессомъ и является главнымъ образомъ нарушеніемъ правъ защиты. Между тѣмъ министры, какъ показываетъ практика прежняя и нынѣшняя, весьма склонны къ использованію этой мѣры [1]).

Объ отдѣльныхъ функціяхъ защиты на судоговореніи была уже рѣчь (supra). Здѣсь выдѣлимъ и разсмотримъ особо ту функцію, которая опредѣляется метаморфозами, происходящими нерѣдко съ обвиненіемъ на судѣ. Эти метаморфозы касаются основъ движенія процесса вообще, но въ нихъ кровно заинтересована защита. Затронемъ проблему измѣненія обвиненія, въ связи съ положеніемъ защиты, права

---

[1]) Защитникъ ведетъ дѣло такъ, какъ будто никакой публики въ залѣ нѣтъ, и не обращаетъ вниманія на то, что говорятъ и будутъ говорить, пишутъ и будутъ писать въ прессѣ о дѣлѣ. (Въ нормальныхъ условіяхъ производства дѣла, не общественное мнѣніе должно руководить судомъ, а, наоборотъ, судъ долженъ вліять на общественное мнѣніе). Но въ то же время защитнику не слѣдуетъ упускать изъ виду возможное вліяніе публики и вообще общественнаго мнѣнія на судей и приговоръ. Иногда неожиданный смѣхъ въ публикѣ, аплодисменты, появившаяся на лицѣ того или иного слушателя улыбка или показавшіяся на глазахъ слезы въ состояніи сильно повліять на судью и предрѣшить все дѣло. Защитникъ не долженъ оставаться глухъ и слѣпъ ко всему этому. Особенно не подобаетъ ему въ чемъ-либо проявлять вызывающее отношеніе къ публикѣ и общественному мнѣнію.

которой par excellence законодательства собственно и стремятся, оградить при регламентаціи этой проблемы.

Съ точки зрѣнія строгаго примѣненія началъ обвинительнаго процесса, разъ предъявленное обвиненіе не должно варьироваться до конца. Въ случаѣ, если бы обнаружилось на судѣ, что подсудимый уличается въ иномъ преступленіи, чѣмъ то, котораго касается первоначальное обвиненіе, онъ долженъ былъ бы быть оправданъ, съ тѣмъ, что по вновь обнаружившемуся преступленію слѣдовало бы возбудить другое дѣло составить другой обвинительный актъ. Это—принципъ ограниченнаго разбирательства Grundsatz der beschränkten Cognition. Подсудимому, при этой системѣ, дается полная возможность подготовиться къ новому обвиненію, опять организовать защиту, избрать защитниковъ соотвѣтственно новому обвиненію и т. д.

Начало „ограниченнаго разбирательства" принято въ Англіи, въ которой все, что не вошло въ Indictmente, т. е. въ обвинительный актъ и о чемъ послѣдній не упомянулъ прямо или косвенно въ counts, т. е. въ изложеніи обстоятельствъ дѣла и въ описаніи событія преступленія, не подлежитъ разрѣшенію на судѣ [1]). На континентѣ Европы, наоборотъ, принята, какъ извѣстно, система общей рекогниціи, исключающей возможность многихъ привлеченій по одному и тому же дѣлу, каждый разъ по иному правовому основанію, съ другой юридической точки зрѣнія (jedesmal unter anderen rechtlichen Gesichtspunkt). Немыслимо въ Германіи, чтобы подъ однимъ юридическимъ угломъ зрѣнія человѣкъ былъ оправданъ и въ то же время подъ другимъ standpunkt'омъ осужденъ (Rosenfeld). Поэтому разъ возбужденное дѣло должно быть ликвидиро-

---

[1]) Если подсудимому вмѣнялось въ вину по обвинительному акту умышленное убійство человѣка путемъ поджога зданія, въ которомъ послѣдній находился, то при недоказанности умысла убить подсудимый будетъ оправданъ, но противъ него можетъ быть затѣмъ возбуждено новое дѣло по обвиненію въ поджогѣ. Случай Serne, см. Rosenfeld, Deutsches Strafdrozessrecht, II, 1926, S. 51. Тамъ же другой случай. Нѣкто ворвался въ чужую конюшню и нанесъ поврежденіе лошади, дабы она не могла участвовать въ бѣгахъ. Лошадь отъ этого пала. Посягатель сперва обвинялся въ незаконномъ вторженіи, но былъ оправданъ. За этимъ послѣдовало обвиненіе въ тяжкомъ поврежденіи чужой вещи (изувѣченіе скота) и затѣмъ осужденіе.

вано, какія бы новыя обстоятельства во время судоговоренія ни возникли. Въ Германіи допускается осужденіе подсудимаго на основаніи иной статьи закона, чѣмъ та, которая указана была въ заключеніи объ открытіи судоговоренія (in dem Beschluss über die Eröfnung des Hauptverfahrens), но подсудимый объ этомъ предварительно предупреждается, и ему дается возможность защищаться. Также въ случаѣ возникновенія обстоятельства, спеціально въ законѣ предусмотрѣннаго въ качествѣ увеличивающаго мѣру наказанія. Ясно, что права защиты здѣсь значительно урѣзаны. Хотя защитѣ предоставляется право просить отложить дѣло, но это право обусловлено многими реквизитами, именно: подсудимый долженъ отрицать вновь открывшіяся на судебномъ слѣдствіи обстоятельства, измѣняющія составъ преступленія или ведущія къ увеличенію наказанія, и утверждать, что защита недостаточно подготовлена [1]). Изложенную систему общаго разбирательства объясняютъ стремленіемъ разъ навсегда ликвидировать начатое дѣло, не вводить множества производствъ по одному тому же дѣянію. Такое стремленіе, само по себѣ, вполнѣ естественно, ему можетъ принести тѣ или иныя жертвы и защита.

По нашему праву, какъ и по германскому, подсудимый можетъ быть осужденъ за преступное дѣяніе, не предусмотрѣнное въ обвинительномъ актѣ, но обнаруженное впервые на судебномъ слѣдствіи. Только когда оно по закону подвергаетъ подсудимаго наказанію болѣе строгому, чѣмъ дѣяніе, въ томъ актѣ опредѣленное, дѣло вновь направляется къ предварительному слѣдствію, если это окажется нужнымъ, и къ составленію новаго обвинительнаго акта по всѣмъ преступнымъ дѣйствіямъ подсудимаго [2]). Такимъ образомъ и у насъ дозволяется осудить сидящаго на скамьѣ подсудимыхъ за совершенно иное преступленіе сравнительно съ тѣмъ, которое первоначально вмѣнялось ему въ вину, это новое преступленіе можетъ обнаружиться въ любой моментъ судебнаго слѣдствія,—

---

[1]) Strafprozessordnung, § 365 (срвн. Rosenfeld, op. cit., S. 50, Graf zu Dohna, das Staafprozessrecht, 1912, 169 f.),

[2]) Уст. Уг. Судопр, стт. 752, 753, Объяснит. записка къ проекту Уст. Уг. Судопр. 1863 г., стр. 360, Розинъ, Уголовное Судопр. 1916, стр. 504 и сл.

и дѣло будетъ разрѣшено. Такова буква закона. Важно только, чтобы подсудимому не грозило болѣе тяжкое наказаніе. А если и грозитъ увеличеніе наказанія, то все же и этому не придается значеніе въ случаѣ, когда не самое преступленіе измѣняется, а лишь прибавляется къ наличному преступленію новый фактъ, усиливающій репрессію. Что же касается правъ защиты, возможности ухудшенія ея положенія, необходимости дать ей возможность подготовиться и пр., то нашъ законъ совершенно не задумывался надъ этимъ въ данномъ случаѣ, этимъ вопросомъ не занимался. Но практика смягчила дѣйствіе нашего закона въ пользу защиты. По разъясненію Сената, когда на судебномъ слѣдствіи обнаруживается такое увеличивающее вину обстоятельство, которое измѣняетъ отвѣтственность подсудимаго, судъ обязанъ передъ заключеніемъ слѣдствія предупредить подсудимаго о постановкѣ вопроса по этому обстоятельству и дать ему возможность приготовиться къ защитѣ. „Если первоначально выставленное противъ подсудимаго въ обвинительномъ актѣ обвиненіе на судебномъ слѣдствіи измѣнится въ смыслѣ усиленія уголовной отвѣтственности подсудимаго, такъ, что и вопросы постановлены не по первоначальному обвиненію, а по измѣнившимся на судѣ обстоятельствамъ, то предсѣдатель обязанъ предупредить подсудимаго, что онъ можетъ подвергнуться отвѣтственности, превышающей ту, которая предусмотрѣна въ обвинительномъ актѣ“ [1]). Итакъ Сенатъ открываетъ нѣкоторый просторъ для приготовленія защиты при измѣненіи обвиненія или, какъ принято это теперь называть, при измѣненіи правовой точки зрѣнія, Veränderung des rechtlichen Gerichtspunkten, по крайней мѣрѣ, для тѣхъ случаевъ, когда преступное дѣяніе, по существу, остается то же, но фактическій составъ измѣняется противъ подсудимаго. Касательно же случаевъ, когда обнаруживается совершенно другое преступное дѣяніе, равное или меньшее, Сенатъ никакихъ руководящихъ началъ не даетъ. Однако и въ этой ситуаціи защитѣ должна быть дана возможность приготовиться. Характерно, что Сенатъ въ своихъ разъясненіяхъ представ-

---

[1]) Рѣш. Уг. Касс. Деп. Сената 1875, № 66, 1871 г. № 1552, 1868 г. № 72.

ляетъ оперировать тѣмъ закономъ, въ силу котораго по новому доказательству, представленному какой-либо стороной, судъ обязанъ дать противной сторонѣ возможность приготовиться къ состязанію, при чемъ отъ суда зависитъ и отложить окончаніе судебнаго слѣдствія [1]). Если такъ, то почему правило это не дѣйствовало бы тогда, когда представлено не новое доказательство, а новое обвиненіе? Для огражденія интересовъ защиты, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ необходимо „приготовиться къ состязанію" при измѣненіи обвиненія, суду надлежитъ, казалось бы, предоставить къ тому возможность. Начало это должно дѣйствовать не въ той лишь мѣрѣ, что подсудимому грозитъ увеличеніе только наказанія за то же дѣяніе, но и въ той, что ему грозитъ осужденіе за иное дѣяніе, обложенное одинаковымъ или меньшимъ наказаніемъ, если настолько измѣнилось положеніе вещей, что дѣло не можетъ идти дальше обычнымъ порядкомъ. И въ этомъ послѣднемъ случаѣ защитникъ также вправѣ добиваться предоставленія ему срока на приготовленіе къ защитѣ, а при нуждѣ и отсрочки окончанія судебнаго слѣдствія.

По постановленію Проекта новой редакціи Уст. Уг. Судопроизводства, допускается постановка вопроса объ обнаруженномъ на судебномъ слѣдствіи другомъ преступномъ дѣяніи подсудимаго, кромѣ того, за которое онъ преданъ суду, не иначе, какъ съ согласія подсудимаго и лишь въ томъ случаѣ, когда оно по закону не подвергаетъ наказанію болѣе строгому, чѣмъ дѣяніе, въ обвинительномъ актѣ опредѣленное. Редакторы приняли во вниманіе, что случайно обнаруженное на судѣ указаніе на новое посягательство, учиненное подсудимымъ сверхъ того, которое составляетъ предметъ судебнаго слѣдствія, не можетъ заключать въ себѣ необходимыхъ гарантій полноты изслѣдованія и основательности обвиненія, при чемъ постановленіе приговора по дѣлу, по которому подсудимый не былъ преданъ суду въ установленномъ порядкѣ, нарушаетъ основную систему уголовнаго судопроизводства [2]). Таковъ взглядъ Проекта. Но если на почвѣ дѣйствующаго права и не идти такъ далеко, то, во всякомъ случаѣ, мы можемъ поставить на мѣсто „согласія подсудимаго" (о которомъ го-

---

[1]) См. Уст. Уг. Судопр. ст. 734.

[2]) Объяснительная записка, т. 3, 1900, стр. 292.

ворить помянутое правило Проекта) болѣе объективный постулатъ „предоставленія возможности приготовиться къ состязанію", и тогда получимъ то, что диктуется насущной потребностью практики и чему не найдемъ серьезныхъ противопоказаній и въ Уставѣ Угол. Судопр.

Вопросъ о возможности защиты въ отдѣльныхъ случаяхъ „превращеній обвиненія" на судѣ защитникъ можетъ и долженъ ставить каждый разъ во всей полнотѣ и со всей силой. Сколько бы ни были неопредѣленны и даже неблагопріятны на первый взглядъ тѣ или иныя постановленія Устава Уг. Суд., законъ, въ общемъ, не терпитъ, чтобы защита встрѣтилась на судѣ съ неожиданностями, сюрпризами. Когда сюрпризъ обнаружился въ видѣ такого измѣненія обвиненія, благодаря которому становится невозможной или значительно затрудняется защита, защитникъ долженъ сдѣлать изъ этого соотвѣтствующіе выводы и домогаться отсрочекъ, все равно измѣнилось ли обвиненіе къ худшему или къ лучшему. (И улучшенное такимъ образомъ обвиненіе можетъ причинить много зла подзащитному, и противъ него надо бороться во всеоружіи знанія и подготовки). Защитникъ не можетъ разсчитывать на „авось", не долженъ ступать въ неизвѣстное, не долженъ дать увлечь себя на невѣдомыя, неизслѣдованныя имъ позиціи. Онъ не игрокъ, идущій vabanque. Отъ защитника, за спиной котораго сидитъ человѣкъ, ждущій рѣшенія своей судьбы, требуются обдуманные, взвѣшанные и серьезные шаги во всемъ, стало быть, и въ вопросѣ, принять ли состязаніе немедленно на вновь открывшейся позиціи, или отклонить его до болѣе подходящаго момента [1]). Надежда защитника въ этомъ—не

---

[1]) Съ другой стороны, нельзя допускать, чтобы прокуратура предъявляла обвиненія на „авось", разсчитывая впослѣдствіи ихъ измѣнять и улучшать, въ случаѣ оказавшейся надобности. Гражданинъ не долженъ стать объектомъ прокурорскихъ экспериментовъ и посаженъ публично на скамью подсудимыхъ для того, чтобы вообще изслѣдовать, совершилъ ли онъ преступленіе и, эвентуально, какое именно. Actor de re sua certus esse debet. Vargha, op. cit., S. 596.—Конечно, рѣчь идетъ все время о серьезныхъ, обоснованныхъ, опасныхъ затрудненіяхъ при измѣненіи существа обвиненія. Измѣненіе квалификаціи преступленія иногда значенія не имѣетъ, если уже съ самаго начала видно было, что квалификація, данная обвивительнымъ актомъ, была ошибочна. Въ этомъ отношеніи примѣняется правило, что окончательное подведеніе преступнаго дѣянія подъ законъ принадлежитъ суду, рѣшающему дѣло, и что „всякое дѣло опредѣляется фактами, а не той

только на букву закона, но и на справедливое усмотрѣніе суда. Между судомъ и защитникомъ долженъ тутъ сотвориться (какъ и всегда), взаимный внутренній контактъ, взаимное пониманіе. Защитнику не слѣдуетъ создавать у другихъ впечатлѣніе, что онъ слишкомъ опасливъ, не увѣренъ въ себѣ, не рѣшителенъ или—что еще хуже—что онъ готовъ воспользоваться случаемъ, чтобы затянуть дѣло путемъ ненужныхъ отсрочекъ и откладываній дѣла. Но мужественно отклонять занесенную руку обвиненія, когда къ нему необходимо еще готовиться, и это диктуется съ неизбѣжностью самими обстоятельствами дѣла, дабы судебная „игра" была равная и честная (fair play),—защитникъ обязанъ считать одной изъ

квалификаціей, которую даютъ этимъ фактамъ" стороны (См. рѣш. Уг. Департ. Сената, 1876 г. № 252, 1873 г. № 981, 725, 1871 г. № 1473). Но въ нѣкоторыхъ исключительныхъ условіяхъ то же право на предварительную подготовку можетъ принадлежать защитнику и въ этомъ случаѣ, хотя бы факты остались тѣ же, особенно, когда тотъ или иной фактъ, оказавшійся впослѣдствіи существеннымъ, въ обвинительномъ актѣ упомянутъ былъ лишь мимоходомъ, безъ придачи ему серьезнаго значенія. Обвиняется, напр., нѣкто въ помѣщеніи въ вексельномъ бланкѣ завѣдомо ложнаго текста, вреднаго для векселедателя, Уг. Ул. ст. 613. Попутно въ обвинительномъ актѣ указывается, что векселедатель даже поставилъ на бланкѣ сумму, которая была вычищена подсудимымъ и замѣнена другой, высшей. На судѣ обвиненіе по § 613 пошатнулось, и обвиненіе предъявляется уже по § 440 въ передѣлкѣ выполненнаго документа. Можетъ быть такъ, что защитникъ найдетъ возможнымъ принять новое обвиненіе. Но могутъ быть къ тому и серьезныя затрудненія: нужно сосредоточить все вниманіе на новомъ обстоятельствѣ, нужна экспертиза, которая раньше представлялась несущественной и т. п., словомъ необходимо приготовиться къ новой защитѣ. (Когда въ обвинительномъ актѣ о передѣлкѣ вовсе не упоминалось бы, мы имѣли бы здѣсь чистый видъ перехода отъ одного обвиненія къ другому равной силы, съ точки зрѣнія наказанія). Такіе случаи на практикѣ попадаются.—Не играютъ роли, по большей части, измѣненія въ опредѣленіи мѣста и времени совершенія преступленія или предмета (объекта) преступнаго посягательства: eadem res eadem lex. Напримѣръ: по обвинительному акту взятка чиновникомъ получена была для совершенія одного дѣйствія, а на судѣ выяснилось другое. И. т. п.

[1]) Можетъ случиться и такъ, что, если защитникъ не потребуетъ подготовки, судъ это сдѣлаетъ за него, ибо самъ судъ, не взирая на отсутствіе ходатайства защитника, можетъ предоставить ему возможность подготовиться и даже отложить для этого дѣло, ex officio. По большей части, такое положеніе свидѣтельствовало бы о весьма слабомъ пониманіи защитникомъ своей роли, своихъ обязанностей и правъ.

своихъ важнѣйшихъ обязанностей [1]). Само собою разумѣется, что защитникъ слѣдитъ за тѣмъ, чтобы подзащитный не рисковалъ быть осужденнымъ за преступленіе, о которомъ не трактовалось вовсе на судебномъ слѣдствіи и о которомъ впервые заговорилъ прокуроръ въ своей обвинительной рѣчи или упомянулъ судъ въ своихъ вопросахъ. Это касается въ равной мѣрѣ и обстоятельствъ, которыя, по закону, разсматриваются какъ увеличивающія вину.

Точно также на обязанности защитника лежитъ слѣдить, чтобы не предъявлялись альтернативныя обвиненія. Впрочемъ, за этимъ наблюдаетъ въ такой же мѣрѣ, какъ защитникъ, самъ судъ ex officio. Законъ безусловно воспрещаетъ альтернативныя обвиненія, развѣ бы альтернатива относилась къ обстоятельствамъ, имѣющимъ одинаковое или почти одинаковое юридическое значеніе при опредѣленіи преступнаго дѣянія и не измѣняющимъ его существа („убилъ топоромъ или другимъ острымъ предметомъ", „умертвила своего ребенка во время родовъ или же сейчасъ послѣ родовъ" [1]).

Не исключительно на „судоговореніи", во время главнаго производства (Haupverhandlung), призванъ дѣйствовать защитникъ, какъ думаютъ нѣкоторые. Въ послѣдующихъ инстанціяхъ ему также принадлежитъ широкое поле дѣятельности. Въ частности, ошибочнымъ является высказываемое мнѣніе, что въ кассаціонной инстанціи не можетъ быть уже рѣчи о защитѣ подсудимаго и что здѣсь защитникъ—не адвокатъ обвиняемаго, но заступникъ нарушеннаго закона: Der Vertheidiger ist nicht mehr der Anwalt des Angeklagten, sondern in ersten Linie des nach seiner Ansicht verletzten Gesetzes [2]). Неоднократно слышалось у насъ изъ устъ весьма авторитетныхъ юристовъ, что въ кассаціонной инстанціи защитникъ превращается въ обвинителя суда, ибо тамъ творится „судъ надъ судомъ". Между тѣмъ, по существу своего долга, уголовный защитникъ въ кассаціонной инстанціи продолжаетъ то же дѣло представительства, хотя въ нѣсколько иномъ видѣ, ни въ какой мѣрѣ своихъ качествъ заступника подсудимаго

---

[1]) Объ альтернативныхъ обвиненіяхъ см. Rosenfeld, op. cit., S. 9.

[2]) Срвн. Friedmann: Systematisches Handbuch der Verteidigung, 1878, S. 380.

не теряя. Подобно тому, какъ въ первоначальной инстанціи защитникъ освѣщаетъ всѣ обстоятельства дѣла въ перспективѣ интересовъ представляемаго имъ лица—подзащитнаго, въ кассаціонной инстанціи защитникъ разъясняетъ и интерпретируетъ законы съ той точки зрѣнія, которая можетъ быть наиболѣе благопріятной для подсудимаго. И здѣсь „объективность“ защитника относительна въ томъ смыслѣ, что на защитникѣ лежитъ обязанность, не извращая смысла закóна, не дѣлая надъ нимъ никакихъ „нажимовъ“, оттѣнять ту его сторону, которая идетъ на пользу подсудимому. Разграниченіе тутъ невозможно и нераціонально. Въ кассаціонной инстанціи правовыя средства, къ которымъ прибѣгаетъ защита,— это только особая „форма защитительнаго вооруженія“, eine Form der Verteigungswaffen (Vargha). Ни въ какой мѣрѣ, ни на одну минуту защитникъ не долженъ вообразить себя въ роли обвинителя суда и направлять противъ послѣдняго свое оружіе. Исполнивъ добросовѣстно свою обязанность по примѣненію законовъ согласно своему разумѣнію, судъ свой приговоръ и постановленія свои представляетъ (при наличности соотвѣтствующей жалобы) въ высшій кассаціонный судъ для сужденія по разумѣнію послѣдняго, съ тѣмъ только, что разумѣніе этого высшаго суда ставится закономъ какъ рѣшающее [1]). Поэтому вполнѣ достаточно, если защитникъ въ кассаціонномъ судѣ подготовитъ мнѣніе о законѣ, необходимое для защиты, чѣмъ и ограничивается его задача въ этой инстанціи. Судъ не сидитъ на скамьѣ подсудимыхъ въ кассаціонной инстанціи, и адвокатъ не прокурорствуетъ надъ нимъ.

Собственно говоря, защита въ теченіе всего процесса должна ограждать права какъ матеріальныя, такъ и формальныя своего кліента: трактуя о „защитѣ“, имѣется въ виду какъ фактическая такъ и юридическая часть дѣла. По указанію Фойницкаго, въ отношеніи юридическомъ защита заботится о соблюденіи процессуальныхъ правъ подсудимаго и о примѣненіи уголовнаго закона съ соблюденіемъ по возможности интересовъ своего кліента. Это вполнѣ очевидно

---

[1]) Во Франціи первоначальные суды не всегда обязаны и подчиняться разъяснеиію кассаціоннаго суда не только въ другихъ дѣлахъ, но и въ данномъ, разрѣшенномъ высшей инстанціей, дѣлѣ.

и ясно. Но наибольшая степень интенсивности юридической защиты проявляется именно въ кассаціонной инстанціи, гдѣ правовая охрана интересовъ не ослабляется ни въ какой мѣрѣ желаніемъ оттѣнить и выдвинуть фактическіе моменты. Выдающіеся адвокаты такъ и смотрѣли на свою функцію въ кассаціонной инстанціи. Какъ засвидѣтельствовано многими учеными, сенаторами и т. п. (И. Фойницкій и др.), защита своимъ постояннымъ, лежащимъ въ существѣ ея, стремленіемъ къ интерпретаціи уголовно-юридическихъ нормъ въ пользу подсудимаго „оказала драгоцѣнную помощь Правительствующему Сенату въ дѣлѣ истолкованія законовъ". Интерпретируя постоянно законы въ благопріятномъ для подсудимаго духѣ, защитники часто влагали новый и гуманный, доселѣ невѣдомый смыслъ въ наши законы, облагораживая пониманіе нашихъ подчасъ устарѣлыхъ, запечатлѣнныхъ суровостью стараго времени уголовныхъ нормъ. Они способствовали введенію у насъ, по образцу Запада, свободнаго взгляда на право, какъ на явленіе соціальное, долженствующее служить интересамъ практической жизни, а не мертвымъ формуламъ раціонализма, „юриспруденціи понятій", „кабинетной юстиціи" и т. п. И дѣлали они это какъ все тѣ же защитники правъ человѣческой личности [1]).

---

[1]) Вообще говоря, современное кассаціонное производство должно считаться далеко несовершеннымъ. Идея, на которой оно покоится и которое заключается въ отдѣленіи вопросовъ права отъ вопросовъ факта, оказывается часто на практикѣ мало жизненной. Изъ дѣла вынимается сердцевина, получается одно только юридическое „видѣніе", призракъ. Правда здѣсь относительная; истинная, фактическая справедливость мѣста почти совершенно не находитъ, крупныя и самыя явныя ошибки первой инстанціи исправленію не подвергаются. Одинъ нѣмецкій защитникъ объяснилъ своему кліенту, добивавшемуся „истины" въ своемъ дѣлѣ, компетенцію рейхсгерихта (германскаго кассаціоннаго суда) слѣдующимъ образомъ: „Если Вы будете осуждены за убійство и человѣка, котораго вы будто бы убили, приведете въ срокъ съ собою, то рейхсгерихтъ приговора отмѣнить не сможетъ; если же Вы въ состояніи будете установить, что Вашъ допросъ (излишній) свидѣтеля прекратилъ предсѣдатель, а не судъ цѣликомъ, приговоръ навѣрное будетъ отмѣненъ „(lastrow)". Былъ случай въ Россіи, когда между постановленіемъ резолюціи по дѣлу и объявленіемъ приговора суду (Судебной Палатѣ) сообщилъ прокуроръ достовѣрныя данныя о виновности въ судимомъ преступленіи другого лица. Судъ все же изложилъ приговоръ въ окончательной формѣ (освободивъ лишь подсудимаго изъ-подъ стра-

На защитникѣ лежитъ прямая обязанность при осужденіи подсудимаго переносить дѣло въ слѣдующія, апелляціонную и кассаціонную, инстанціи,—при наличности къ тому основанія,—даже помимо испрошенія согласія на то подзащитнаго, развѣ бы послѣдній категорически отъ этого отказался. Никакія соображенія объ „особыхъ интересахъ" подсудимаго, какъ сокращеніе срока заключенія и т. п., не могутъ руководить защитникомъ при отказѣ отъ подачи жалобы, разъ есть поводъ къ подачѣ. Во всякомъ случаѣ, если защитникъ лично убѣжденъ въ безполезности жалобы, онъ долженъ

жи). Сенатъ призналъ эти дѣйствія, обжалованныя подсудимымъ, правильными, а жалобу его не заслуживающей уваженія, какъ неосновательную на законѣ: рѣш. Уг. Касс. Деп. Сената 1890 г, № 9. Кругъ дѣятельности, отведенный кассаціонной инстанціи, довольно неопредѣленный. Подсудимый можетъ предвидѣть свою судьбу въ нисшей инстанціи: виноненъ—осудятъ, невиновенъ—оправдаютъ; но онъ никогда не знаетъ въ кассаціонной инстанціи, правъ онъ или неправъ. Ни онъ, ни его защитникъ этого не знаютъ: они воистину бродятъ здѣсь въ потемкахъ. Разграничительная линія между „существомъ дѣла" (не подлежащимъ разсмотрѣнію въ кассаціонной инстанціи) и „формальнымъ нарушеніемъ", по нашему закону, весьма проблематично. Къ этому разграниченію относились въ Россіи скептически сами сенаторы. Первоприсутствующій Сената однажды, слушая, какъ адвокатъ стороны даетъ объясненія „по существу", обратился, затѣмъ, къ адвокату другой стороны со словами: „Говорите и вы по существу". Что касается эвентуальныхъ ошибокъ суда, то въ прежнее время осужденному давалось много возможностей требовать исправленія приговора, какъ обращеніе къ другому суду, апелляція къ какому-либо высшему учрежденію въ государствѣ и т. п. („fortgesetzte Vertheidigung", remedium in eadem instantia, „Supplication" къ суверену, „Restitution"). Въ Германіи старый рейхскамергерихтъ могъ отмѣнить приговоръ, когда обыкновенная юстиція отказывалась это сдѣлать или вообще дѣло рѣшено wider natürliche Vernunft und Billigkeit. Въ Австріи до войны высшій судъ вправѣ былъ кассировать приговоръ, помимо наличности юридическаго основанія къ отмѣнѣ, всякій разъ, когда усматривалъ въ приговорѣ „открытую несправедливость". Отчасти это право осталось и въ Nachfolgestaaten. У насъ только по гражданскимъ дѣламъ разъяснено было Сенатомъ, что „явная несправедливость" рѣшенія можетъ служить поводомъ къ отмѣнѣ его въ кассаціонномъ порядкѣ. Задача будущаго заключается въ томъ, чтобы освободить ревизіонный судъ отъ ограниченій (Jastrow, der angeklagte Staatsanwalt, 1930, S. 170), а, быть можетъ, создать и такое положеніе, при которомъ, въ случаѣ, если въ приговорѣ усматривается явная ошибка, защита въ состояніи была бы апеллировать къ какому-либо особому суду... Болѣе подробное разсмотрѣніе этого вопроса выходитъ за предѣлы настоящихъ очерковъ.

своевременно увѣдомить объ этомъ подзащитнаго. (Итальянскій законъ возлагаетъ на защитника непремѣнную обязанность подать кассаціонную жалобу въ случаѣ присужденія его подзащитнаго къ смертной казни).

При самомъ исполненіи приговора находится иногда мѣсто для дѣятельности защитника. Поэтому не совсѣмъ правъ Vargha, утверждая, что защита прекращается со вступленіемъ приговора въ законную силу, weil erst das rechtkräftige Urteil fon der Vertheidigung nötweding anzuerkennendes „gefundenes Recht" derstelt [1]). Въ случаѣ осужденія къ смертной казни при приведеніи въ исполненіе можетъ фигурировать защитникъ. Какъ извѣстно, въ старину осужденному на казнь причинялись всевозможныя страданія и униженія еще до казни, самая казнь совершалась публично [2]). Для привлеченія публики въ прежнее время разсылались глашатаи и трубачи, звонили въ колокола (при Іоаннѣ Грозномъ) и проч. Осужденнаго истязали публично, его клали въ мѣшокъ съ собаками и волками [3]). Въ Россіи съ 1881 г. смертная казнь исполнялась непублично въ предѣлахъ тюремной ограды, а если это невозможно было, то въ другомъ, указанномъ властями мѣстѣ. При исполненіи смертной казни наряду съ присутствіемъ различныхъ лицъ—прокурора, врача и пр. разрѣшается по закону присутствовать, между прочимъ, и защитнику [4]). Въ настоящее время въ ст. 50 Угол. Улож. оговаривается лишь особо, что смертная казнь совершается (черезъ повѣшеніе) непублично. Присутствіе защитника при исполненіи

---

[1]) Vargha исходитъ изъ особой, давно развѣнчанной конструкціи защиты, какъ „необходимой обороны" (Natwehr) противъ обвиненія, прекращающейся при окончательномъ разрѣшеніи дѣла въ судѣ.

[2]) Порядокъ публичной казни сохранился до сихъ поръ во Франціи, въ Греціи, Испаніи, Венгріи. Въ Венгріи 13 января 1931 г., впервые послѣ долгаго перерыва, казнена была публично въ г. Чолнокѣ женщина, крестьянка, осужденная за отравленіе мужа. У мѣста казни собралась большая толпа, за билеты на право присутствованія при казни платили огромныя деньги.

[3]) Съ такими „аксессуарами" производится нынѣ казнь иногда на Востокѣ.

[4]) Уст. Уг. Судопр. ст. 963, Губскій „Смертная казнь" въ энциклопедическомъ словарѣ Брокгаузъ-Эфрона, т. XXXa, стр. 494, 492. Срвн. также герм. strafprozessordnung, § 454, Schott, Die Lehre von der formellen Vertheidigung, 1886, S. 45.

казни практиковалось нерѣдко въ Россіи. Защитники считали своимъ долгомъ быть съ осужденнымъ до самаго финала его трагедіи. Защитникъ былъ не только „первымъ", въ которомъ привлеченный встрѣчалъ привѣтъ и сочувствіе (supra), но и „послѣднимъ", къ кому могъ обратиться осужденный со своей скорбью, со своими конечными желаніями. По мысли закона, защитникъ кромѣ того можетъ слѣдить за внѣшними правильностями „печальнаго обряда", за тѣмъ, чтобы казнимому не чинились напрасныя муки и терзанія. Осужденные весьма охотно и даже радостно встрѣчали своихъ защитниковъ въ моментъ казни. Каляевъ, осужденный за убійство вел. князя Сергія Александровича, передъ казнью требовалъ, чтобы къ нему явился его защитникъ, который, однако, почему-то допущенъ не былъ [1]).

По исчерпаніи всѣхъ средствъ защиты, если они окажутся безуспѣшными для оправданія и приговоръ объ осужденіи вступитъ въ законную силу, подсудимому останется еще одно: это просьба о помилованіи. Помилованіе—не законъ и не рѣшеніе суда, по нынѣшнимъ правиламъ. Это, обычно, распоряженіе носителя высшей власти въ государствѣ. Помилованіе—коррективъ къ строгости нормъ уголовнаго закона для случаевъ, не подходящихъ подъ общее правило, представляющихъ собою что-либо исключительное и требующихъ болѣе мягкаго отношенія къ осужденнымъ. Въ прежнія эпохи помилованіе было функціей суда, разбиравшаго дѣло, и входило въ составъ приговора, какъ выводъ изъ обстоятельствъ дѣла. Впослѣдствіи, когда судьямъ стали предписывать соблюденіе абсолютной законности и подчиненіе позитивнымъ нормамъ уголовнаго права, у нихъ отнято было право миловать. Отъ своего судьи требуютъ права, а не милости (Bernat). Помилованіе сдѣлалось актомъ короля, который руководился при этомъ чисто личными соображеніями, сердечностью своей, своимъ персональнымъ отношеніемъ къ данному делинквенту и т. д. Это стало „луч-

---

[1]) Бывали случаи, что казнимые, отказываясь принять передъ смертью духовниковъ, родныхъ и близкихъ, даже тѣхъ любимыхъ лицъ, ради которыхъ совершено было преступленіе, въ то же время подолгу и со всей сердечностью бесѣдовали въ послѣдніе часы со своими защитниками... о чемъ? Это нерѣдко оставалось на вѣкъ тайной для общества.

шимъ достояніемъ" власти, которое, по словамъ Шекспира, украшаетъ властелина на тронѣ болѣе, чѣмъ сама корона,— а вмѣстѣ съ тѣмъ и средствомъ возвысить авторитетъ короля въ глазахъ народа надъ авторитетомъ суда. При помощи этого орудія можно было бороться съ приговорами суда, когда это представлялось нужнымъ королю для униженія суда или для достиженія цѣлей личной заинтересованности. О королѣ судили по тому, какъ онъ миловалъ. „Sagt mir in Bezug auf wen, wie, wann und wo er Gnade geübt, und ich sage euch wer er war." При такихъ условіяхъ о какомъ-либо систематическомъ участіи защиты въ дѣлѣ полученія помилованія осужденнаго не могло быть и рѣчи [1]). Но уже въ 18 вѣкѣ явилась тенденція измѣнить характеръ помилованія. Криминальная юриспруденція выставила въ это время по отношенію къ праву суверена миловать основное правило, что помилованіе не есть дѣло „высшаго благоволенія" и персональнаго расположенія, что помилованіемъ не долженъ быть ослабленъ авторитетъ законовъ и его примѣненіе подобаетъ ограничить случаями, гдѣ его оправдываетъ справедливость. „Милость—подпора правосудія". Нынѣ помилованіе пріобрѣло соціальный характеръ. Осужденный можетъ быть помилованъ либо потому, что къ нему примѣненъ старый отжившій законъ, несправедливый съ точки зрѣнія общественнаго правосознанія, либо потому, что преступленіе совершено въ особыхъ условіяхъ, требующихъ спеціальнаго вниманія, какого не могъ проявить судъ въ общемъ порядкѣ сужденія о содѣянномъ, либо потому, что есть серьезное основаніе думать, что судъ, осудивъ подсудимаго, совершилъ ошибку, исправить которую по инстанціямъ уже невозможно и т. п. Если помилованіе есть не проявленіе личнаго усмотрѣнія и произвола носителя верховной власти („всякъ бояринъ свою милость хвалитъ"), но актъ, предполагающій наличность извѣстныхъ обстоятельствъ въ качествѣ объективнаго основанія, актъ государственнаго

---

[1]) Были и въ то время отдѣльные исключительные случаи, когда защитники добивались помилованія осужденныхъ, а иногда и спасенія ихъ отъ смертной казни. Таковы, между прочимъ, дѣло Фонка (въ началѣ XIX в.) и —еще болѣе извѣстное дѣло Каласа (реабилитированнаго уже послѣ смерти). Въ первомъ случаѣ выступилъ защитникъ Альденговенъ, во второмъ—знаменитый Вольтеръ. Оба эти заступника дѣйствовали, впрочемъ, болѣе путемъ вліянія на общественное мнѣніе, чѣмъ непосредственнымъ ходатайствомъ.

значенія, въ условіяхъ правопорядка коренящійся, то можно трактовать даже о „правѣ на помилованіе". Къ участію въ этомъ актѣ все болѣе и болѣе привлекаются судебные органы. Хотя это участіе имѣетъ лишь косвенный характеръ (высказываніе мнѣнія), но есть основаніе думать, что центръ тяжести будетъ переноситься и въ этомъ случаѣ на судъ [1]). Какъ бы то ни было, коль скоро рѣчь идетъ о правовомъ феноменѣ, а не о голомъ проявленіи „милосердія" и „милости", вмѣшательство защитника вполнѣ желательно и резонно. Защитникъ вправѣ подавать просьбы о помилованіи его кліента. Защитникъ можетъ даже не испрашивать на это особаго разрѣшенія или согласія подзащитнаго. Иногда самъ осужденный считаетъ для себя неудобнымъ по политическимъ, партійнымъ или инымъ соображеніямъ обращаться съ просьбой о помилованіи. Въ такомъ случаѣ это въ состояніи сдѣлать для него защитникъ. Это тѣмъ болѣе правильно, что помилованіе порою имѣетъ мѣсто и ex officio, безъ всякой просьбы осужденнаго, противъ его воли [2]). Только тогда, когда осужденный прямо запретилъ своему защитнику ходатайствовать о помилованіи, защитникъ, обязанный съ этимъ считаться, воздерживается отъ просьбы. Эти взаимоотношенія имѣютъ особенное значеніе, если подсудимый приговоренъ къ смертной казни. Тогда подача защитникомъ просьбы о помилованіи во многихъ случаяхъ обязательна. Часто ходатайство о помилованіи сводится къ простой подачѣ прошенія, даже безъ изложенія мотивовъ. Но обычно мотивировка просьбы необходима. Защитникъ оперируетъ соображеніями юридическими, соціальными и особымъ положеніемъ дѣла, по конкретнымъ фактамъ или по личности осужденнаго. Защитникъ не можетъ, какъ то думаютъ нѣкоторые, использовать общественное мнѣніе, ибо уголовное дѣло, въ какомъ бы положеніи оно ни находилось, остается индивидуальнымъ дѣломъ, на исходъ котораго не должно оказать вліяніе об-

---

[1]) Утвержденія (Stammler, Der Richter, S. 85,87), что помилованіе совершенно исключается изъ обязанностей суда и что оно не является и не должно являться—„weder ist, noch sein soll"—судебнымъ актомъ, въ настоящее время нельзя считать категорически непреложными. См. Бѣляцкинъ, Проблемы суда, „Законъ и Судъ", 1930 г. № 9.

[2]) Проектъ Угол. Улож., Объясненія, т. I, 1895 стр. 639.

щественное мнѣніе (Не приходится защитнику апеллировать въ своей просьбѣ о помилованіи кліента къ общественному мнѣнію[1]).

Много въ отношеніи привлеченія „общественнаго мнѣнія“ на службу защитѣ совершено было ошибокъ, и нѣтъ надобности число ихъ множить.

По общему правилу, въ случаѣ необходимости просить о помилованіи, защитникъ это дѣлаетъ самъ: онъ не выставляетъ осужденнаго, подавая просьбу отъ его имени. Послѣднее свидѣтельствовало бы о нѣкоторомъ малодушіи защитника и желаніи отдѣлаться формальной отпиской. Бывало, что защитники составляли своимъ кліентамъ жалкія просьбы о помиловаиіи, поддѣлываясь подъ своеобразный „слезливый тонъ“ („Supplicieren ist Niemand verboten“) и даже не только въ уголовныхъ, но и въ гражданскихъ дѣлахъ. Неоднократно возбуждались дисциплинар-

---

[1]) Warglia требуетъ, чтобы въ этомъ случаѣ защитникъ оказалъ все вліяніе на общественное мнѣніе (Einwürkung auf die öffentliche Meinung). Неосновательно, — указываетъ этотъ авторъ — wenn ein Vertheiger da meint es stünden ihm zur Geltendmachung eines solchen Protestes keine erlaubtdn Mittel zu Gebote, Wie zum heiligen Zwecke der Vertheidigung zu dessen Realisirung auch das sonst Unerlaubte als erlaubte annerkant ist (авторъ имѣетъ въ виду иммунитетъ слова), sollte das sonst unerlaubte öffen tliche Gedankenmitteilung—plötzlich verboten sein? und ein solch unnatürliches Verbot sollte gerade dort und dann eintreten, wo sich die Rechtssicherheit des Beschufdigten und die Gerechtigkeit der staatlichen Strafjusfiz durch ein bereiets vorliegendes irrthümliches Urtheil in äussesier flangratester Gefahr befindet стр. 828, 829). Однако, защитникъ не вправѣ забывать качества, въ которомъ онъ выступаетъ, не вправѣ принять въ свои руки „мечъ воинственный“. Совѣты присяжныхъ повѣренныхъ правильно разъяснили, что ни въ какомъ случаѣ, ограждая интересы своего кліента, адвокатъ не можетъ заявлять, что онъ дѣйствовалъ какъ „частное лицо“, „общественный дѣятель“ и т. п. Всегда неизмѣнно цѣнны выступленія защитника, какъ такового, въ соотвѣтственномъ мѣстѣ, въ соотвѣтственныхъ инстанціяхъ. Съ другой стороны, защитникъ не можетъ бросить интересы своего кліента въ водоворотъ общественныхъ страстей, столь мало надежный источникъ нахожденія правды въ уголовномъ дѣлѣ. Случалось, что вмѣшательство (заступничество) общественнаго мнѣнія устраняло даже помилованіе, имѣвшее вѣроятность быть проявленнымъ. Не всегда Каласъ или Дрейфусъ! (Вообще, выступленіе защитника въ печати по дѣлу своего кліента, писаніе статей и писемъ въ редакцію дача интервью и т. п., если могутъ быть терпимы въ самыхъ исключительныхъ условіяхъ, то едва ли желательны какъ общее явленіе).

ныя дѣла по поводу несообразныхъ, не отвѣчающихъ закону и приличію просьбъ о помилованіи, сочиняемыхъ защитниками для своихъ кліентовъ.

Нашъ законъ признаетъ помилованіе, т. е. снятіе наказанія, и реабилитацію—возстановленіе въ правахъ, отнятыхъ приговоромъ или въ связи съ приговоромъ [1]). Помилованіе и реабилитація могутъ имѣть мѣсто много времени спустя послѣ осужденія. Защитнику часто дается возможность принести просьбу о помилованіи въ пользу своего отбывающаго наказаніе подзащитнаго, и онъ получаетъ даже при неудачѣ высокое сознаніе, что оказалъ благодѣяніе несчастнымъ въ ихъ безутѣшномъ одиночествѣ благодаря своему безкорыстному участію въ ихъ судьбѣ и доставилъ огорченнымъ хотя бы на мгновенье радостныя человѣческія ощущенія, т. е., сдѣлалъ все отъ него зависящее даже для ихъ исправленія (Vargha).

Защитникъ помнитъ о своихъ кліентахъ и послѣ окончательнаго ихъ осужденія. Онъ не прерываетъ связи съ ними ни на минуту, разъ есть еще у него какая-либо возможность принести имъ свою помощь снятіемъ наказанія, реабилитаціей или возобновленіемъ дѣла вслѣдствіе открытія новыхъ доказательствъ невинности осужденнаго или понесенія имъ наказанія по судебной ошибкѣ свыше мѣры содѣяннаго [2]). Въ частности, что касается послѣдняго, то надлежитъ замѣтить здѣсь слѣдующее.

При необходимости возобновленія дѣла защитникъ не долженъ считаться даже со смертью подзащитнаго, коль скоро имѣются родные послѣдняго [3]). Законъ допускаетъ при

---

[1]) Но не аболицію спеціальную, уничтожающую возбужденное противъ извѣстнаго лица преслѣдованіе. Амнистія—общее помилованіе и общая аболиція по отношенію къ цѣлымъ группамъ лицъ—составляетъ компетенцію законодательнаго органа. Уг. Улож., ст. 72, Объясн. Записка, т. I, 1895, стр, 639, Герм. Strafprocessordnung, § 452, срвн. Vargha, op. cit., S. 825 f. (впрочемъ, въ самомъ законѣ мысль о невозможности спеціальной аболиціи не выражена съ достаточной опредѣленностью).

[2]) Уст. Уг. Судопр., стт. 23, 26, 26, 180, 934—940 стр.

[3]) Ст. 939 Уст. Уг. Судопр. Законъ неточно въ этомъ случаѣ упоминаетъ только о „родственникахъ“; несомнѣнно, что вправѣ дѣйствовать и свойственники, какъ это оговаривается въ общей статьѣ—934, тѣмъ болѣе, что по нашему закону со смертью лица свойство не прекращается, Кромѣ

возобновленіи дѣлъ родственниковъ и свойственниковъ и при жизни осужденнаго. Такого мнѣнія держались нѣкоторые русскіе процессуалисты (Неклюдовъ и др.). Фойницкій находилъ, что „твердой опоры“ въ законѣ такое мнѣніе не имѣетъ [1]), съ чѣмъ согласиться едва ли возможно. Позволительно думать, что законъ допустилъ здѣсь родныхъ, имѣя въ виду, что самъ осужденный можетъ находиться въ такихъ условіяхъ отбыванія наказанія, которыя исключаютъ личныя дѣйствія, и въ то же время всячески покровительствуя возобновленію дѣлъ при открытіи невиновности осужденнаго. Косвенно положительный выводъ можно сдѣлать и изъ одного рѣшенія Уг. Касс. Деп. Сената [2]). Послѣ смерти такого осужденнаго домогаться возобновленія есть исключительно дѣло родственниковъ и свойственниковъ, отъ имени которыхъ и дѣйствуетъ защитникъ [3]).

того законъ совсѣмъ неточенъ, когда указываетъ, что о возобновленіи объ умершемъ осужденномъ дѣла на судѣ ходатайствуетъ защитникъ, избранный его родственниками или назначенный отъ суда. Нѣтъ препятствій къ тому, чтобы защитникъ дѣйствовалъ и во время самаго возбужденія дѣла о возобновленіи. Законъ имѣлъ въ виду, пожалуй, ту мысль, что назначить защитника для реабилитаціи памяти невинно-осужденнаго можно лишь на судѣ. Во всемъ остальномъ сохраняютъ силу общія правила представительства. Самое ходатайство о возобновленіи дѣла можетъ возбудить и защитникъ (по довѣренности осужденнаго, или его родственниковъ и свойственниковъ, а по смерти осужденнаго по довѣренности родственниковъ). Срвн. рѣш. Уг. Кас. Деп. Сената 1870 г. № 76. Вообще же говоря, возобновленіе уголовнаго дѣла есть предметъ столь важный, что рѣшающему этотъ вопросъ суду должна быть дана возможность наилучшаго освѣдомленія, что можетъ быть достигнуто, между прочимъ, и выслушаніемъ на судѣ сторонъ, стало быть и защитника.

[1]) Курсъ Уголовнаго права, стр. 566.

[2]) 1870 г. № 810.—Случай, когда самъ осужденный въ состояніи былъ бы возбудить дѣло о возобновленіи и все же выступали бы вмѣсто него родственники его, весьма трудно представить себѣ на практикѣ.

[3]) Законъ не упомянулъ о „супругѣ“. Въ прежнее время, когда лицо осуждалось къ тяжкимъ карамъ, бракъ обыкновенно расторгался (лишеніе правъ состоянія). Между тѣмъ, если бракъ не расторгнутъ, супругъ, несомнѣнно, заинтересованъ въ возстановленіи правъ невинно-осужденнаго другого супруга. Очевидно, супругъ не можетъ быть поставленъ въ худшее положеніе, чѣмъ „свойственники“. Другими словами, и супругъ вправѣ ходатайствовать о возобновленіи дѣла невинно-осужденнаго другого супруга (наравнѣ съ родственниками и свойственниками).

Нашъ законъ имѣетъ въ виду при возобновленіи дѣлъ преимущественно интересы пострадавшаго осужденнаго,— возобновленіе въ пользу подсудимаго. Правда, мыслимо возобновленіе дѣла и при оправдательномъ приговорѣ и вообще не въ пользу, а противъ подсудимаго, но законъ считаетъ такое явленіе особенно исключительнымъ (открытіе подложности документовъ, преступленіе судей). Главнымъ же образомъ имѣется въ виду обвинительный приговоръ. По французскому закону [1]), toute personne acquitée legalement ne pourra plus etre reprise ni accusée a raison du meme fait. На практикѣ во Франціи допускается въ очень рѣдкихъ случаяхъ отмѣна и противъ подсудимаго, но въ общемъ оправдательные приговоры остаются непоколебимыми. Германскій законъ усваиваетъ точку зрѣнія, приблизительно сходную съ точкой зрѣнія нашего закона (изданнаго ранѣе германскаго).

Въ то время, какъ возобновленіе дѣла по оправдательному приговору—это уникумы, явленіе, почти неизвѣстное нашей практикѣ, случаи возобновленія дѣлъ съ обвинительными приговорами довольно часты. Каждая эпоха считала, что именно она полна казусами невиннаго осужденія, нуждающимися въ коррективѣ справедливости, какой даетъ возобновленіе дѣлъ. Возобновленіе уголовныхъ дѣлъ часто разжигаетъ политическія страсти, приводитъ къ правительственнымъ кризисамъ, къ паденію кабинетовъ и даже къ переворотамъ въ государствѣ. Судьи, какъ свидѣтельствуетъ опытъ, весьма неохотно берутся за возобновленіе и не всегда искренно въ этомъ случаѣ стремятся къ „торжеству правды“ (какъ показало, между прочимъ, дѣло Дрейфуса во Франціи). Защитѣ приходится выдерживать подчасъ немалую борьбу. Вся исторія, до послѣднихъ дней, повѣствуетъ о многочисленныхъ случаяхъ возобновленія дѣлъ и возстановленія въ правахъ невинно осужденныхъ [2]). По выясненіи судебной

---

[1]) Code d'instruction criminelle, art. 360.

[2]) Позволимъ себѣ привести, наугадъ, недавно сдѣлавшійся предметомъ общаго вниманія въ Германіи казусъ, изъ множества другихъ казусовъ, то тутъ, то тамъ становящихся достояніемъ гласности (не говоря уже о „безгласныхъ“ случаяхъ). Нѣкто К. отбылъ 25-лѣтнюю каторгу по обвиненію въ отравленіи мышьякомъ матери своей. Нынѣ онъ обратился къ прокурору (Детмольскаго суда) съ просьбой о пересмотрѣ дѣла, основываясь на томъ, что нѣмецъ одинъ, умирая, пригласилъ къ себѣ

ошибки, осужденные возвращались съ почетомъ изъ каторги, а если невинность обнаруживалась послѣ смерти или казни невинныхъ, имъ ставили памятники, къ ихъ могиламъ совершались шествія съ факелами и цвѣтами. Сохранило потомство благодарную память о защитникахъ, положившихъ силы свои на борьбу за возобновленіе дѣлъ о невинныхъ, потерпѣвшихъ осужденіе лицахъ.

* * *

Институтъ уголовной защиты направленъ къ оказанію содѣйствія самому подсудимому и обществу. Опасеніе судебныхъ ошибокъ, осужденіе невиннаго, страхъ и отвѣтственность за такія ошибки вызывали различныя мѣропріятія въ области улучшенія правосудія. Въ послѣднее время той же цѣли должно было служить устраненіе формальной теоріи доказательствъ, замѣна ея свободной судейской оцѣнкой, индивидуализація доказательствъ и данныхъ въ отдѣльныхъ случаяхъ, признаніе справедливаго судейскаго усмотрѣнія и судейскаго убѣжденія, изгнаніе изъ судейскихъ приговоровъ подозрѣній и предположеній виновности и сомнительныхъ индицій. Всякое осужденіе индивида есть общественное бѣдствіе, говорилъ D'Agneseau. Тѣмъ болѣе бѣдственнымъ является осужденіе невиннаго [1]). И въ настоящее время призракъ судебныхъ ошибокъ виситъ надъ человѣчествомъ. Еще въ большей мѣрѣ судебныя ошибки потрясаютъ современное общество, чуткое къ охранѣ правъ и человѣческаго

нотаріуса и просилъ составить протоколъ, что убилъ онъ, а не К. Этотъ дѣйствительный убійца, совѣсть котораго заговорила въ послѣднія минуты его жизни, былъ въ свое время главнымъ свидѣтелемъ по дѣлу К. Послѣдній былъ осужденъ, не смотря на то, что суду неясны были самые мотивы убійства,—только потому, что на судѣ онъ давалъ сбивчивыя и противорѣчивыя показанія относительно найденнаго у него большого количества мышьяка. Дѣлу данъ ходъ.

[1]) Впрочемъ, судебная ошибка можетъ заключаться въ осужденіи, хотя и виновнаго, но не въ мѣру вины или сверхъ вины, или болѣе, чѣмъ полагается по закону. Но это, конечно, менѣе тяжкіе виды Ystizmord'a. Настоящая, подлинная, тяжелая „судебная ошибка"—это именно осужденіе невиннаго. Къ этому можетъ быть приравнено, развѣ, осужденіе человѣка за дѣяніе, не предусмотрѣнное закономъ въ качествѣ преступнаго и караемаго (nullum crimen sine lege).

достоинство. Легче, чѣмъ въ старыя времена, распространяется слухъ о такой ошибкѣ осужденія и наказанія невиннаго. Рождается безпокойство у населенія, неувѣренность въ своей судьбѣ и своемъ положеніи[2]). Взоры устремляются на уголовную защиту, на нее возлагаютъ надежды. Аккузаторный процессъ, въ которомъ защитникъ, по идеѣ, пользуется одинаковыми правомочіями съ другими субъектами процесса, долженъ былъ дать обществу увѣренность, что „случай и подозрѣніе не будутъ опасны невиновности", что „будутъ считаться съ правами каждаго подсудимаго и его защитѣ удѣлятъ широкое мѣсто".

Судъ не въ состояніи бороться одинъ съ судебными ошибками. Онъ не можетъ сосредоточить все вниманіе на отыскиваніи благопріятныхъ для подсудимаго и заподозрѣннаго моментовъ. Задача суда болѣе широкая по объему. Онъ долженъ не только оправдывать невинныхъ, но и карать виновныхъ, поддерживая миръ, спокойствіе и правопорядокъ. Ненаказанное преступленіе — также зло, способное порою взволновать умы людей. И судъ старается открыть преступ-

---

[2]) „Судебныя убійства" ведутъ къ тому, что появляется неописуемый, паническій страхъ передъ скамьей подсудимыхъ, гдѣ часто судьба невиновнаго человѣка виситъ на волоскѣ. У насъ нѣсколько лѣтъ тому назадъ произошло въ центрѣ города въ экспедиціонной конторѣ убійство лица, которое крайне-лѣвые считали агентомъ-провокаторомъ. Въ убійствѣ обвинялся молодой человѣкъ—рабочій, противъ котораго собраны были, по внѣшней видимости, „всѣ улики", вплоть до сознанія, сдѣланнаго имъ будто бы въ тюрьмѣ, гдѣ онъ находился въ предварительномъ заключеніи, какимъ-то, впрочемъ, довольно подозрительнымъ индивидуумамъ. Его спасло то, что нѣкоторые служащіе конторы, видѣвшіе убійцу во время совершенія этого нашумѣвшаго преступленія, утверждали, что послѣдній нѣсколько выше ростомъ, чѣмъ привлеченный. По оправданіи, въ квартирѣ, гдѣ занималъ комнату этотъ безотвѣтный и скромный юноша, былъ обыскъ по какому-то новому поводу: когда его опять арестовали лишь для выясненія личности или даже только хотѣли арестовать, онъ со страха внезапно сошелъ съ ума и вскорѣ умеръ. Фингеръ разсказываетъ о нѣсколько похожемъ случаѣ, имѣвшемъ мѣсто недавно въ Зальведелѣ, гдѣ человѣкъ, который обвиненъ былъ въ убійствѣ, а затѣмъ по установленіи его алиби освобожденъ, застрѣлился изъ боязни, что процессъ будетъ продолжаться. О томъ же повѣтствуютъ многіе западные писатели, оттѣняющіе господствующій до сихъ поръ формализмъ въ судѣ (Schreckenskammer) и неспособность его вселить довѣріе къ себѣ въ сердцахъ людей вслѣдствіе недостаточнаго огражденія имъ личности и правъ подсудимыхъ.

леніе и преступника, иногда дѣлая нечеловѣческія усилія въ этомъ отношеніи и все же бродя въ опасныхъ потемкахъ. Alioqui nocentem ar innocentem qui scit? Ipsi judices hoc non pronunciant, sed se ex animi sui sententia facere profitentur (Quinctilian). Много разочарованій испытали горячіе сторонники аккузаторнаго процесса, желавшіе видѣть въ послѣднемъ окончательную панацею отъ всякихъ золъ. Dass ein unschuldiger verurteilt werde, ist Dank der Entwicklung unseres criminalverfahrens im Allgemeinen höchst unwahrscheinlich, писалъ Wargha, имѣя въ виду введенный повсемѣстно въ Европѣ „обвинительный процессъ". Жизнь, однако, громко говоритъ о другомъ. Въ дѣйствительности, часто на сцену выступаетъ въ судахъ и доминируетъ среди судей опасеніе иного рода, а именно—какъ бы не избѣгъ правосудія виновный. Руководиться началомъ „не пойманъ—не воръ", значитъ съ невинными освобождать массу виновныхъ и тѣмъ создавать въ другомъ отношеніи для общества неувѣренность въ сохранности благъ и правъ! Таково нерѣдко направленіе судейской мысли. Суду нетрудно бываетъ иногда склониться къ обвиненію, когда имѣются лишь намеки на вину, по косвеннымъ уликамъ, особенно, если сенсаціонное преступленіе привлекло общественное вниманіе по своей особой жестокости, по положенію подозрѣваемыхъ или по инымъ причинамъ, и общество требуетъ найти и осудить виновныхъ. Иной обвинитель (прокуроръ), какъ показывала практика, порой искусно пользовался этими обстоятельствами, стараясь гнѣвомъ общественнымъ противъ привлеченнаго замѣнить недостатокъ уликъ [1]). Защитникъ своимъ мужественнымъ вмѣшательствомъ въ состояніи оказывается часто оградить скамью подсудимыхъ отъ внѣшнихъ воздѣйствій, отъ той оргіи страстей, которая подчасъ разыгрывается вокругъ этой скамьи,—и явиться для суда настоящимъ помощникомъ въ дѣлѣ отыскиванія правды. Въ этомъ отношеніи защитникъ поистинѣ—„совѣсть дѣла".—Суду кажется, что обстоятельства дѣла складываются одно за другимъ противъ подсуди-

---

[1]) Когда въ Римѣ въ дѣлѣ Вереса римскій всадникъ, свидѣтель по дѣлу, разсказывалъ о многочисленныхъ казняхъ надъ римскими гражданами, которыя совершилъ обвиняемый, предсѣдатель суда неожиданно распустилъ судъ вопреки протестамъ обвинителя, желавшимъ использовать народное негодованіе, созданное яркимъ разсказомъ свидѣтеля.

маго, что уже раскрыта истина... Защитникъ, шагъ за шагомъ, разбивая цѣпь уликъ, отводитъ судей въ ту область, гдѣ передъ ними встаютъ сомнѣнія и колебанія, а въ этой области защитникъ долженъ быть хозяиномъ положенія. Онъ напоминаетъ суду, гдѣ только возможно и нужно, о вѣками страданій и мукъ добытой человѣчествомъ мысли, что не въ томъ зло, что будетъ оправданъ виновный, если противъ него нѣтъ достаточно уликъ (тяжело сознаніе несовершенства суда, но здѣсь—errare humanum est), а въ томъ, что безсиліе государственнаго аппарата выразится въ возложеніи бѣдствія осужденія и кары на невиннаго [1]). Постоянно будить сомнѣнія, обязывающія судъ къ новой и новой провѣркѣ и критикѣ, оттѣнять слабыя стороны обвиненія, напоминать объ общихъ принципахъ суда, въ современномъ культурномъ и гуманно-правовомъ государствѣ, надъ свободнымъ гражданиномъ, по отношенію къ которому презумпція boni viri [2]) должна горѣть передъ судомъ какъ вѣчный маякъ—въ этомъ не можетъ ни уставать, ни ослабѣвать вниманіе защитника ни на одну минуту. Какъ часто въ судьѣ, который только что считалъ себя вполнѣ убѣжденнымъ въ необходимости осудить, защитникъ совершаетъ мгновенный поворотъ въ другую сторону! И судья чувствуетъ себя въ положеніи, описанномъ старымъ французскимъ писателемъ Фонтенеллемъ, который сказалъ: „Если бы у меня было полно истинъ въ рукѣ, я боялся бы раскрыть ее".

Но не въ этомъ одномъ задача защитника. Отличаетъ это занятіе забота о правѣ и личности человѣка, на котораго обрушивается всесильное государство со своимъ обвиненіемъ,— забота, согрѣтая желаніемъ служить страдающему и униженному. Эту идею защиты личности, проникновеніе во внутреннюю сферу выдвинуло впервые каноническое право. L'eglise ne inquiète pas de l'element social du crime de la lesion de l'interet public, ce qui la touche et la preoccupe exclusivement c'est l'élement individuel. Elle voit dans le cuopable un pécheur a corriger, non un criminel a punir, la peine se change en penitence

---

[1]) Ни одинъ гражданинъ не пожелаетъ нести послѣдствія невиннаго осужденія только потому, что это якобы необходимо въ интересахъ общаго блага.

[2]) О которой говорилось ранѣе.

la justice en éducation [1]). Защита подсудимыхъ мыслилась какъ актъ любви къ ближнему. Вскорѣ однако церковь повернула руль въ другую сторону и отъ защиты индивидуума перешла къ защитѣ общихъ интересовъ церкви, вѣрнѣе—клерикаловъ и тѣхъ, которые были съ ними (Великая инквизиція). Преступныя души стали очищать и спасать для лучшей жизни не огнемъ вѣры, а пламенемъ костровъ... Заподозрѣннаго подвергали мученіямъ и послѣ суда и до суда и во время процесса, лишь бы только устрашить другихъ. Пусть даже впослѣдствіи окажется, что онъ невиненъ: перенесенные имъ страданія и ужасы таковыхъ удержатъ прочихъ отъ самой мысли о совершеніи преступленія. Человѣкъ есть средство для достиженія общихъ цѣлей! Лишь потомъ, когда человѣчество начало искать новыхъ путей самостоятельнаго и независимаго развитія, когда возникло всеобщее убѣжденіе въ необходимости сочетанія и согласованія индивидуальнаго и соціальнаго,—серьезно и искренно стали проявлять заботы о человѣкѣ и его внутреннемъ мірѣ вмѣстѣ съ заботами о поддержаніи правопорядка, какъ основы личнаго благополучія. Открылась возможность давать должный просторъ чувству человѣколюбія къ отдѣльному „несчастному“ (какимъ трактовался преступникъ въ эпоху господства каноническаго права), насколько это не вступаетъ въ противорѣчіе съ требованіемъ соціальной правды. Лучшіе защитники въ Западной Европѣ и у насъ отличались этими свойствами „человѣколюбія“ и „правдолюбія“ и оставили свои завѣты младшимъ собратьямъ своимъ. Конечно, немало имѣется и исключеній [2]).

---

[1]) Laurent,—Histoire du droit des gens, v. 7, p. 257, цитируется по Vargha, op. cit. S. 69.

[2]) Нѣкоторые крайне отрицательные типы защитниковъ и средства защиты, къ которымъ послѣдніе прибѣгали, запечатлѣны въ анналахъ адвокатуры въ устныхъ преданіяхъ. Когда-то извѣстнымъ сталъ „совѣтъ“, данный однимъ защитникомъ, „знатокомъ жизни“, кассиру, растратившему сто тысячъ изъ денегъ своей фирмы (объ этой растратѣ еще не знавшей): „взять изъ кассы еще сто тысячъ, которыя и предложить фирмѣ, какъ компенсацію со стороны родственниковъ кассира за растраченныя якобы не сто, а двѣсти тысячъ, чтобы замять дѣло, на что фирма, конечно, согласится, не видя для себя иного исхода“. О такомъ защитникѣ можно сказать: Wissen ohne Gewissen tötet die Seele. Само собою разумѣется, что подобные „совѣты“ должны вызывать соотвѣтствующую реакцію со стороны закона и дисциплины.—Московскій

Сколько труда и души положили, однако, знаменитые защитники-идеалисты въ дѣлахъ ихъ кліентовъ! Сколько духовной энергіи тратятъ ежедневно выступающіе, порою даже никому невѣдомые, защитники, изъ которыхъ весьма многіе преисполнены не жаждой славы или наживы, а именно стремленіемъ облегчить чужую участь, отстоять право. Если говорятъ такимъ защитникамъ: „Защита потому высоко ставится вами, что вы сами защитники", то они на это отвѣтятъ: „Напротивъ, мы потому защитники, что защита высоко поставлена".

„Златоустъ", отличавшійся, въ значительной степени, ханжествомъ, произносилъ въ судѣ защитительную рѣчь и чувствовалъ безплодіе своихъ усилій оправдать. Судъ происходилъ въ кремлевскомъ зданіи, въ субботу, вечеромъ. Въ открытыя окна ворвался шумъ кремлевскихъ колоколовъ, призывавшихъ къ вечернѣ. Защитникъ прервалъ рѣчь, низко поклонился и, обращаясь къ присяжнымъ засѣдателямъ, сказалъ: „Вы слышите благовѣстъ Божій, помолимся за подсудимаго и простимъ его". Другой, также извѣстный, защитникъ, когда возникла на судѣ рѣчь о томъ, что обвиняемый въ недозволенное время, слишкомъ рано открылъ свою торговлю въ праздничный день,—обратился къ публикѣ и сталъ свѣрять у каждаго часы, желая этимъ показать, что время у всѣхъ различное, такъ что обвиняемый могъ ошибиться насчетъ истиннаго часа: защитникъ былъ остановленъ въ этомъ театральномъ жестѣ и получилъ внушеніе. Недавно въ Южной Америкѣ негръ, судившійся за кражу со взломомъ, сослался на судѣ на свое „алиби;" вмѣстѣ съ тѣмъ не было сомнѣній, что онъ инкриминируемое ему дѣяніе совершилъ (онъ даже и самъ почти сознался). На вопросъ суда, знаетъ ли онъ, что такое „алиби", негръ отвѣтилъ, что не знаетъ, но что защитникъ велѣлъ ему сослаться на „алиби". Имѣются защитники, которые не защищаютъ своихъ кліентовъ, а унижаютъ ихъ на судѣ, изображаютъ ихъ „темными", „ничтожными", несознательными (въ политическихъ процессахъ), разсчитывая этимъ возбудить въ судѣ сожалѣніе къ нимъ или выставить ихъ наивными и невинными, чѣмъ иногда вызываютъ тутъ же на судѣ протесты со стороны самихъ подзащитныхъ. Иногда защитники щеголяютъ на судѣ своей „лойяльностью" и „государственнымъ смысломъ", дѣлая на судѣ обидныя и вредныя для подзащитнаго заявленія въ угоду обвиненію и суду. Таковы факты жизни, взятые, какъ болѣе или менѣе характерные, изъ массы другихъ. Однако эти „искривленія перспективы" не должны угашать вѣру въ достоинство самого служенія: изъ-за помянутыхъ или подобныхъ членовъ корпораціи, составляющихъ несомнѣнно рѣдкія явленія, а отнюдь не общее правило, нерезонно было бы нападать на всю корпорацію. По адресу отрицающихъ институтъ свободной защиты, не видящихъ его культурнаго и соціальнаго значенія и заслугъ передъ обществомъ, можно привести старое изрѣченіе: „Artis hostes tet, quot ignorantes", которое, по справедливому замѣчанію Vargha, примѣнимо, mutatis mutandis, и въ области уголовной защиты.

Одной изъ благороднѣйшихъ задачъ, одной изъ самыхъ достойныхъ миссій, къ которымъ можетъ быть призванъ человѣкъ—это защита по уголовному дѣлу. „Благодаря добросовѣстному отношенію къ интересамъ обвиняемаго, замѣтилъ Вильскій, присяжные повѣренные въ массѣ простого народа получили спеціальное имя „защитниковъ", которымъ они по-справедливости могутъ гордиться..., только благодаря имъ проникло въ народъ и сдѣлалось его достояніемъ знаменитое изрѣченіе... „правда и милость да царствуютъ въ судахъ" [1]). Въ словѣ „защитникъ", означающемъ въ данномъ случаѣ нѣчто большее, чѣмъ обыкновенное понятіе уголовнаго защитника, народъ выразилъ непосредственно свои симпатіи къ группѣ лицъ, посвятившихъ себя служенію людямъ, которые попали въ бѣду, въ грѣхъ, въ преступленіе или что еще хуже, невинно предстали передъ Молохомъ правосудія, какъ жертвы нашихъ соціальныхъ порядковъ. Въ такомъ ореолѣ защитники пребывали въ прежнее время, такими они остались и понынѣ [2]). Уголовная защита — порою подвигъ въ настоящемъ смыслѣ слова. Готовящійся къ дѣятельности защитника долженъ сказать себѣ: „Это мое призваніе, главная моя общественная и политическая дѣятельность, моя честь". Ему слѣдуетъ постоянно имѣть передъ собою свою цѣль, трудиться надъ собою, вырабатывать въ себѣ крѣпость духа, убѣжденность и силу воли. Нельзя преувеличивать, но невозможно отрицать, что защитникъ подвергается въ своей дѣятельности многимъ опасностямъ, особенно, когда дѣло касается сенсаціонныхъ, политическихъ, военныхъ или иныхъ подобныхъ процессовъ. Вѣдь, до сихъ поръ сохранился остатокъ того давно отвергнутаго теоретически взгляда, что адвокаты не могутъ защищать обвиняемаго въ государственномъ преступленіи, безъ

---

[1]) Цитируется по Васьковскому, Организація адвокатуры, ч. I, 1893 стр. 335.

[2]) Защитникъ живетъ не собственной жизнью, а жизнью другихъ. Заботы, нужду, отчаянія и страданія другихъ дѣлаетъ онъ своими, онъ входитъ въ нихъ. Успѣхъ—его счастье, неуспѣхъ—его печаль. Weissel, Advokat Göthe S. 5. Fritz Friedmann, Die Kunst der Verteidigung und der forensischen Rede, 1927, S. 50: „Der Verteidiger ist der Beichtiger des Klienten, vernehmlich des Gefangenen, sein Tröster, sein Vertrauer, sein Stab und seine Stütze".

того, чтобы въ извѣстной степени не навлечь на себя подозрѣнія въ соучастіи, или говоря словами одного французскаго автора,—l'erreur des hommes passionés qui avaiént eu l'inprudence d'avancer, que les avocats ne poüvaient pas defendre les accusés de crimes d'état, sans se rendre pour ainsi dire, leure cumpelices [1]). Нерѣдко онъ имѣетъ противъ себя значительный секторъ общественнаго мнѣнія и даже часть суда, если не весь. A vaincre sans peril, triumphe sevs gloire. И часто въ голову приходитъ мысль, что истиннымъ защитникомъ, способнымъ устоять противъ всѣхъ постороннихъ вліяній, можетъ быть тотъ, кому не чужды черты дѣйствительнаго „рыцаря духа". Gli advocati in Roma erano i soldati di un partito (Carrara [2]).

---

[1]) См. Vargha, op. cit. S. 353).

[2]) Въ этомъ отношеніи большую роль играетъ корпоративная организація защитниковъ, создающая основу духовной взаимопомощи на почвѣ солидарности, взаимной моральной поддержки и самодисциплины. „Бываютъ моменты въ жизни каждой общественной единицы, когда внутреннюю прочность и авторитетъ она можетъ пріобрѣсти только путемъ суровой дисциплины; къ такимъ моментамъ принадлежитъ нашъ неустойчивый вѣкъ, и въ суровой дисциплинѣ всего болѣе нуждается корпорація присяжныхъ повѣренныхъ; она могла бы быть опасною для нея тогда лишь, если бы право примѣнять мѣры дисциплины принадлежало не ей самой". (Фойницкій, Защита въ уголовномъ процессѣ, стр. 52). Совѣты присяжныхъ повѣренныхъ въ Россіи оказали въ дѣлѣ воспитанія адвокатуры неоцѣнимую услугу обществу и государству и оставили воспоминанія о прекрасномъ прошломъ русской адвокатуры. Неустанно, съ трудолюбіемъ и любовью Совѣты создавали правила адвокатской этики, кристализуя ихъ изъ отдѣльныхъ дисциплинарныхъ дѣлъ, изъ опыта, доставляемаго важнѣйшими событіями въ области адвокатуры, изъ адвокатской злобы дня. Они вырабатывали идеалъ адвокатскаго служенія, не въ смыслѣ донкихотства, а въ смыслѣ „ежедневнаго хлѣба" и „плана дѣйствій" для настоящаго и будущаго, который не только нужно осознать, но и выполнить. (Срвн. Finger: Die Sendung etc. S. 19, См. также P. Leonas, Advokatų profesija ir ju organizacija 1931. Правда, въ отношеніи спеціально уголовной защиты еще недостаточно было сдѣлано, но все же довольно подробно регулировались отношенія защитника къ кліенту, къ суду, къ обществу, къ прессѣ и т. д. Уголовную защиту объявляли Совѣты прис. пов. одной изъ самыхъ главныхъ обязанностей адвоката. Судебная практика, особенно вначалѣ, поддерживала широту адвокатскаго самоуправленія. Между прочимъ, разъяснено, что самое право принятія аспиранта въ корпорацію присяжной адвокатуры является дискреціоннымъ правомъ Совѣта. Учр. Суд. Уст. ст. 380, 406, Рѣш. Общ. Собр. Сената 1879 № 14 (о присяжныхъ повѣренныхъ), 1885 г. № 13 (о помощникахъ присяжныхъ повѣренныхъ). Фойницкій приводитъ слова D'Agusseau: „Знайте, что самая глубокая и, можетъ быть, трудно исцѣлимая язва вашего сословія, это—слѣпая дерзость, съ которою многіе рѣшаются вступать въ составъ его, прежде достаточной подготовки, необходимой, чтобы

Были случаи въ прежней Россіи, когда защитники даже вызываемы были на дуэль по поводу сказаннаго или сдѣланнаго ими во исполненіе обязанности. Эти дуэли всегда отклонялись съ одобренія дисциплинарныхъ органовъ. Защитникъ—помимо того, что адвокатъ, носитель права, вообще не долженъ участвовать въ дуэли, какъ въ противозаконномъ актѣ—особенно не вправѣ принять вызовъ, если дѣло идетъ о поведеніи его на судѣ въ отношеніи того или другого лица; онъ обязанъ честно, смѣло и самоотверженно защищать подсудимаго, не обращая вниманія на то, что косвенно такая защита можетъ задѣть честь или самолюбіе участвующихъ въ дѣлѣ лицъ или даже постороннихъ. Защитникъ стоитъ порою передъ лицомъ угрозъ, встрѣчаясь со страстями, обладатель которыхъ неразборчивъ въ средствахъ [1]). Кто не носитъ въ себѣ достоинства человѣка, кто не такъ устроенъ,

стать того достойнымъ". Къ этому можно прибавить, что „слѣпая дерзость" проявитъ себя и тогда, когда лицо нравственно-дефективное пожелаетъ перейти черезъ порогъ этой корпораціи, чтобы своимъ присутствіемъ ее дискредитировать, унижать ее и сдѣлать ее морально отвѣтственной за его поступки. Дискреціонная власть Совѣтовъ прис. пов. оказывалась весьма умѣстной, такъ какъ контроль суда надъ поступленіемъ въ адвокаты, сколь бы онъ ни былъ серьезенъ и благожелателенъ, всегда останется формальнымъ и господствовать будетъ не общественно-этическая, а скорѣе бюрократически оффиціальная точка зрѣнія въ дѣлѣ допущенія или недопущенія аспиранта. Какъ засвидѣтельствовала практика, дискреціонная власть Совѣтовъ никогда не была использована послѣдними завѣдомо неправильно или недобросовѣстно, для сведенія счетовъ, политическихъ или иныхъ, по линіи конкуренціи и т. п. Подобный случай врядъ ли кто-нибудь въ состояніи будетъ указать. Эта власть примѣнялась осторожно и весьма рѣдко. Но зато во многихъ случаяхъ сами аспиранты, учитывая свои прегрѣшенія, чувствуя себя „не въ порядкѣ" въ отношеніи своей репутаціи и прошлой жизни, не рѣшались стучаться въ двери корпораціи, предвидя заранѣе тщетность своихъ попытокъ... Къ сожалѣнію, въ этомъ отношеніи компетенціи Совѣта прис. пов. нынѣ готовятся у насъ большія ограниченія. Между тѣмъ свободная корпорація („Запорожская Сѣчь", какъ называлъ когда-то сословіе присяжной адвокатуры В. Д. Спасовичъ) — лучшій разсадникъ независимыхъ, дисциплинированныхъ и мужественныхъ защитниковъ.

[1]) Во время печатанія настоящихъ строкъ получилось сообщеніе изъ Франціи объ убійствѣ изъ револьвера адвоката, защищавшаго на судѣ какую-то женщину, совершенномъ его женой, которая мотивировала свой столь же необычайный, сколь нелѣпый шагъ, тѣмъ, что „такъ защищать подзащитную могъ только человѣкъ, въ нее влюбленный". Изъ данныхъ приключенія можно судить, что дѣло тутъ было не въ той любви, которую подозрѣвала потрясенная въ своихъ чувствахъ жена, и „увлеченіе" защитника было совсѣмъ иного рода, далеко не романическое... Если такъ, то величіе духа за-

чтобы къ нему находили примѣненіе слова Гете: Mit dem Schiffe spilelen Wind und Wellen, Wind und Wellen nicht mit seinem Herzen, кто боится, не рѣшается, замалчиваетъ изъ страха передъ ardor civium prova jubentium, считается со своими выгодами, съ личными отношеніями къ людямъ, чей голосъ дрожитъ, тотъ для этой дѣятельности совершенно не подходящее лицо (Iacque). Хотя, по идеѣ, современное право стремится судить не „преступника", а „преступленіе", т. е. отдѣльное конкретное дѣяніе, но въ сущности in facto нельзя абстрагировать дѣйствія отъ лица, приходится обсуждать дѣяніе, совершенное даннымъ лицомъ. Какъ по новѣйшимъ взглядамъ медицины, нѣтъ болѣзни въ объективномъ смыслѣ, а существуютъ больные, страдающіе тѣмъ или инымъ недугомъ, каждый по своему, индивидуально, такъ и въ концѣ концовъ и въ мірѣ криминальномъ существуютъ посягатели, нарушающіе уголовный законъ,—каждый по своему, каждый со своими особенностями. Справедливое отношеніе требуетъ всесторонняго разбора этихъ особенностей, изученія облика подсудимаго, его жизни, каждой черты обстановки и условій, въ которыхъ совершено инкриминируемое дѣяніе (что, какъ мы видѣли, сознавали уже культурные народы древности), этическаго примѣненія всѣхъ масштабовъ уголовнаго изслѣдованія, какъ и самихъ уголовныхъ нормъ и другихъ законовъ. Успѣхъ защиты зависитъ отъ моральнаго уровня защитника, высотой котораго онъ импонируетъ судьямъ, особенно присяжнымъ засѣдателямъ, столь близкимъ защитнику по духу своему,— такъ же, какъ и отъ его познаній, силой которыхъ онъ и убѣждаетъ и покоряетъ [1]). Знаменитые защитники даютъ намъ образецъ того, какія усилія дѣлаетъ надъ собою су-

щитника обрисовывается довольно рельефно. Новизна заключается въ томъ, что на защитника посягнула своя же жена. Вообще же нападенія на защитника, соединенныя даже съ убійствомъ, въ связи съ защитой и по поводу защиты—явленіе не совсѣмъ рѣдкое.

[1]) Извѣстный индійскій политическій дѣятель Ганди былъ адвокатомъ, но бросилъ это занятіе, какъ „антиморальное". По этому поводу справедливо указывали, что не адвокатура антиморальна, а недостойные пріемы нѣкоторыхъ изъ адвокатовъ, которые часто забываютъ, что жажда наживы не должна стоять выше интересовъ личности и общественности: das unbekümmerte Streben nach Profit darf nicht über höhere Persönlichkeits—und Gemeinschaftswerte siegen, какъ указано въ одномъ рѣшеніи германскаго суда чести для адвокатовъ. Эти пріемы безнравственны такъ же, какъ антиморальна политика опредѣленнаго типа дѣятелей, основанная на разжиганіи стра-

дебный ораторъ, въ смыслѣ самовоспитанія, какъ просвѣщаетъ онъ свой разумъ, расширяетъ познанія, обращая думы и помыслы, каждый шагъ, каждую произнесенную фразу на пріобрѣтеніе нужныхъ богатствъ духа, на достиженіе совершенства въ изложеніи мыслей, въ словѣ и въ жестѣ. Конечно, не всякому суждено быть Цицерономъ, держать въ рукахъ скипетръ слова (le sceptre de la parole), примыкать къ „орламъ краснорѣчія", не всякій, выступающій въ уголовныхъ дѣлахъ, вправѣ претендовать на то, чтобы имѣть славу выдающагося защитника и быть таковымъ. Но каждый можетъ проникнуться примѣромъ великаго римскаго предшественника и многихъ другихъ, живших до него и послѣ него, въ упорномъ стремленіи къ самообразованію, самокритикѣ и самосовершенствованію. Весьма многіе ихъ тѣхъ, которые ежедневно выступаютъ въ судахъ, какъ заурядъ-защитники, въ состояніи были бы выявить большія способности, сдѣлать крупные успѣхи въ данной области, если бы пожелали усердно и неотступно трудиться надъ собой. А что уже говорить о тѣхъ, въ которыхъ горитъ „искра Божья", которымъ сама судьба дала талантъ и умѣнье! Постоянно сосредоточивать вниманіе на своей цѣли, не отвлекаясь никакими неподходящими посторонними занятіями, вырабатывать въ себѣ характеръ, готовность къ борьбѣ и заступничеству, смѣлость мысли и слова, вмѣстѣ съ желаніемъ блага ближнему и обществу—таково предназначеніе защитника на жизненномъ пути, лежащемъ передъ нимъ.

стей, эгоизмѣ, лицемѣріи. Впрочемъ, Ганди считаетъ „неморальнымъ" и занятіе судей, которые будто бы „увеличиваютъ число споровъ и недоразумѣній между людьми". Самъ Ганди по уголовнымъ защитамъ мало выступалъ, а, окончивъ юридическій факультетъ въ Лондонѣ, подвизался затѣмъ въ качествѣ адвоката преимущественно въ крупныхъ гражданскихъ процессахъ въ Бомбеѣ, Іоганисбергѣ. Индійскій политическій процессъ, который онъ велъ въ Южной Африкѣ, ознакомилъ его съ тяжелымъ положеніемъ его сородичей и былъ началомъ его политической дѣятельности, которую, однако, не всѣ одинаково цѣнятъ. См. Finger, Die Sendung des Rechtanwalts S. 25. (Да и вообще говоря, разсужденія Махатма Ганди, этого эксцентричнаго мистика,—публично утверждавшаго, что его „Самъ Богъ посылаетъ въ Лондонъ", въ качествѣ Своего орудія, дѣлать „заявленія отъ всей Индіи",—едва ли могутъ считаться серьезными и быть приняты безъ granum salis,—когда онъ трактуетъ объ адвокатахъ и защитникахъ). Но вѣрно то, что тотъ, кто желаетъ, въ качествѣ защитника, дѣйствовать на другихъ, трогать и убѣждать, долженъ самъ что-либо представлять собою, быть, въ смыслѣ удовлетворенія этическимъ требованіямъ,—у вершинъ, по крайней мѣрѣ стремиться къ нимъ.

Предметный указатель.

Аболиція см. Помилованіе.
Адвокатура: 96, участіе а. въ назначеніи защитниковъ и безмездной защитѣ 92 и сл.
Аккузаторный процессъ см. Обвинительный.
Альтернативныя обвиненія 180.
Англія: угол. защ. въ А. 44 и сл.
Арестъ предметовъ и документовъ, переданныхъ защитнику кліентомъ 77 и сл.

Взаимоотношенія между защитникомъ и кліентомъ 63 и сл.
Военные суды: Защита въ в. с. 156 и сл.
Вознагражденіе защитника 28 и сл.
Возобновленіе дѣлъ и защита 189 и сл.
Внѣшняя сторона судебной рѣчи 127 и сл.
Временное Правительство 56.
Время произнесенія защитительной рѣчи 117 и сл.
Вступленіе рѣчи 128 и сл.

Ганди 202 и сл.
Германія: Угол. защита въ Г. 44.
Греція: угол. защита въ древней Г.

Демосфенъ 34, 126.
Должность и защита 12 и сл.
Древность: защита въ д. 31 и сл., 158 и сл.
Дуэль и угол. защита 200.

Заключеніе рѣчи 133 и сл.
Законъ: отношеніе защитника къ общему 3. 84 и сл.
Защитительная рѣчь 110 и сл.

Изложеніе данныхъ дѣла 132 и сл.
Измѣненіе обвиненія и защита 173 и сл.
Иммунитетъ слова 141 и сл.
Импровизація 115.
Инквизиціонный (розыскной) процессъ и угол. защ. 40 и сл., 83 и сл.
Инстанція: переносъ дѣла защитникомъ въ слѣдующую и.
Интерпретація законовъ и угол. защита 84.
Исполненіе приговора и угол. защита.

Кассаціонная инстанція и угол. защита
Коллективные интересы и угол. защита 19 и сл.
Коллизіи между защитникомъ и подзащитнымъ 83.
Kollusionsgefahr 65.
Конфликты между защитникомъ и кліентомъ 68 и сл.
Ложь на судѣ 22 и сл.
Матеріальная защита 6.
Месть: обычай м. и угол. защита 30 и сл.
Назначеніе защитника 80 и сл., 88 и сл.
Наполеонъ I и угол. защита 43.
Начало защиты по угол. дѣлу 107 и сл. 164 и сл.
Nebenreiden см. Реплика.
Обвинительный (состязательный) процессъ 44, 83, 121, 195.
Обжалованіе см. Инстанція.
Общественное мнѣніе и угол. защита 49, 187 и сл.
„Общественное служеніе" угол. защиты 7 и сл.
Общія начала процесса (устность и проч.) и угол. защита 172 и сл.
Объективность защиты 59 и сл.
Огражденіе особыхъ интересовъ кліента защитникомъ 70.
Описаніе предмета рѣчи 131 и сл.
Орнаменты въ рѣчи см. Риторика.
Отвѣтъ обвинителю въ защитительной рѣчи 131 и сл.
Отказъ отъ защиты 83, о. отъ защитительной рѣчи 111 и сл.
Plaidoyer см. Защитительная рѣчь.
Подозрѣніе въ уголовномъ дѣлѣ
Помилованіе и защита 185 и сл.
Посторонніе лица какъ защитники 94, и сл.
Политическіе защитники 56.
Права и обязанности угол. защитника 57 и сл.
Предварительное слѣдствіе: участіе защиты въ п. с. 100 и сл.
Представитель: защитникъ, какъ п. обвиняемаго 15 и сл.
Презумпція boni viri 106, 195.
Признаніе подзащитнаго 23 и сл.
Профессіональные защитники 94 и сл.
Публичная защита см. Назначеніе защитника.
Публичность разбирательства см. Общія начала процесса.
Равноправіе сторонъ 98 и сл.
Раздѣленіе труда: угол. защита съ точки зрѣнія р. т. въ процессѣ 13 и сл.
Революція 43.
Реплика 115 и сл.

Реформы въ уголовной защитѣ 88 и сл.
Римъ: угол. защита въ древнемъ Р. 33 и сл., 35 и сл.

Свобода рѣчи см. Иммунитетъ.
„Свободная защита“ 47 и сл., 52.
Свидѣтели: с. обвиненія и зашиты 99, см. Частный допросъ с.
Свидѣтельство защитника на судѣ по дѣлу кліента 75 и сл., 77.
Смертная казнь, 187, см. Исполненіе приговора.
Сношенія (письменныя) защитника съ арестованнымъ кліентомъ 65 и сл.
Совѣтъ защитника подзащитному 24 и сл., 196 и сл.
Совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ 93, 199 и сл.
Собираніе матеріаловъ защитникомъ 165 и сл.
Содержаніе защитительной рѣчи 119 и сл.
Солидарность защитника и обвиняемаго 25 и сл.
Сомнѣніе: значеніе с. въ уголовномъ дѣлѣ 62 сл.
Состязательность на предварительномъ слѣдствіи 108 и сл., см. Общія начала процесса.
Соціальныя черты угол. защиты 161 и сл.
Судебное краснорѣчіе 121 и сл.
Судебное слѣдствіе: защитникъ на с. с. 66 и сл.
Судебные ораторы 125.
Судебныя ошибки 192 и сл
Судоговореніе см. Судебное слѣдствіе.
Судъ: отношенія между защитникомъ и с. 84 и сл.
Тайна: соблюденіе защитникомъ тайны своего кліента 70 и сл.
Таліонъ см. Месть.

Универсальный характеръ угол. защиты 156 и сл.
Уходъ защитника изъ дѣла 67 и сл. См. Отказъ.

Формальная защита 6.
Франція: угол. защита во Ф.

Церковь и угол. защита 39, 45, 195 и сл.
Цицеронъ 34 и сл., 128 и сл., 137, 202.
Частный допросъ свидѣтелей со стороны защитника 168 и сл.
Частныя лица въ качествѣ уголовныхъ защитниковъ 94 и сл.
Честь (оскорбленныхъ) и свобода защиты.
Элоквенція см. Судебное краснорѣчіе

Списокъ сочиненій и работъ, на которыя сдѣланы ссылки въ настоящей книгѣ.

Алдановъ, Современники, Берлинъ, 1928
Allou et Chenu, Великіе адвокаты XIX, в., пер. В. Быховскаго, в. I., 1898.
Appleton J., Traité de la profession d'avocat, 1928.
Арсеньевъ, Замѣтки о русской адвокатурѣ, 1875.

Barbiera, Cedit. Codice penale con la giurisprudenca ei gli atti ufficiali.
Bayer Die Vertheidigung im Straprozess, 1908.
Bautin, Etude, sur l, art de parler, 1863.
Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ, 1912.
Его же, Проблемы суда, „Законъ и Судъ" 1930, № 9.
Его же, Частное право въ основныхъ принципахъ, 1928.
Bieliackinas, Apie kaltinamojo prisipažinimą ir gynimą teisme, „Teisė", 1930, № 18.

Vargha, Die Vertheidigung im Strafsachen, 1879.
Васьковскій Е. В-, Организація адвокатуры, 1893.
Его же, Будущее русской адвокатуы, 1893.

Weisser, Advokat Göthe.
Weissler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905.
Wolff, Lehr-und-Handcuch der gerichtlichen Beredsamkeit, 1850.
Вульфертъ, Очерки изслѣдованія Франческо Каррара объ уголовной защитѣ, 1883.

Hamilton, Parlamentarische Logik, Taktik und Rhetorik, 1924.

Giuseppe Aurelio di Gennaro, Delle visione maniere del difendere le cause del foro, 1744.
Гессенъ I. Адвокатура. общество и государство (Исторія русской адвокатуры), т. I, 1914.
Goebel, Strafgesetzbuch für dass Deutsche Reich, 1922.
Gilbert, Criminal law and practice of the state of New Jork, 1925.
Gneist, Freie Advokatur, 1867.
Грузенбергъ О., Дневникъ юриста, „Законъ и Судъ" 1910 № 10.
Губскій, Смертная казнь, Энциклоп. слов. Брокгаузъ-Ефронъ, т. XXX.

Duer, Zur Reform des Strafprozessordnung, in DJZ, Heft 21.
Doerr, Strafprozessordnung, 1928.
Джаншіевъ, Судъ надъ судомъ присяжныхъ, 1898.

Eberman, Arzt und Patient in der Rechtssprechung, 1925.
Kant, Kritik der Urteilskraft.
Kneer, Der Rechtsanwalt, 1928.
Cahn, Die Stellung der Verteidigers zum Angeschuldigten, 1893.
Кони А., За послѣдніе годы. 1896.
Krammer, Napoleon I.
Krassa, Altes und Neues über die Advokatur, 1908.
Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, 1879.
Kübl, Geschichte der Österreichischen Advokatur.

La Bruyère, Charaktery czyli obyczaje tego wieku, переводъ съ польскаго Potozki.
Левенстимъ, Рѣчь государственнаго обвинителя въ уголовномъ судѣ, 1894.
Leonas Prof., Advokatų profesija ir organizacija, 1931.
Люблинскій, Публичная защита въ уголовномъ процессѣ, Юр. Вѣстн., 1931 № 1.
Его же, Техника, толкованіе и казуистика уголовнаго кодекса, 1917.

Magnus, Die Notlage der Anwaltschaft, 1930.
Макензи, Этика, русск. пер.
Mamroth, Vier Jahrzente Verteidigertätigkeit, DJZ, 1929 I Heft.

Марковъ, Правила адвокатской профессіи въ Россіи, 1913.
Миттермейеръ, Руководство къ судебной защитѣ (русск. переводъ).
Морилло и Дебенъ, Судебные ораторы въ древнемъ мірѣ, 1895.

Орландо, Принципы конституціоннаго права, 1907.
Объяснительная Записка къ проекту новой редакціи Уст. Уг. Судопр. т. 3, 1900.

Пальховскій, О правѣ представительства на судѣ, 1876.
Pappatava, Die Advokatur in der Türkei, 1908.
Проектъ Угол. Улож,, Объясненія, т. VI.

Радинъ, Учебникъ исторіи русскаго права, 1915.
Rosenfeld, Deutsches Strafprozessrecht, I, 1926.
Розинъ, Уголовное судопроизводство, 1916.
Ruth, Der Verteiger im Schweiz. Strafprozessrecht, 1905.

Сергѣичъ, Искусство рѣчи на судѣ, 1910.
Spinoza, Teologisch-politischer Tractat, Sämtliche, Werke, 2.
Случевскій, Учебникъ русскаго уголовнаго процесса, 1895.
Синайскій, Договоръ предпринимательскаго союза (синдиката и треста), въ Сборникѣ памяти Г. Ф. Шершеневича, 1915.
Stephen, The new Commentaries of the laws of England, 1883.
Соловьевъ Вл., Исторія и будущность теократіи, IV.
Спасовичъ, Сочиненія, т. III, 1890.

Troitsch, Rechtspflege und Immunität des Abgeordneten, 1927.

Feisenberger, Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafprozesses in Aaussicht zu nehmen sein? DJZ, 1928, 1 Heft.
Finger, Die Kunst der Advokatur, 1912.
Его же, Diplomatisches Reden, 1927.
Его же, Die Sendung des Rechtsanwalts, 1930.
Фойницкій И., Курсъ уголовнаго судопроизводства, изд, Люблинскаго, 2 ч. 1915.
Его же, Защита въ уголовномъ процессѣ, какъ служеніе общественное, 1885.
Frydmann M. Systematischses Handbuch der Verteidigung im Strafvefahrern, 1878.
Friedmann Fritz, Die Kunst der Verteidigung und der forensischen Rede, 1927.
Freudenstein, Partei und Rechtsanwalt, 1884.

Черри, Развитіе карательной власти въ древнихъ общинахъ, пер. съ англійскаго Люблинскаго, 1907.
Chase, Blakstone's Commentaries of the laws of England, 1926,
Чубинскій, Статьи и рѣчи по уголовному праву и процессу, ч. 1., 1912.

Шалландъ, Иммунитетъ народныхъ представителей, т. I, 1911.
Его же, Свобода слова въ англійскомъ парламентѣ, 1910.
Schott, Die Lehre von der formellen Vertheidigung nach deutscheu Strafprozessrecht, 1886.
Schwarz, Zum Falle Hussman, DJZ, 1928, Heft 22.
Stammlar, Der Richter.
Stein, Die Verstaatlichung der Advokatur, 1885.

Jastrov, Der angklagte Staatsanwalt, 1930.

Оглавленіе.

I.

Сущность уголовной защиты 5

Уголовная защита при инквизиціонномъ процессѣ. Вліяніе обвинительнаго процесса на постановку защиты. Уголовная защита и „общественное служеніе". Ученіе M. Frydmann'a и др. объ „общественномъ служеніи" защиты. Моментъ идеализаціи въ ученіи объ „общественномъ служеніи" уголовной защиты. Общіе недостатки ученія объ „общественномъ служеніи" уголовной защиты. Уголовная защита съ точки зрѣнія раздѣленія труда въ уголовномъ процессѣ. Уголовная защита и представительство. Защитникъ, какъ представитель интересовъ обвиняемаго. Отличіе представительства защитника отъ другихъ видовъ юридическаго представительства (повѣреннаго въ гражданскомъ дѣлѣ). Соотношенія между подзащитнымъ и защитникомъ, какъ мандатаріемъ перваго.

II.

Прошлое и настоящее уголовной защиты 30

Защита по уголовнымъ дѣламъ въ древнѣйшія времена и эпохи. Уголовная защита въ древней Греціи и въ Римѣ. Германскіе взгляды на уголовную защиту. Уголовный процессъ среднихъ вѣковъ и вліяніе его на уголовную защиту. Уголовная защита въ эпоху Великой французской революціи и революціонныхъ трибуналовъ. Свобода уголовной защиты въ новѣйшія эпохи. Основныя свойства нынѣшняго уголовнаго процесса въ соотношеніи съ постановкой уголовной защиты. Эволюція уголовной защиты въ древнемъ русскомъ правѣ и до нашего времени.

III.

Уголовная защита въ дѣйствующемъ правѣ 57

Уголовная защита по концепціи составителей Судебныхъ Уставовъ. Уголовная защита по Уставу Уголовнаго Судопроизводства. Права и обязанности уголовнаго защитника. Взаимоотношенія между защитникомъ и подзащитнымъ. О сохраненіи защитникомъ „тайнъ" своего подзащитнаго. Согласованность дѣйствій защитника и подзащитнаго и проблема возможныхъ „коллизій". Отношеніе защитника къ общему закону и къ коллективу.

IV.

Уголовная защита съ точки зрѣнія реформы 88

Обязательная защита и расширеніе ея предѣловъ. О кругѣ лицъ, имѣющихъ право заниматься уголовной защитой. Необходимость упроченія началъ равенства обвиненія и защиты. Защита до судебнаго засѣданія—на предварительномъ слѣдствіи.

V.

Защитительная рѣчь 110

Значеніе защитительной рѣчи. Необходимость защитительной рѣчи въ процессѣ. Рѣчь и реплика. Время произнесенія защитительной рѣчи. Объ отдѣльныхъ частяхъ защитительной рѣчи и ихъ построеніи. Защита и элоквенція.

. . . . . .

VI.

Уголовная защита и иммунитетъ 141

О свободной защитѣ вообще. Иммунитетъ защитительной рѣчи въ Западной Европѣ и на почвѣ нашего права. Предѣлы иммунитета.

VII.

Общій взглядъ на роль защитника въ уголовномъ дѣлѣ и заключеніе 155

Универсальный характеръ современной уголовной защиты. Эволюція идеи уголовной защиты. Посредничество защиты между индивидуумомъ и коллективомъ. Моральный смыслъ уголовной защиты. Постоянная связь защитника съ кліентомъ отъ начала до конца. Задача защитника при собираніи матеріаловъ и данныхъ. Роль защиты на судоговореніи при метаморфозахъ обвиненія (измѣненіи обвиненія и пр.). Въ послѣдующихъ инстанціяхъ. Въ кассаціонномъ судѣ. Участіе защиты при исполненіи наказанія (смертной казни). Помилованіе и защита. Отношеніе защиты къ возобновленію уголовнаго дѣла. Заключительныя замѣчанія.

Предметный указатель 203

Списокъ сочиненій и работъ 205

Замѣченныя опечатки

на страницѣ	напечатано	должно быть
6—15 стр. снизу	Schulddlosigkeit	Schuldlosigkeit
„—14 „ „	diesen	diese
„—13 „ „	verteidieigung	Verteidigung
„— 3 „ „	formall	formal
„— 1 „ „	Peson	Person
7— 1 „ „	straffverfahren	Strafverfahren
8—14 „ „	Einzelpersönltchkeit	Einzelpersönlichkeit
8— 5 „ сверху	Machibefugniss	Machtbefugnis
12— 3 „ снизу	Traitè	Traité
„— 3 „ „	Plutot	Plutôt
„— 1 „ „	Vnrteiger im schweiz	Verteidiger im schweiz.
13— 5 „ „	Rodical	Radikal
13— 5 „ „	nnr	nur
13— 1 „ „	Geistigeu	Geistigen
14—15 „ „	Geselschaft	Gesellschaft
„— „ „ „	Sei	sei
17— 1 „ „	Rech	Recht
18— 5 „ „	Vortretung	Vertretung
„— 6 „ „	vertreetende	Vertretende
19— 4 „ „	Schtt'a	Schott'a
20—25 „ „	Verteier	Verteidiger
20—24 „ „	Angklakten	Angeklagten
20—23 „ „	Warheit	Wahrheit
21— 9 „ „	Interesskollision	Interessenkollision
„— „ „ „	Zwissheu	Zwischen
„— „ „ „	Prozrssz weck	Prozesszweck
„—10 „ „	normall	normaler
27— 1 „ „	Bauer Die	Bauer, Die
29— 5 „ „	Намѣщка	Насмѣшка
33— 1 „ „	Werken	Werke
43— 9 „ „	Gefärlich	Gefährliche
49—21 „ „	Beweiser	Beweise
53— 5 „ „	compoled	compelled
„— 4 „ „	cana	can a
58— 1 „ „	strafprocessrecht	Strafprozessrecht
60— 8 „ сверху	wonn	wenn
65—12 „ снизу	Verhaften	verhaften
69— 8 „ „	предавать	передавать
71—16 „ „	Aligemeinen	Allgemeinen
73— 3 „ „	Entwurt	Entwurf
74—22 „ сверху	непредолимый	непреодолимый
75— „ „ снизу	Kunst'a	Kunst
86— 6 „ снизу	Suffisoment	Suffisement
87—15 „ „	Gechworene	Geschworene
87—13 „ „	eugen	Zeugen
90—11 „ сверху	Aasführung	Ausführung
90— 9 „ снизу	серьзезному	серьезному
92—10 „ сверху	опредѣнiи	опредѣленiи
94— 7 „ снизу	selche	solche

94— 6	„ „	unsere	Innere
„— 5	„ „	valle	volle
„— 4	„ „	Noch	Nach
„— 4	„ „	Entwarf	Entwurf
„— 3	„ „	hoben	haben
96—16	„ „	страдающіе	страдающіе
97— 2	„ „	Ehrenhaftikeit	Ehrenheftigkeit
97— 1	„ „	Verteidlger	Verteidiger
98— 7	„ „	чѣтъ	чѣмъ
99— 8	„ „	Gericht verfassungesetz	Gerichtsverfassungsgesetz
100— 2	„ „	Jahrcehnte	Jahrzehnte
100— „	„ „	Verteidigertätigkeit	Verteidigertätigkeit
101— 6	„ сверху	партій	сторонъ
102—18	„ „	собранію	собиранію
104— 1	„ „	Strafppozessordnung	Strafprozessordnung
106—19	„ сверху	bono	boni
108— 5	„ снизу	überfüren	überführen
114— 5	„ „	gnführt	Geführt
„— 2	„ „	prak, tisch	praktisch
116— „	„ „	Strafprocessrecht	Strafprozessrecht
118—12	„ сверху	безупрелчный	безупречный
120— 9	„ снизу	Zurnen	Zürnen
124— 6	„ „	Verteigertätigkeit	Verteidigertätigkeit
124— 4	„ „	Rüstzeig	Rüstzeug
128— 2	„ „	Phetorik	Rhetorik
132— 8	„ „	iedoch	jedoch
„— 7	„ „	dieinigen	diejnigen
„— 5	„ „	beantwortun	beantworten
„— 4	„ „	ia	in
137— 8	„ „	Bereddsamkeit	Beredsamkeit
138—16	„ сверху	Da2tellung	Darstellung
„— 2	„ снизу	Reichgericht	Reichsgericht
139—19	„ сверху	Leiden schftlichkeit	Leidenschaftlichkeit
„—22	„ снизу	das	des
146—21	„ „	Ässerung	Äusserung
„—20	„ „	Verantvortung	Verantwoıtung
147— 7	„ „	lawa	law
150—15	„ сверху	offen lich	öffentlich
152—13	„ „	Разинъ	Розинъ
162— 8	„ „	Solen	Sollen
163— 8	„ снизу	schotz	Schutz
168— 3	„ сверху	mumvunden	unumwunden
169— 1	„ „	missen	müssen
„—12	„ снизу	systematisch	systematisches
172— 6	„ „	очерчить	очертить
174— 6	„ „	Strafdrozessrecht	Strafprozessrecht
175— 3	„ „	Staafprozessrecht	Strafprozessrecht
180—20	„ сверху	Haupverhandlung	Hauptverhandlung
181—14	„ „	Verteidigungswoffen	Verteididungswaffen
184— 9	„ сверху	fon	von
„—10	„ сверху	derstelt	darstellt
„— 2	„ снизу	strafprozessordnung	Strafprozetsordnung
188— 1	„ сверху	(	.
„—15	„ „	Wargha	Vargha
„—22	„ снизу	erlaubtdn	erlaubten
„—17	„ „	Beschufdigung	Beschuldigten
„— „	„ „	Strafjusfiz	Strafjustiz
„—16	„ „	äusseier	äussester
189— 8	„ „	Ssrafprocessordnung	Sfrafprozessordnung
193— 5	„ „	Ystizmord	Justizmord