ВОЕННЫЙ УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС ШВЕЙЦАРИИ: ДОКАЗЫВАНИЕ, СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ, МЕРЫ ПРИНУЖДЕНИЯ, ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

ТРЕФИЛОВ Александр Анатольевич, старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: trefilovaa1989@gmail.com

Автор рассматривает наиболее значимые особенности институтов доказывания и следственных действий в военном уголовном процессе Швейцарии: неисчерпывающий перечень доказательств; строгое разграничение статусов свидетеля и лица, являющегося источником сведений; закрепление континентальной модели экспертизы; дословное занесение в протокол показаний лица, не владеющего языком судопроизводства; достаточно существенные права защитника, связанные с участием в следственных и иных процессуальных действиях. Проанализированы ключевые особенности системы мер принуждения в военном уголовном процессе Швейцарии: их разделение на заключение под стражу и так называемые альтернативные более мягкие меры; достаточно продолжительные сроки задержания (до семи суток), но при этом весьма короткие сроки заключения под стражу (по общему правилу до 14 суток); наличие нормы о свободном передвижении лица (председатель суда может предоставить отсутствующему в стране обвиняемому или отсутствующему осужденному иммунитет от заключения под стражу); суровые меры принуждения, применяемые к нарушителям порядка в уголовном судопроизводстве (арест до трех суток). Также проанализировано предварительное производство в военном уголовном процессе, состоящее из предварительного собирания доказательств и предварительного следствия. Показано, что с сущностной стороны они приближены друг к другу, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 104 Военного УПК предварительное собирание доказательств является дознанием, производимым в форме и с использованием средств предварительного следствия. Различия между ними связаны в первую очередь с основаниями или, как говорят швейцарские ученые, процессуальными предпосылками. Предварительное следствие должно быть предписано, если лицо подозревается в совершении уголовно наказуемого деяния, и дисциплинарные меры воздействия не могут быть приняты во внимание, а предварительное собирание доказательств осуществляется, если не выполнены отдельные предпосылки для открытия предварительного следствия.

Ключевые слова: следственные действия, меры принуждения, военное уголовное судопроизводство, Швейцария.

SWISS MILITARY CRIMINAL PROCEEDINGS: EVIDENCE, INVESTIGATIONS, COERCIVE MEASURES, PRELIMINARY PROCEDURE

A. A. TREFILOV, senior research fellow of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, candidate of legal sciences

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

E-mail: trefilovaa1989@gmail.com

The author considers the most significant features of the institutions of evidence and investigative actions in Swiss military criminal proceedings: a non-exhaustive list of evidence; strict differentiation of the status of the witness and the person who is the source of information; consolidation of the continental model of expertise; verbatim record of testimony of a person who does not speak the language of the proceedings; sufficiently substantial rights of the defender related to participation in investigative and other procedural actions. The key features of the system of coercive measures in Swiss military criminal proceedings are analyzed: their separation into detention and so-called alternative softer measures; rather long periods of detention (up to seven days), but very short periods of confinement under guard (in general rule up to 14 days); the presence of a norm on the free movement of a person (the President of the court may grant the accused or the absent convicted person immunity from detention); severe coercive measures applied to violators of law and order in criminal proceedings (arrest for up to three days). Also the author analyzed pre-trial proceedings in the military criminal proceeding, consisting of preliminary evidence-gathering and investigation. It is shown that they are close to each other in nature, because in accordance with part 1 article 104 of the Military Code of Criminal Procedure, preliminary collection of evidence is the inquiry made in the form and with use of means of the preliminary investigation. The differences between them relate primarily to the grounds, or, as Swiss scientists say, procedural prerequisites. A preliminary investigation must be ordered if a person is suspected of committing a criminal offence and disciplinary measures cannot be taken into account, and preliminary evidence is collected if certain prerequisites for the opening of a preliminary investigation are not fulfilled.

Keywords: investigative actions, coercive measures, military criminal proceedings, Switzerland.

DOI: 10.12737/art.2018.2.17

Военный уголовный процесс Швейцарии представляет интерес для компаративного анализа. При изучении русскоязычной библиографии нам удалось обнаружить всего один источник, изданный в начале XX в.¹ Позже данный вопрос не поднимался в монографиях, журнальных статьях, иных публикациях ни разу, о чем можно судить по общедоступным каталогам библиотек. Крайне мало литературы по данному вопросу и в самой Швейцарии (как известно, с XV в. она ни с кем не воевала).

Проанализируем важнейшие институты уголовного процесса данного государства (доказывание, следственные действия, предварительное производство) на основе Военного УПК 1979 г. — центрального источника данной правовой отрасли.

Доказывание и следственные действия. Рассматриваемые институты в Военном УПК Швейцарии имеют следующие особенности:

1) *перечень доказательств* (как и следственных действий) в данном Кодексе не является исчерпывающим. Это означает, что компетентные органы вправе собирать любые доказательства и производить любые следственные действия, кроме тех, которые императивно запрещены законом. Данный подход преобладает как в континентальном, так и в англосаксонском уголовном процессе и может быть назван «доказыванием через запрет», в то время как УПК РФ и кодексы некоторых постсоветских стран до сих пор держатся за «доказывание через дозволение» с исчерпывающим перечнем доказательств и следственных действий;

2) Кодекс четко определяет, кто принимает решение о производстве следственных действий. Согласно ст. 53 предписание следственных действий относится к компетенции *следственного судьи*, а после окончания предварительного следствия — *председателю гарнизонного суда или военного апелляционного суда*. С открытием производства может быть задействована кантональная судебная полиция.

Отсюда можно сделать несколько выводов. Во-первых, до передачи дела на рассмотрение по существу в суд первой инстанции единственным субъектом, уполномоченным на проведение следственных действий, является следственный судья. Во-вторых, в судебных стадиях процесса производство следственных действий (а значит, и получение доказательств) возможно только в суде первой и апелляционной инстанций. Никакие новые следственные действия в суде кассационной инстанции проводиться не могут;

3) вслед за «общим» УПК Военный строго разграничивает *свидетеля* (Zeuge) и *лицо, являющееся источником сведений* (Auskunftsperson). В качестве него допрашивается тот, кто: а) предположительно мо-

жет проходить по делу в качестве исполнителя или соучастника; б) не в состоянии понять смысл допроса в качестве свидетеля (в отличие от «общего» УПК, Военный не конкретизирует, кого охватывает данная категория).

Лицо, являющееся источником сведений, обязано по повестке явиться для дачи объяснений. При неявке без уважительной причины оно может быть подвергнуто приводу (если нет обстоятельств, которые ему препятствуют, например, тяжелая болезнь и т. д.).

Любопытно, что такое лицо не обязано давать показания (ч. 3 ст. 84). Это объясняется, во-первых, недопустимостью принуждения к самоизобличению, во-вторых, тем, что малолетних, душевнобольных и некоторые другие категории граждан невозможно привлечь к какой-либо ответственности за отказ от дачи показаний.

Одновременно с этим в отношении лица, являющегося источником сведений, действуют соответствующим образом предписания о допросе обвиняемого. Также оно имеет право на возмещение за потерю времени и даже транспортных расходов в соответствии с предписаниями Федерального совета;

4) Военный УПК предусматривает классическую континентальную модель *экспертизы*. Согласно ч. 1 ст. 85 если для установления обстоятельств дела требуются специальные знания, следственный судья или суд могут привлечь эксперта; возложенные на него задачи необходимо зафиксировать в постановлении. Отсюда следует, что сторона защиты не имеет права на альтернативную экспертизу по уголовному делу. В отличие от российского законодательства Военный УПК Швейцарии не предусматривает обязательного ознакомления стороны защиты с постановлением о назначении экспертизы;

5) Кодекс регламентирует *допрос лица, не владеющего языком производства по делу*. Согласно ч. 1 ст. 95 если дословные показания имеют существенное значение, то они заносятся в протокол также и на иностранном языке. Российский УПК не предусматривает такой нормы, хотя она могла бы быть полезна для более точного последующего перевода показаний такого лица, а также содействовать осуществлению им права на дачу показаний (особенно актуально это в отношении обвиняемого). Кроме того, если показания лица, не владеющего языком производства, зафиксированы дословно, легче определить, имеет ли место такой состав преступления, как дача заведомо ложных показаний.

Меры принуждения. Рассматриваемый институт в Военном УПК Швейцарии имеет следующие особенности:

1) *система мер принуждения*. Военный УПК, как и «общий», исходит из того, что эти меры подразделяются на две группы: заключение под стражу и альтернативные более мягкие меры (классический европейский подход, предполагающий указанный выше

¹ Военно-судебное законодательство западноевропейских государств: Германия и Швейцария / пер. с нем. А. С. Лыкошина. СПб., 1901.

дуализм). К последним данный Кодекс относит задержание, привод, денежное взыскание, кратковременное заключение и др. Специально выделена такая мера, как «блокировка (изъятие) документов» (*Sperre von Ausweisen*). При опасности побега у подозреваемого или обвиняемого можно изъять заграничный паспорт и удостоверение личности и не допускать их нового получения. Ходатайства в отношении блокировки документов швейцарцев, находящихся за границей, направляются в совет обер-аудиторов. К сожалению, УПК РФ не предусматривает такой простой, но эффективной меры. В связи с этим вдвойне трагично, что нередко в России суд обосновывает необходимость заключения под стражу среди прочего наличием заграничного паспорта. Такой подход не отвечает ни назначению судопроизводства, ни тенденциям европейской уголовно-процессуальной политики, предполагающим постоянное расширение круга альтернативных мер принуждения;

2) *сроки задержания* в Военном УПК более продолжительные, чем в «общем» (и чем в России). По общему правилу они составляют трое суток, но могут быть продлены до семи суток. После этого либо лицо заключается под стражу, либо ему избирается мера пресечения, не связанная с лишением свободы, либо оно освобождается (при установлении его непричастности к преступлению). Российский законодатель, как известно, не дифференцирует сроки задержания военных и гражданских лиц (норма, предусмотренная в ч. 2 ст. 22 Конституции РФ, едина для всех);

3) *сроки заключения под стражу*. Вспомним, что в «общем» УПК нет указания ни на срок заключения под стражу², назначаемый задержанному впервые, ни на верхний предел его продолжительности. ЕСПЧ в решении по делу «W. против Швейцарии» признал, что пребывание в СИЗО более четырех лет не нарушает принципы справедливого судебного разбирательства, если расследование осложняется чрезвычайно трудными фактическими и юридическими обстоятельствами (указанное дело «состояло из 711 томов, занимавших 120 метров полок»)³. Военный УПК, правда, тоже не предусматривает верхнего ограничителя, но указан срок, на который заключение под стражу назначается в первый раз. Досудебное заключение под стражу не может длиться больше 14 суток. Однако по обоснованному ходатайству следственного судьи председатель гарнизонного суда вправе одобрить одно или несколько продлений срока заключения соответственно каждый раз не более чем на месяц. Распоряжение о продлении заключения под стражу оглашается посредством направления заключенному копии данного документа (ч. 2 ст. 59 УПК);

4) в Военном УПК существует не известная в России *норма о свободном передвижении* (*Freies Geleit*), имеющая германское происхождение (§ 295 УПК ФРГ)⁴. В Швейцарии председатель суда может предоставить отсутствующему в стране обвиняемому или отсутствующему осужденному свободное передвижение. Оно может быть связано определенными условиями. Свободное поведение отменяется, если подозреваемый или отсутствующий осужденный осуждается в ординарном уголовном судопроизводстве или определенные условия им не выполнены. Данному участнику при предписании свободного передвижения необходимо указать на эти правовые последствия. Такая норма, как представляется, заслуживает внимания со стороны отечественного законодателя;

5) *меры принуждения, применяемые к нарушителям порядка в уголовном судопроизводстве*. Они имеют достаточно суровый характер и по своей строгости намного превышают те, которые закреплены в УПК РФ. Согласно ч. 2 ст. 49 того, кто ведет себя на заседании неуместно или не уважает судебные распоряжения (например, при оскорблении участников процесса или при причинении вреда их здоровью), суд может наказать административным штрафом до 300 фр. или заключением на срок до трех дней; заключение исполняется немедленно. Данные меры не исключают преследования уголовно наказуемого деяния. Следственному судье в ходе предварительного расследования принадлежат аналогичные полномочия. Он может предписать административный штраф до 100 фр. или заключение на 1 день (видимо, считается, что нарушение порядка в ходе предварительного следствия обладает несколько меньшей общественной опасностью, чем при рассмотрении дела в суде).

Предварительное производство. Вспомним, что в «общем» уголовном процессе Швейцарии досудебное производство⁵ состоит из *дознания* и *предварительного следствия*. Дознание ведет полиция под руководством прокуратуры, а предварительное следствие — прокуратура с привлечением полиции. Несмотря на то что оба этапа досудебного производства во многом похожи друг на друга, законодатель счел необходимым сохранить традиционную дифференциацию данных форм.

Поскольку в военном уголовном процессе важнейшим участником является следственный судья, необходимо иметь в виду, что термин «досудебное производство» является неподходящим. Поскольку до передачи дела в суд первой инстанции для рассмотрения по существу расследование производит следственный судья, практически все производство яв-

² Согласно ч. 4 ст. 226 «общего» УПК суд вправе установить максимальный срок заключения под стражу.

³ Подробнее см.: *Трефилов А. А.* Уголовный процесс зарубежных стран. Т. 1. М., 2016. С. 286—287.

⁴ Подробнее см.: *Барабанов П. К.* Уголовный процесс ФРГ. М., 2014. С. 255—256.

⁵ Термин «досудебное производство» в «общем» уголовном процессе в отличие от военного уместен, так как первому в настоящее время неизвестен институт следственного судьи.

ляется судебным (за исключением первоначально-го собирания доказательств, но и его согласно ч. 2 ст. 101 Военного УПК вправе проводить следственный судья). В связи с этим при исследовании уголовно-процессуальных систем, сохраняющих институт следственного судьи, представляется необходимым использовать термин «предварительное расследование», так как эта категория не указывает на субъекта, ведущего производство по делу.

Какова модель организации предварительного производства по Военному УПК Швейцарии с точки зрения доктринальных классификаций, разработанных учеными этой страны накануне принятия единого «общего» УПК 2007 г.⁶ *Mutatis mutandis* можно провести параллель с моделями прокуратуры I (Staatsanwaltschaftsmodell I), поскольку законодатель дифференцирует предварительное производство на две стадии, а также сохраняет классического следственного судью французского типа. Примечательно, что действовавший ранее Закон о военных уголовных судах 1889 г. исходил из того, что единственно возможной формой «досудебного производства» является предварительное расследование (Voruntersuchung), которое производит следственный судья. Предшествующие мероприятия (дисциплинарная проверка в отношении военнослужащего, получение объяснений командиром воинской части) не охватывались понятием «уголовный процесс» и не рассматривались в качестве уголовно-процессуальной деятельности. Таким образом, в прошлом данный Закон *mutatis mutandis* предусматривал модель следственного судьи II (Untersuchungsrichtermodell II).

Военный УПК, как показано выше, дифференцирует предварительное расследование, разграничивая две его формы (какое-либо собирательное понятие для их обозначения в Кодексе отсутствует⁷). Ими согласно ст. 100—118 данного Кодекса являются *предварительное собирание доказательств* (die vorläufigen Beweisaufnahme) и *предварительное следствие* (die Voruntersuchung)⁸. Впрочем, с сущностной стороны они максимально приближены друг к другу, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 104 Военного УПК предварительное собирание доказательств является дознанием (das Ermittlungsverfahren), производимым в форме и с использованием средств предварительного следствия. Различия между ними связаны прежде всего с основаниями или, как говорят

швейцарские ученые, процессуальными предпосылками (die Voraussetzungen). Предварительное следствие должно быть предписано, если лицо подозревается в совершении уголовно наказуемого деяния и дисциплинарные меры воздействия не могут быть приняты во внимание (ч. 1 ст. 103), а предварительное собирание доказательств — если не выполнены отдельные предпосылки для открытия предварительного следствия (ч. 1 ст. 102).

Характеристика «предварительное» (vorläufig) отнесена швейцарским законодателем только к собиранию доказательств. В отношении следствия (Voruntersuchung) мы добавили ее по своей инициативе, чтобы подчеркнуть, что до передачи дела на рассмотрение по существу ведется *предварительное*, а после этого — *окончательное* следствие. Как бы то ни было, обе формы предварительного расследования имеют подготовительный характер и отражают идею разделения уголовного судопроизводства на два этапа.

Отметим также, что швейцарский законодатель использует в Военном УПК нейтральную категорию “Untersuchung”, обозначающую следствие, расследование, установление обстоятельств дела. Данный термин не обозначает какой-либо стадии процесса, в связи с чем его недопустимо смешивать с термином “Voruntersuchung” (предварительное следствие).

С чего начинается военное уголовное судопроизводство? Еще до начала предварительного собирания доказательств должны быть приняты предусмотренные в УПК *неотложные меры*. Согласно ч. 1 ст. 100 если совершено уголовно наказуемое деяние, подсудное органам военной юстиции, то издающий приказы по месту совершения преступного деяния ведущий начальник или назначенный им подходящий для этого офицер принимает необходимые меры (Massnahmen der Truppe), чтобы предотвратить бегство подозреваемого, сохранить следы деяния и обеспечить доказательства. Если в этом есть необходимость, привлекаются органы военной и гражданской юстиции. Производимые мероприятия, как и существенные показания подозреваемого и прочих опрошенных лиц, протоколируются.

Предварительное собирание доказательств (die vorläufigen Beweisaufnahme). Данная форма предварительного производства имеет факультативный характер. Иначе говоря, в случае совершения уголовно наказуемого деяния может сразу начаться предварительное следствие. Предварительное собирание доказательств предписывается, «если отдельные предпосылки предварительного следствия не выполнены...» (ч. 1 ст. 102).

О каких предпосылках идет речь? Согласно ч. 1 ст. 103 предписывается предварительное следствие, если лицо подозревается в совершении уголовно наказуемого деяния и применение дисциплинарных мер не может быть принято во внимание. Швейцарский

⁶ Подробнее см.: Трефилов А. А. Указ. соч. С. 292—319.

⁷ В связи с этим термин «предварительное расследование» использован нами на манер ст. 150 УПК РФ.

⁸ В контексте терминологии обозначение стадий досудебного производства в Ювенальном и Военном УПК не совпадают. В последнем законодатель использует вместо привычного термина “die Untersuchung” однокоренное понятие “die Voruntersuchung” (дословный перевод — «предрасследование»).

законодатель приводит примерный перечень случаев, когда военное уголовное судопроизводство должно начаться именно с предварительного собирания доказательств: 1) доказательства должны быть собраны или дополнены, в частности, когда неизвестно лицо, совершившее деяние, и имеют место неясные или запутанные обстоятельства дела. Отсюда однозначно следует, что открытие предварительного следствия невозможно при неустановлении лица, подлежащего уголовной ответственности; 2) существует неопределенность в отношении того, какое совершено уголовно наказуемое деяние — дисциплинарного или военно-судебного характера. Предварительное следствие начинается только при наличии достаточной ясности в этом вопросе.

Можно ли рассматривать предварительное собирание доказательств в качестве стадии уголовного процесса? Или это не стадия, а простое фактическое собирание сведений (в дословном понимании этого термина), которое предшествует предварительному следствию как полноценной стадии уголовного процесса? Представляется, что прежде всего необходимо ориентироваться не на название соответствующей процедуры, а на ее содержание. Предварительное собирание доказательств имеет начальный момент, завершается определенным процессуальным решением, предполагает указанный в Военном УПК круг участников. Таким образом, мы видим все основные признаки стадии уголовного процесса. К тому же на основании ч. 1 ст. 104 данного Кодекса предварительное собирание доказательств является дознанием, проводимым в форме и с использованием средств предварительного следствия. Но тогда почему швейцарский законодатель не унифицировал терминологию и не использовал в Военном УПК категории «общего» Кодекса (дознание и предварительное следствие)?⁹ Видимо, это обусловлено верностью традициям и устоявшимся процессуальным понятиям, а не концептуально-теоретическими причинами.

В отношении уголовно наказуемых деяний, совершенных на протяжении военной службы, предписывать предварительное собирание доказательств и предварительное следствие компетентны: 1) в школах и на курсах — комендант; 2) в местах нахождения воинских частей: а) в полковых соединениях — командир полкового соединения; б) в маленьких, самостоятельно состоящих на службе воинских корпусах или единицах, — соответствующий комендант. В отношении совершенных вне связи со службой уголовно наказуемых деяний предварительное собирание доказательств и предварительное расследование предписывает Министерство обороны, защиты населения и спорта Швейцарии. В остальных случаях во-

енными вопросами ведаает комендант воинской части или штаба. Как видим, все указанные выше субъекты относятся к исполнительной ветви власти. Кроме того, Военный УПК допускает предварительное собирание доказательств следственным судьей по своей инициативе. Если он обнаружил признаки уголовно наказуемого деяния, то вправе самостоятельно произвести необходимые процессуальные действия. Данное обстоятельство позволяет утверждать, что в военном уголовном судопроизводстве Швейцарии даже предварительное собирание доказательств может иметь судебный характер. Процессуалист М. Брун, критикуя данный подход, предлагает изъять из компетенции следственного судьи предварительное собирание доказательств¹⁰, поскольку переход от этой стадии к предварительному следствию должен означать переход дела от исполнительной власти к судебной.

Каких-либо ограничений на производство следственных действий в ходе предварительного собирания доказательств в Военном УПК Швейцарии нет. Согласно ч. 1 ст. 104 предварительное собирание доказательств является дознанием в форме и с использованием средств предварительного следствия. Более того, уже само название данной стадии указывает на ее основную цель — получение доказательств. Вместе с тем нельзя пройти мимо ст. 74 «Обязанности свидетеля» Военного УПК, согласно которой каждый обязан явиться перед судьей в качестве свидетеля и дать показания. Данная норма, как представляется, не случайна; здесь нет какого-либо дефекта юридической техники. Законодатель подчеркивает, что если предварительное собирание доказательств осуществляет не следственный судья, а иной орган (в данном случае — орган исполнительной власти), то обязанность явиться на допрос у свидетеля отсутствует.

Избрание мер пресечения на стадии предварительного собирания доказательств возможно. Вместе с тем как в «общем», так и в военном уголовном процессе заключение под стражу допускается только после открытия предварительного следствия (это вытекает из надлежащего толкования ч. 1 ст. 56 во взаимосвязи с другими положениями Военного УПК). Дело в том, что на стадии предварительного собирания доказательств либо еще нет обвиняемого, либо он уже есть, но нет ясности в отношении характера совершенного деяния. Следовательно, в первом случае заключение под стражу в принципе невозможно (некого отправить в СИЗО), а во втором эта мера была бы необоснованной. Представляется, что это одна из важнейших причин, почему швейцарский законодатель предусматривает дуализм форм досудебного производства.

Следственный судья (или иной орган) подготавливает отчет об установленных обстоятельствах де-

⁹ Согласно ч. 1 ст. 299 УПК Швейцарии 2007 г. предварительное производство состоит из полицейского дознания и предварительного следствия, проводимого прокуратурой.

¹⁰ См.: Brun M. Die Untersuchungsbefehl im Militärprozess. Luzern, 2011. S. 32.

ла и их правовой оценке и ходатайствует, исходя из его результатов, перед компетентным должностным лицом (военные коменданты и т. д.): 1) о предписании предварительного следствия; 2) о завершении дела в дисциплинарном порядке; 3) о том, чтобы у данного производства не было никакого продолжения. Интересно и то, что приказ об открытии предварительного следствия (следственный приказ) должен иметь письменную форму, однако допускается и устный приказ с его последующим письменным подтверждением (ч. 1 ст. 105).

Примечательно, что если комендант не предписывает предварительного следствия после произведенного следственным судьей предварительного собирания доказательств, но, по мнению следственного судьи, совершено преследуемое в судебном порядке уголовно наказуемое деяние, то последний передает дело обер-аудитору, который принимает окончательное решение. По мнению Бруна, данная оговорка, имеющая обеспечительный характер (*Sicherheitsklausel*), направлена на предотвращение злоупотреблений со стороны коменданта. В противном случае совершенный на службе деликт мог бы остаться безнаказанным (дословно: «его можно было бы замять»)¹¹. Как справедливо отмечает данный процессуалист, по сути, следственный судья обязан надзирать за тем, чтобы следственный приказ издавался каждый раз, когда для этого имеются достаточные основания, с целью надлежащего производства по делу в дальнейшем и для предотвращения ухода виновного лица от уголовной ответственности¹².

Важнейшая характеристика предварительного производства по Военному УПК Швейцарии состоит в том, что следственный судья не вправе приступить к производству предварительного следствия по своей инициативе без следственного приказа, изданного перед этим компетентным органом. Следственный судья, разумеется, не может издать следственный приказ сам. Наличие данного документа является обязательной предпосылкой предварительного следствия¹³. Это очень важный признак модели прокуратуры I¹⁴ (по образцу УПК Франции 1958 г.). Следственный судья имеет значительную власть, но в данном случае он бессилён: если не издан следственный приказ, то предварительное следствие не состоится. Брун объясняет это тем, что военный уголовный процесс предусматривает строгое разделение следственной и обвинительной деятельности (*Untersuchungs- und Anklagetätigkeit*)¹⁵.

Следственный приказ согласно ст. 105 Военного УПК издается письменно. В неотложных случаях он может быть вынесен в устной форме, но подлежит по-

следующему письменному подтверждению. М. Брун отмечает, что особенно проблематичным является применение мер принуждения в случае устного следственного приказа¹⁶. Следственному судье вместе с этим документом передаются протоколы и полученные ранее вещественные доказательства.

В компаративном отношении можно выделить два подхода к вопросу о том, может ли быть предписано предварительное следствие в отношении неизвестного лица. Старогерманский подход, принятый до 1974 г. (до так называемой большой реформы уголовного процесса), предполагал, что дело не может передаваться следственному судье, если обвиняемый не установлен. Следствие ведётся *in rem*, и *in personam*. Классический французский подход, принятый в этой стране и по сей день, предполагает, что следствие может начаться даже в том случае, если обвиняемый ещё не установлен. Прокурор может, ещё не зная конкретного лица, передать дело следственному судье, чтобы он его установил самостоятельно. При таком подходе пределы производства по делу *in personam* будут сформированы только в ходе предварительного следствия. Следственный судья связан при производстве по делу только *in rem*, но не *in personam*; на него как раз и возложена задача по персонифицированию обвинения. Военный УПК Швейцарии предусматривает, что следственный приказ содержит краткое изложение обстоятельств дела, а также достаточное указание на подозреваемого или обвиняемого. Данная норма интересна тем, что к началу предварительного следствия пределы производства по делу должны быть сформированы и *in rem*, и *in personam*. Если же, например, лицо неизвестно, то его надо устанавливать с помощью превентивных мер, предшествующих уголовному судопроизводству, или предварительного собирания доказательств.

Центральный вопрос рассмотренной выше модели прокуратуры I: может ли следственный судья, получив следственный приказ, отказаться производить предварительное следствие (например, за нецелесообразностью)? УПК Франции в ст. 86 предусматривает случаи, когда следственный судья вправе издать постановление об отказе в проведении следствия (деяние находится не в его компетенции, факты не составляют уголовно наказуемое деяние, заявленное истцом нарушение не имело место и т. д.)¹⁷. Военный УПК Швейцарии тоже предоставляет следственному судье возможность отказаться от проведения следствия, но только в одном случае. При наличии у следственного судьи сомнений в наличии у него компетенции на проведение следствия он принимает только неотложные меры и передает далее материалы дела обер-аудитору для принятия по ним решения (ч. 3 ст. 105).

¹¹ См.: Brun M. Op. cit. S. XIII.

¹² Ibid.

¹³ Ibid. S. XIV.

¹⁴ Подробнее см.: Трефилов А. А. Указ. соч. С. 303.

¹⁵ См.: Brun M. Op. cit. S. XIII.

¹⁶ См.: Brun M. Op. cit. S. XIII.

¹⁷ См.: Барабанов П. К. Уголовный процесс Франции. М., 2016. С. 354.

М. Брун отмечает, что идея следственного приказа восходит к предшествующим кодификациям. В повседневной военной службе обязательные требования издаются в форме приказа. Так, и в этом случае комендант или другой представитель военного командования направляет следственному судье приказ о производстве расследования в отношении определенного лица или группы лиц с указанием уголовно наказуемого деяния, которое им инкриминируется¹⁸. Согласно ст. 5 Постановления об осуществлении военного уголовного судопроизводства каждое требование компетентного служебного или командного учреждения по вопросам служебной деятельности действует в отношении затрагиваемого следственным судьи в качестве призыва (требования). По сути, мы видим диалог исполнительной и судебной ветвей власти.

Предварительное следствие (die Voruntersuchung). Данная форма предварительного следствия имеет элитарный характер (дела о незначительных правонарушениях могут быть прекращены по итогам предварительного собирания доказательств). Следствием руководит следственный судья компетентного гарнизонного суда — носитель судебной власти. Таким образом, Военный УПК предусматривает классическое судебное предварительное следствие французского типа, осуществляемое независимым следственным судьей.

Чтобы данный субъект мог сосредоточиться на производстве следствия, Военный УПК закрепляет: протокол ведется судебным секретарем, в исключительных случаях — иным лицом.

Факультативно или обязательно предварительное следствие в военном уголовном судопроизводстве? Принципиальное различие Военного и «общего» УПК состоит в том, что первый Кодекс предусматривает возможность издания приказа о наказании только по итогам предварительного следствия (ст. 112), а второй — и по результатам дознания (ч. 4 ст. 309). Таким образом, если в «общем» УПК факультативны и дознание, и предварительное следствие (при этом хотя бы одна из стадий должна состояться обязательно), то в Военном УПК факультативно только предварительное собирание доказательств, а предварительное следствие обязательно по каждому делу. Видимо, швейцарский законодатель видит в этом гарантию законности в военном уголовном судопроизводстве. К тому же если бы приказ о наказании могли издавать в ходе предварительного собирания доказательств должностными лицами органа исполнительной власти, это понизило бы роль следственного судьи, принципиально сохраняемого законодателем.

Цель предварительного следствия определена в Военном УПК лаконично: установить, совершено ли уголовно наказуемое деяние (ч. 1 ст. 103). Закон о военных уголовных судах 1889 г. закреплял такую же цель (абз. 1 ст. 114). Вместе с тем данный акт прямо устанавливал,

что предварительное следствие не может распространяться далее, чем это необходимо для принятия решения о том, необходимо ли начать рассмотрение дела по существу или следует отказаться от уголовного преследования обвиняемого (дословный перевод: «оставить обвиняемого без уголовного преследования»). Также согласно данному Закону в ходе предварительного расследования следовало собрать необходимые для рассмотрения дела по существу доказательства, в отношении которых имеется опасность их утраты. Этим законодатель подчеркивал, что основное (полноценное) доказывание состоится только в судебных слушаниях. Более того, по смыслу данной нормы на стадии предварительного расследования доказательства можно было и не собирать, если не предвиделись какие-либо препятствия и трудности в их получении при рассмотрении дела по существу. Действующий Военный УПК Швейцарии данную норму не воспроизвел.

Процессуальная деятельность следственного судьи определяется следственной максимой. Согласно ч. 2 ст. 103 необходимо исследовать все обстоятельства деяния, которые имеют значение для его правовой оценки или для прекращения производства. По смыслу данной нормы он обязан исследовать с равной тщательностью как уличающие, так и оправдывающие доказательства. Если использовать устоявшуюся советскую терминологию (ст. 20 УПК РСФСР 1960 г.), швейцарский следственный судья обязан производить расследование всесторонне, полно и объективно. М. Брун прямо пишет, что следственный судья как руководитель предварительного следствия несет ответственность за установление материальной истины¹⁹.

Следственный судья свободен в выборе тактики расследования. Он вправе самостоятельно проводить следственные и иные процессуальные действия как предусмотренные в Военном УПК, так и иные, которые прямо не запрещены данным Кодексом (так называемое доказывание через запрет). Этим объясняется то, что в данном правовом акте предварительному следствию посвящено всего несколько статей (остальные относящиеся к нему нормы содержатся в главах о следственных действиях, мерах принуждения и т. д.).

Перечень мер принуждения как в «общем», так и в военном уголовном судопроизводстве является исчерпывающим. Можно предписать только те из них, которые предусмотрены в УПК. На стадии предварительного следствия меры принуждения избирает только следственный судья, так как дело находится исключительно в его производстве.

Сроки предварительного следствия Военный УПК не определяет. По смыслу Кодекса они должны быть разумными. Интересно, что Закон о военных уголовных судах 1889 г. прямо закреплял, что предварительное расследование должно производиться (дословный перевод: «двигаться к своему завершению») с макси-

¹⁸ См.: Brun M. Op. cit. S. XIII.

¹⁹ См.: Brun M. Op. cit. S. XIII.

мально возможным ускорением (ст. 117). Действующий Кодекс такую формулировку не воспроизвел.

Военный УПК предусматривает возможность изменения пределов предварительного следствия. Следственный судья расширяет пределы предварительного следствия в отношении всех уголовно наказуемых деяний обвиняемого (*in rem*), ставших известными или совершенных с момента издания приказа о предварительном следствии, если таковые подсудны военному суду. Он расширяет предварительное следствие в отношении лиц (*in personam*), которые принимали участие в уголовно наказуемом деянии обвиняемого в качестве соисполнителей, подстрекателей или пособников и подсудны органам военной юстиции. Если наряду с обвиняемым еще и другие лица совершили уголовно наказуемое деяние, подлежащее компетенции органов военной юстиции, то следственный судья запрашивает у компетентного учреждения издания следственного приказа с предписанием о производстве следствия. Решение о расширении доводится до сведения заинтересованных лиц.

Если в ходе предварительного собирания доказательств или предварительного следствия установлено, что существующие обстоятельства дела не подлежат рассмотрению органами военной юстиции, но *ex officio* установлено подлежащее преследованию уголовно наказуемое деяние, подсудное органам гражданской юстиции, то следственный судья возвращает заявление компетентному гражданскому органу. Таким образом, к моменту начала предварительного следствия его пределы сформулированы достаточно мягко: по усмотрению следственного судьи они могут меняться и по кругу лиц, и по кругу фактов. Вместе с тем обвинение предъявляется в суд только в отношении конкретного лица и конкретного преступного деяния. Таким образом, важнейшая функция предварительного следствия — формирование пределов производства по делу.

В компаративном отношении интересно, что согласно Военному УПК Швейцарии гражданский иск может быть заявлен с момента открытия предварительного следствия и до начала рассмотрения дела по существу. Таким образом, его нельзя предъявить ни в ходе предварительного собирания доказательств, ни в суде первой инстанции. Российский УПК 2001 г. не ограничивает данной возможности столь строгими рамками (ч. 2 ст. 44).

Формы окончания предварительного следствия. Если следственный судья признает следствие окон-

ченным, то об этом информируются обвиняемый и потерпевший. Уведомление защитника об этом Военный УПК прямо не предусматривает. Затем следственный судья передает материалы дела аудиторю:

1) *для предъявления обвинения*. Если в ходе предварительного следствия установлены достаточные основания для подозрения в совершении преступления или уголовного проступка, то аудитор без промедления предъявляет обвинение (разумеется, следственный судья сам обвинение не предъявляет, так как не выполняет обвинительной функции). Он передает материалы дела с обвинительным заключением²⁰ председателю гарнизонного суда и предоставляет обвиняемому и потерпевшему копии;

2) *для прекращения производства*. Если установлены только дисциплинарные нарушения или по данному делу не происходит дальнейшего преследования, то аудитор прекращает производство. Если установлены дисциплинарные нарушения, то аудитор после вступления в законную силу решения о прекращении производства передает компетентному военному начальнику или компетентному военному учреждению дело для дисциплинарного рассмотрения. Если по данному делу не происходит дальнейшего преследования, то аудитор после вступления в законную силу решения о прекращении производства передает материалы дела обер-аудитору на хранение;

3) *для издания приказа о наказании*. Приказ о наказании, постановленный прокурором, равнозначен обвинительному приговору²¹. Отметим здесь лишь то, что Закон о военных уголовных судах 1889 г. не предусматривал такой формы окончания предварительного следствия.

Таким образом, опыт Швейцарии подлежит принятию во внимание российским законодателем при дальнейшем реформировании уголовного судопроизводства (в том числе по уголовным делам о преступлениях, совершенных военнослужащими). В частности, особый интерес представляют нормы о исчерпывающем перечне доказательств, о необходимости дословной фиксации показаний участника, не владеющего языком производства, а также о свободном передвижении лица, которое согласилось явиться для участия в уголовном процессе.

²⁰ По смыслу Военного УПК, обвинительное заключение составляет аудитор (не следственный судья).

²¹ См. подробнее: *Трефилов А. А.* Указ. соч. С. 364—373.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Brun M. Die Untersuchungsbefehl im Militärprozess. Luzern, 2011.
Барабанов П. К. Уголовный процесс Франции. М., 2016.
Барабанов П. К. Уголовный процесс ФРГ. М., 2014.
Военно-судебное законодательство западноевропейских государств: Германия и Швейцария / пер. с нем. А. С. Лыкошина. СПб., 1901.
Трефилов А. А. Уголовный процесс зарубежных стран. Т. 1. М., 2016.