КОМПАРАТИВИСТСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА, КРИМИНОЛОГИИ И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРАВА

ДЕСЯТЬ ОСОБЕННОСТЕЙ ИНСТИТУТА ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ ШВЕЙЦАРИИ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

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

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

E-mail: trefilovaa1989@gmail.com

Рассмотрены десять наиболее значимых особенностей института доказывания в швейцарском уголовном судопроизводстве посредством анализа Уголовно-процессуального кодекса и доктрины этой страны: 1) нормы о доказывании являются частью предмета уголовно-процессуального права (автономное доказательственное право не выделяется ни на доктринальном, ни на законодательном уровне); 2) субъектами доказывания признаются только компетентные государственные органы (защитник доказывание не осуществляет); 3) бремя доказывания возлагается исключительно на сторону обвинения (отсутствуют какие-либо исключения из данного правила); 4) перечень доказательств не является исчерпывающим (компетентные органы принимают во внимание любую процессуально значимую информацию, кроме той, которая в силу закона лишена доказательственного значения); 5) не знающая исключения свобода оценки доказательств; 6) нормативное закрепление «теории плодов отравленного дерева» (если допустимое доказательство получено на основе недопустимого, оно также становится недопустимым); 7) непризнание теории асимметрии (к доказательствам защиты и обвинения предъявляются равные требования); 8) проверка доказательств не рассматривается в качестве самостоятельного элемента доказывания; 9) к доказательствам предъявляется требование их допустимости (достоверность и относимость доказательств специально не выделены); 10) выделены два элемента доказывания — собирание и оценка доказательств.

Автором выполнено сопоставление швейцарского и российского опыта в решении ряда проблем «доказательственного права». Показано, что швейцарский опыт может быть полезен при дальнейшем реформировании института доказывания в российском уголовном судопроизводстве с целью повышения его эффективности.

Сформулированы предложения по совершенствованию действующего российского законодательства. Так, заслуживают внимания существующий в Швейцарии и в большинстве стран мира неисчерпывающий перечень доказательств в уголовном судопроизводстве, а также нормативное закрепление «теории плодов отравленного дерева».

Ключевые слова: доказывание, доказательственное право, «теория плодов отравленного дерева», Уголовно-процессуальный кодекс, Швейцария.

TOP TEN FEATURES OF THE EVIDENCE INSTITUTE IN SWISS CRIMINAL PROCESS: A COMPARATIVE STUDY

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 ten most important features of the evidence Institute in the Swiss criminal procedure. For the realization on the mentioned task the author analyzes the Code of Criminal Procedure and the doctrine of Switzerland: the rules concerning the evidence are the part of the criminal procedural law subject (the autonomous evidence law is not pointed neither doctrinal nor at the legislative level): as a subjects of the evidence can be recognised only the competent state authorities (the defender does not proof), the burden of evidence is a duty only of the the prosecution (there are no exceptions to this rule), the list of evidence is not exhaustive (the competent authorities shall take into account any significant procedural information, except the information which can not be seen as a proof by law) the freedom of evaluation of evidence without exception, normative consolidation of the theory of “the fruit of the poisoned tree” (if admissible evidence derived from the invalid, it also becomes invalid), the non-recognition of the theory of asymmetrie (the defense’s evidence and prosecution’s evidence are equal); the evidence check is not seen as a separate element of evidence (only the gathering and verification of evidence are pointed separately).

The author also makes a comparison between the Swiss and Russian experience in solving a range of problems concerning the evidence. It is shown that the Swiss experience may be useful in further reforming of the evidence institute in Russian criminal proceedings with the aim of increasing its effectiveness. There are some proposals to improve the existing Russian legislation in this article. Among them, not exhaustive list of evidence in criminal proceedings and regulatory basis for the theory of “the fruit of the poisoned tree”, which are existing in Switzerland and in most countries around the world, deserve attention of the domestic legislator.

Keywords: evidence, evidence law, theory of “the fruit of the poisoned tree”, code of criminal procedure, Switzerland.

DOI: 10.12737/article_59bbac1b0b09a8.92752330

Институт доказывания в Швейцарии имеет ряд характерных черт, интересных в сравнительно-правовом аспекте.

Первая особенность. В компаративном отношении можно выделить два подхода к институциональной принадлежности норм о доказывании. Англосаксонский подход состоит в выделении самостоятельной отрасли права (law of evidence), которая содержит нормы о доказывании в уголовном, гражданском и других видах судебного процесса, имеет собственный предмет, метод, источники. Континентальным правовым системам, в том числе России, такой подход, как правило, неизвестен (немецкое, австрийское и лихтенштейнское Beweisrecht — лишь процессуально-правовой институт). Конечно, и здесь можно встретить научные работы, озаглавленные как «доказательственное право», однако речь идет только о научном направлении, а не об отдельной правовой отрасли.

В Швейцарии существует однозначно второй подход. Нормы о доказывании содержатся в УПК (титл 4) и являются составной частью предмета уголовно-процессуального права. Единая теория доказывания в этой стране не разработана.

Вторая особенность. В компаративном отношении можно выделить два подхода к вопросу о субъектах доказывания¹. Англосаксонский подход предполагает, что его ведут стороны, потенциально наделенные равными правами и возможностями. Защитник признается субъектом доказывания. Не существует единого уголовного дела, поскольку и прокурор, и адвокат формируют собственные доказательственные досье. Отсутствует нейтральная категория «свидетель», вместо этого имеют место «свидетель защиты» и «свидетель обвинения» (то же самое можно сказать и про эксперта). Континентальный подход, существующий, в частности, в России, напротив, исходит из того, что субъектом доказывания могут быть только государственные органы и должностные лица. Защитник не рассматривается в качестве субъекта доказывания², так как не обладает властными полномочиями.

¹ Подробный анализ см.: Головки Л. В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн. 11. М., 2009. С. 260—265.

² Альтернативную точку зрения по данному вопросу см.: Лазарева В. А. Доказывание по уголовным делам. М., 2009. С. 101—113.

Существуют единое уголовное дело и, следовательно, орган, ведущий производство по делу. Свидетели, эксперты и другие участники, содействующие правосудию, формально нейтральны.

В Швейцарии существует ярко выраженный континентальный подход. Во многом он объясняется следственной максимой (ст. 6 УПК), в силу которой органы уголовного судопроизводства обязаны ex officio установить все фактические обстоятельства, имеющие значение для квалификации деяния и разрешения дела в отношении обвиняемого. В доктрине этой страны господствует мнение, что защитник не является субъектом доказывания, но может оказывать процессуальное содействие, в том числе в интересах обвиняемого. В связи с этим Д. Джозитш с опорой на УПК Швейцарии выделяет две основные функции защитника: помощь суду и помощь обвиняемому³. Так, согласно ч. 1 ст. 147 он вправе присутствовать при собирании доказательств прокуратурой и судом, а также с их разрешения задавать вопросы допрашиваемым лицам. Одна из функций защитника, по утверждению В. Волерса, также состоит в заявлении «доказательственных ходатайств»⁴. В целом швейцарская доктрина исходит из того, что этот участник процесса не только отстаивает законные интересы обвиняемого, но и содействует отправлению правосудия.

Третья особенность. В компаративном отношении можно выделить два подхода к вопросу о том, на кого возложено бремя доказывания. В настоящее время ни в континентальных, ни в англосаксонских странах не отрицается, что оно лежит на стороне обвинения. Вместе с тем в одной группе стран не существует никаких исключений из этого правила (например, в России), а в другой — в некоторых случаях они все-таки допускаются. Л. В. Головки приводит «французский» пример: согласно ст. 225-6 УК этой страны лицо признается виновным в сводничестве, если при невозможности обосновать источники доходов, соответствующие его образу жизни, проживает с лицом, систематически занимающимся проституцией⁵.

³ См.: Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009. S. 85.

⁴ См.: Wohlers W. Art. 139 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 595.

⁵ См.: Головки Л. В. Указ. соч. С. 265.

В Швейцарии во всех случаях бремя доказывания — *Beweislast* (дословно — «груз доказывания») возложено на обвинение. Сказанное касается и необходимой обороны, и невеняемости, и других фактических обстоятельств дела. Уголовному процессу этой страны со времен отмены Каролины (1532 г.) в начале XIX в. переложение бремени доказывания на сторону защиты считается однозначно недопустимым. Данный запрет является составной частью презумпции невиновности, из которой следует, что для стороны защиты доказывание является правом, а не обязанностью и не бременем. По утверждению В. Волерса, обязанность доказывания возлагается на органы уголовного судопроизводства *ex officio* в силу выполняемых ими функций⁶.

Четвертая особенность. В компаративном отношении можно выделить два подхода к вопросу о том, является ли перечень доказательств исчерпывающим (закрытым). В большинстве государств — как континентальных, так и англосаксонских — господствует подход, именуемый «доказывание через запрет»⁷, при котором разрешается совершать любые процессуальные действия, кроме тех, которые запрещены. Лишь в некоторых странах, в основном постсоветских, существует обратный подход — «доказывание через дозволение»: можно совершать только такие действия по собиранию и проверке доказывания, которые разрешены законом.

Согласно ч. 1 ст. 139 УПК, «органы уголовного судопроизводства принимают для установления истины в полном объеме все подходящие доказательства, которые допустимы в соответствии с законом». Последние слова истолковываются в швейцарской доктрине таким образом, что если соответствующее доказательство или средство его получения не запрещены, то они считаются разрешенными. Один из параграфов Базельского комментария к УПК Швейцарии символично озаглавлен «*Kein numerus clausus der Beweismittel*» («неисчерпывающий перечень доказательств»)⁸. М. Питт пишет, что против закрытого перечня высказываются и Послание Федерального собрания (согласно п. 1182, «все мыслимые доказательства пригодны, даже если они не или еще не закреплены в процессуальном законе»⁹), и Федеральный суд Швейцарии, и господствующая правовая доктрина¹⁰. В обоснование этого приводят довод, что за-

конодатель считает невозможным предвосхищать достижения технического прогресса¹¹.

Открытый перечень доказательств влечет важное практическое последствие — в швейцарской судебной практике сведения и материалы, собранные защитником, приобщаются к уголовному делу как раз со ссылкой на упомянутое выше правило: «*Kein numerus clausus der Beweismittel*». Одновременно с этим данные действия не должны совершаться в обход закона.

Пятая особенность. В компаративном отношении выделяют теорию формальной и свободной оценки доказательств. Большинство современных государств однозначно придерживаются второго подхода, однако в одних встречаются исключения из него, в других нет. Например, УПК РФ прямо указывает, что показания обвиняемого имеют меньшую юридическую силу, чем другие доказательства (ч. 2 ст. 77)¹². В уголовном процессе Швейцарии, напротив, принцип свободной оценки доказательств не знает каких-либо исключений.

Шестая особенность. В компаративном отношении можно выделить несколько законодательных подходов к вопросу о «теории плодов отравленного дерева» или, как пишет М. Питт, о дальности действия запретов доказывания¹³. Она состоит в том, что если недопустимое доказательство привело к получению новых потенциально допустимых доказательств, то они также автоматически становятся недопустимыми, ибо у отравленного дерева плоды тоже отравлены. В Германии закон умалчивает об этой научной теории («*die Früchte des verbotenen Baumes*»), а доктрина в целом ее отвергает¹⁴. В России она находит поддержку у некоторых авторов¹⁵, но в целом на практике не применяется (нам не известно ни одного случая, когда доказательство было бы исключено из уголовного дела с таким обоснованием). Напротив, данная теория занимает прочное место в англосаксонских странах («*fruit of poisonous tree doctrine*»)¹⁶. Поскольку в большинстве случаев речь идет о недопустимости доказательств стороны обвинения, она может быть рассмотрена как составная часть доктринального принципа благоприятствования защите.

В УПК Швейцарии «теория плодов отравленного дерева» нашла прямое законодательное закрепление. Согласно ч. 4 ст. 141, если доказательство, которое не может быть применено, привело к получению последующего доказательства, то оно также не может быть

⁶ См.: Wohlers W. Op. cit. S. 594.

⁷ Подробный анализ см.: Головкин Л. В. Указ. соч. С. 266—269.

⁸ См.: Gless S. Art. 139 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 932.

⁹ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (дата обращения: 05.09.2013).

¹⁰ См.: Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 144.

¹¹ См.: Pieth M. Op. cit. S. 144.

¹² Данный вывод следует из того, что, согласно УПК РФ, обвинительный приговор суда не может быть основан только на признании обвиняемым своей вины.

¹³ Подробнее см.: Золотых В. В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов н/Д., 1999.

¹⁴ См.: Beulke W. Strafprozessrecht. Augsburg, 2008. S. 91.

¹⁵ Подробнее см.: Золотых В. В. Указ. соч.

¹⁶ См.: Beulke W. Op. cit. S. 91.

применено, если его получение было бы невозможно без получения вышеуказанного доказательства. Например, обвиняемый после применения физического насилия рассказал, где лежат украденные вещи. Недопустимыми будут не только его показания, но и вещественные доказательства, полученные на основе сообщенной им информации. По смыслу данного Кодекса, не имеет значения, могли ли органы уголовного судопроизводства получить информацию о месте нахождения украденных вещей иным образом.

Седьмая особенность. В швейцарской доктрине и в УПК этой страны нам не удалось обнаружить упоминания о теории асимметрии, которая популярна в ряде других зарубежных правовых порядков. Она состоит в том, что к доказательствам защиты и обвинения должны предъявляться разные требования: в первом случае они мягче, чем во втором (опять же в силу принципа благоприятствования защите). Например, прокурор с нарушением норм УПК провел в жилище у обвиняемого обыск (допустим, без предварительного судебного решения или без понятых), в ходе которого никакие запрещенные предметы не были найдены и, возможно, даже были обнаружены доказательства, свидетельствующие о непричастности обвиняемого к преступлению. Получается, что суд должен признать такие доказательства защиты недопустимыми, так как они собраны с нарушением закона, однако это противоречило бы здравому смыслу. Обвиняемый не должен расплачиваться за ошибки органов уголовного судопроизводства и их недобросовестные действия. К тому же последние могли бы каждый раз при обнаружении оправдательных доказательств намеренно приводить их в негодность указанными выше способами.

До недавнего времени отдельные положения, относящиеся к теории асимметрии, были закреплены в некоторых кантональных УПК (отменены в связи с вступлением в силу в 2011 г. единого Уголовно-процессуального кодекса Швейцарии). Так, согласно ч. 2 ст. 217 УПК Санкт-Галлена, «доказательства фактов, неблагоприятных для обвиняемого, принимаются во внимание, если к полному убеждению суда они представлены таким образом, что их принятие во внимание в соответствии с законами человеческого разума представляется явной и неизбежной необходимостью». Заметим, что к оправдательным доказательствам такое требование законодатель этого кантона не предъявляет.

Можно предположить, что в настоящее время в рассматриваемом правовом порядке каждый раз вопрос об асимметрии решается индивидуально по усмотрению органов уголовного судопроизводства.

Восьмая особенность связана со швейцарским подходом к преюдиции. Данную категорию Кодекс не использует, однако устанавливает в ч. 2 ст. 139, что доказывание не ведется о фактах, которые несущественны, очевидны, известны органам уголовно-

го судопроизводства или уже доказаны в достаточной степени. В связи с этим в доктрине поднимается вопрос: имеют ли они преюдициальное значение, а также могут ли в уголовном процессе считаться доказанными факты, установленные в иных видах судопроизводства?

Н. Шмид пишет, что если в гражданском или административном процессе были выполнены гарантии при собирании и оценке доказательств, предусмотренные в УПК, то данные факты в уголовном судопроизводстве могут считаться установленными; то же самое касается и допустимости доказательств, собранных в иностранном уголовном процессе¹⁷. С. Глесс высказывает близкую точку зрения: факты, установленные в другом виде судебного процесса, могут считаться установленными для целей уголовного процесса, если они: 1) получены в ходе служебной деятельности официальных органов; 2) не связаны с фактами, предвещающими виновность лица в совершении преступного деяния¹⁸.

Мы видим, что швейцарский законодатель и доктрина этой страны весьма осторожно относятся к институту преюдиции, выдвигают жесткие требования, ограничивающие его рамки. В России, напротив, ст. 90 УПК, особенно после изменений, внесенных Федеральным законом от 29 декабря 2009 г.¹⁹ (по нашему мнению, эта реформа — «катастрофа преюдиции»), предусматривает широчайшие возможности по применению данного института и даже закрепляет его межотраслевой характер: сведения, установленные в уголовном²⁰, гражданском, арбитражном, административном процессе, признаются установленными без дополнительной проверки. Данный подход представляется глубокой ошибкой законодателя, так как никакой другой процесс, кроме уголовного, не сопряжен с существенными гарантиями реализации права обвиняемого на защиту (возможность пригласить бесплатного адвоката, не знающая исключений презумпция невиновности, участие понятых в ряде следственных действий и др.). Вопреки второму предложению ст. 90 УПК РФ, *de facto* такие сведения подчас объективно предвещают виновность лица, так как нередко относятся к отдельным элементам инкриминируемого ему состава преступления.

¹⁷ См.: Schmid N. Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich/St. Gallen, 2013. S. 313.

¹⁸ См.: Gless S. Op. cit. S. 939—940.

¹⁹ Напомним, что до этого момента акты судов по уголовным делам были обязательны при рассмотрении гражданских, арбитражных и административных дел, но не наоборот.

²⁰ Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 191-ФЗ введена оговорка, что не могут считаться преюдициальными факты, установленные в ходе судебного производства по результатам сокращенного дознания, а также в производстве при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением и производстве при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве.

Девятая особенность. УПК Швейцарии предъявляет к доказательствам только одно требование — допустимость (ст. 140—141), под которой, согласно закону, понимается «пригодность доказательств». Достоверность и относимость Кодекс специально не выделяет, так как речь идет о частных случаях их допустимости. Это означает, что если доказательство неотнормировано или недостоверно, то оно одновременно признается недопустимым. Категория достаточности данному УПК также неизвестна.

Вместе с тем швейцарская доктрина обстоятельно разработала учение о запретах доказывания (*Beweisverbote*), отражающих позицию законодателя, состоящую в том, что обязанность по установлению материальной истины имеет естественные границы²¹. М. Питт пишет, что в доктрине они были «каталогизированы»²², в связи с чем можно разграничить:

1) запреты в получении доказательств (*Beweiserhebungsverbote*):

а) запреты, связанные с темой доказательства (*Beweisthemenverbote*). В качестве примера М. Питт приводит ситуацию, в которой обстоятельства содержат сведения, являющиеся личной или государственной тайной, и в силу закона не могут быть разглашены²³;

б) запреты, связанные с методами получения доказательства (*Beweismethodenverbote*). Так, согласно ст. 140 УПК Швейцарии, средства принуждения, применение силы, угрозы (пример Д. Джозитша: «Если Вы не признаетесь, Вас заключат под стражу»²⁴), обещания («Если Вы признаетесь, Вас освободят из-под стражи»²⁵), введение в заблуждение («Признайтесь, Ваш соучастник уже признался», если это не соответствует действительности²⁶) и средства, которые могут причинить ущерб способности мыслить или свободе воли (гипноз, введение каких-либо специальных препаратов, стимулирующих лицо к даче правдивых показаний), при собирании доказательств запрещены. УПК прямо устанавливает, что такие методы недопустимы даже в том случае, если затрагиваемое лицо согласилось на их применение или просит об этом;

в) запреты, связанные со средствами доказывания (*Beweismittelverbote*); например, свидетелю вопреки предписаниям закона не предоставили право на отказ от дачи показаний;

2) запреты в применении доказательств (*Beweiswertungssverbote*). В Швейцарии существует, с одной стороны, строгий, а с другой — мягкий подход к недопустимости доказательств. Согласно ч. 1 ст. 141, если при получении доказательства нарушены предписания ст. 140 (текст приведен выше), то оно не может использоваться ни при каких обстоятельствах (так называемое абсолютное действие запрета в применении доказательств). Вместе с тем, согласно ч. 2 ст. 141, доказательства, которые органы уголовного судопроизводства получили уголовно-наказуемым способом или с нарушением предписаний о действительности, не могут применяться, за исключением случаев, когда это необходимо для раскрытия тяжких преступных деяний; доказательства, при собирании которых нарушены только административные предписания, допустимы (так называемое относительное действие запрета в применении доказательств).

Аналога п. 1 ч. 2 ст. 75 российского УПК, предусматривающего недопустимость показаний подозреваемого и обвиняемого, данных в ходе досудебного производства в отсутствие защитника и не подтвержденных им в суде, швейцарский Кодекс не содержит.

Десятая особенность. В отличие от УПК РФ (ст. 85) швейцарский Кодекс и доктрина этой страны выделяют не три, а два элемента доказывания: собирание и оценку доказательств. Их проверка не выделяется в качестве самостоятельного элемента, так как обычно представляет собой либо собирание новых доказательств, либо оценку уже имеющихся в деле. М. Питт наряду с собиранием и оценкой выделяет также использование доказательств²⁷ в качестве составного элемента доказывания. Например, речь идет об обосновании ими обвинительного или оправдательного приговора. Данный подход заслуживает внимания со стороны российской правовой доктрины. Вместе с тем уместно поставить вопрос: ведется ли доказывание при постановлении приговора или оно завершилось с окончанием судебного следствия?

Таким образом, швейцарский опыт может быть полезен при дальнейшем реформировании института доказывания в российском уголовном судопроизводстве с целью повышения его эффективности. Заслуживают внимания со стороны отечественного законодателя существующий в Швейцарии и в большинстве стран мира неисчерпывающий перечень доказательств в уголовном судопроизводстве, а также нормативное закрепление «теории плодов отравленного дерева».

²¹ См.: Wohlers W. Op. cit. S. 597—598.

²² См.: Pieth M. Op. cit. S. 146.

²³ Ibid.

²⁴ Jositsch D. Op. cit. S. 315.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ См.: Pieth M. Op. cit. S. 142.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Beulke W. Strafprozessrecht. Augsburg, 2008.

Gless S. Art. 139 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010.

Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009.

Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009.

Schmid N. Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich/St. Gallen, 2013.

Wohlers W. Art. 139 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010.

Головко Л. В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн. 11. М., 2009.

Золотых В. В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов н/Д., 1999.

Лазарева В. А. Доказывание по уголовным делам. М., 2009.