

СУД КАК СУБЪЕКТ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ ФРГ

Проблемы, связанные с институтом доказывания в уголовном процессе, всегда вызывали особый интерес ученых-процессуалистов в силу практической значимости путей их решения. Демократические преобразования российского уголовного процесса, следствием которых явилось принятие Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации, осуществляются в русле признания состязательного построения уголовного процесса как наиболее отвечающего современным тенденциям мировой политики в области защиты прав человека и гражданина.¹ Обращение к состязательности в качестве одного из фундаментальных оснований уголовного процесса современной России не могло не вылиться в пересмотр устоявшихся в науке советского уголовного процесса представлений о роли и назначении суда.²

В связи с изложенным представляется целесообразным исследование зарубежного опыта в аспекте тех функций, которыми наделен в иностранных государствах суд, осуществляющий производство по уголовным делам. При этом необходимо "сопоставлять профессионально грамотно родственные институты, сложившиеся в разных странах, искать и находить взаимоприемлемые решения".³

Специфическое положение по отношению к российскому уголовному процессу занимает уголовный процесс ФРГ. Прежде всего это связано с давними историко-культурными связями России и Германии, которые черпают свои истоки еще во времена царствования Петра I. Не случайно во многих современных исследованиях по уголовному процессу можно встретить указание их авторов на безусловную родственность и примечательное сходство уголовного процесса России и ФРГ.⁴ С этой точки зрения представляет интерес роль суда в ФРГ как субъекта доказывания.

Говоря о суде как субъекте доказывания, мы тем самым указываем, что на суд в процессе осуществления доказывания по уголовно-

* © Козлов М.А., 2002

му делу возлагается бремя доказывания (*onus probandi*), т.е. суд выступает в качестве субъекта обязанности доказывания.

Как известно, концепция бремени доказывания была подробно разработана еще в XIX веке в уголовно-процессуальной науке западноевропейских государств и принята в таком виде и российским уголовным процессом.

Изложение сути вышеуказанной концепции бремени доказывания мы можем встретить в трудах проф. И.Я.Фойницкого и проф. Л.Е.Владимирава.⁵ Отмечается, что “выражение “бремя или обязанность доказывания” употребляется в тройном смысле: в смысле правовой обязанности, формальной или материальной, или же в смысле обязанности фактической”.⁶

Формальное бремя доказывания представляет собой процессуальную обязанность, возлагаемую на сторону процесса, выдвинувшую требования. В случае непредставления доказательств по делу в пользу указанных требований последние в силу нормы процессуального закона удовлетворению не подлежат. При этом, как верно указывает Л.Е.Владимиров, “*onus probandi* как юридическая обязанность особого органа в процессе предполагает отделение власти обвинительной от судебной”.⁷

Господство формального бремени доказывания наблюдается в состязательном гражданском процессе, где оно целиком и полностью лежит на сторонах.

Материальное бремя доказывания заключается в обязанности доказывания той из сторон процесса, которая несет риск неудовлетворения ее процессуального интереса, если не будет установлено определенное обстоятельство дела либо оно будет установлено с недостаточной полнотой.

Фактическое бремя доказывания – это обязанность, носящая именно фактический характер и имеющая своим основанием, в отличие от обязанностей формальной и материальной, не предусмотренные законом правила доказывания, а действительное положение сторон в процессе. Фактическое бремя доказывания распределяется между сторонами в зависимости от самого хода процесса, которым вызывается их заинтересованность в том “чтобы суд принял или не принял то или иное обстоятельство как доказанное”.⁸

Таким образом, бремя доказывания как фактическая обязанность являет собой не что иное, как право стороны процесса доказывать то обстоятельство дела, которое представляется ей значимым для установления.

В настоящее время “в теории германского уголовного процесса высказан ряд соображений о неприменимости понятий формального, материального и фактического бремени доказывания”.⁹ При этом в обоснование своих позиций германские ученые-процессуалисты высказывают следующие соображения.

Формальное бремя доказывания отвергается по той причине, что оно присуще только состязательному процессу, т.е. процессу гражданскому, в то время как “в уголовном процессе ФРГ нет сторон и, следовательно, нет условий для реализации принципа состязательности”.¹⁰ Немецкий процессуалист Э.Шмидт отмечает, что обвинитель и обвиняемый не спорят перед судьей, а напротив, действует председательствующий, а потому не может идти речи о формальном бремени доказывания.¹¹

Не признается и бремя доказывания в материальном смысле. Так, Г.Генкель указывает на то, что, если “подсудимый и оправдан за недостаточностью доказательств, то это вовсе не означает “поражения” обвинителя”,¹² т.к. целью деятельности прокуратуры (*Staatsanwaltschaft*) в процессе вовсе не является каким бы то ни было образом доказать вину подсудимого (*Angeklagter*) и обеспечить его осуждение.

Бремя доказывания в смысле фактической обязанности также отвергается с указанием, что в этом случае “речь идет о реализации прав обвиняемого как субъекта процесса на защиту, а не о бремени доказывания”¹³

В результате, опираясь на изложенное, немецкие процессуалисты разработали так называемую концепцию обязанности доказывания. Такая обязанность целиком и полностью возлагается на суд. По этой причине в германском уголовном процессе при исследовании доказательств (*Beweisaufnahme*) “действует начало судебного руководства исследованием доказательств (*Instruktionsmaxime* или *Inkvisitionsprinzip*)”.¹⁴ Суть указанного принципа состоит в том, что “по этому началу суд в силу должностного положения для исследования истины должен распространять собирание доказательств на все факты и средства доказывания, значимые для дела”¹⁵

Для разъяснения данного положения необходимо обратить внимание на отдельные немаловажные моменты, помогающие правильно его понять.

Германское доказательственное право (*Beweisrecht*) покоится прежде всего на положениях §244 Уголовного процессуального кодекса ФРГ (*Strafprozeßordnung*), а именно – на части второй данного параграфа, которая гласит: “Для установления истины суд должен

по собственной инициативе распространить исследование доказательств на все факты и средства доказывания, имеющие значение для вынесения решения по делу”¹⁶ (здесь и далее перевод наш. – М.К.).

Таким образом, из приведенной формулировки видно, что в германском уголовном процессе истина является целью доказывания (*Beweisziel*), а суд выступает в качестве гаранта ее установления, в связи с чем законом ему даровано ничем не ограниченное право активного участия в исследовании доказательств, в т.ч. в их собирании. При этом ни один другой участник судебного разбирательства не может сравниться с судом в своих возможностях при осуществлении доказывания (*Beweis*) по уголовному делу.

Кроме того, следует обратить внимание на одну неточность, встречающуюся в российской литературе при анализе германской теории доказательств.

Она заключается в указании на такой принцип немецкого уголовного процесса как принцип обязанности исследования всех обстоятельств уголовного дела со ссылкой на часть вторую §244 УПК ФРГ. При этом поясняется, что указанный принцип означает, что суд по долгу службы (*ex officio*) “сам обязан исследовать все обстоятельства дела и при этом не связан ходатайствами и объяснениями участников процесса”.¹⁷ Однако указанное утверждение (формально верное) вводит в заблуждение относительно того начала, которое действует в уголовном процессе Германии при возложении на суд обязанности по установлению истины.

Речь идет о том, что в УПК ФРГ при формулировке нормы части второй §244 (как, впрочем, и при конструировании иных норм) используются отдельные латинские термины, существующие как отголоски влияния римского права и несущие совершенно определенную смысловую нагрузку. Так, в рассматриваемой статье законодатель применил такой латинский термин как *proprio motu*. Данное выражение имеет единственно возможный правильный перевод и означает: “по собственному желанию (побуждению)”¹⁸ или, что более привычно с точки зрения российской юридической терминологии, – “по собственной инициативе”.

В свою очередь, термин *ex officio* используется в УПК ФРГ наряду с термином *proprio motu*, но выступает по отношению к последнему в качестве выражения противоположного по смыслу, поскольку он переводится именно так, как указывают российские авторы, т.е. его смысл сводится к указанию на долг службы, на обязательность для соответствующего участника уголовного процесса совершения оп-

ределенного рода действий в силу его должностного положения. Иначе говоря, суд, собирающий доказательства *ex officio*, вынужден их собирать, исполняя тем самым лежащую на нем обязанность, не имея права самостоятельного определения нуждаемости в тех или иных фактах для вынесения правильного решения по делу. Такому суду, действительно, не требуются ходатайства со стороны участников процесса об истребовании и представлении в суд дополнительных доказательств.

Учитывая изложенное, требуется отметить, что германский суд, собирая доказательства (*Beweismittel*), обладает автономией воли, а потому свободен в принятии решения о сборе дополнительных доказательств и тем самым определяет, с одной стороны, необходимость получения дополнительной информации в целях установления истины, т.е. момент ее достижения, а с другой стороны, – меру своей активности при исследовании обстоятельств уголовного дела.

Только так можно объяснить тот факт, что германские суды на практике не проводят самостоятельных действий по исследованию доказательств, желая избежать лишних сложностей при рассмотрении дела. Расширение доказательственной базы происходит благодаря ходатайствам, которые заявляют участники судебного заседания.¹⁹ Такая пассивность суда, по всей видимости, объясняется также тем, что он “руководствуется в своих действиях соображениями поддержания стабильности и надежности в жизни и праве”.²⁰

Кроме того, необходимо отметить, что по своей распространенности в тексте УПК ФРГ термин *proprio motu* превосходит термин *ex officio* почти в два раза, что свидетельствует о явном преобладании в германском уголовном процессе диспозитивного начала над публичным.²¹

В то же время несмотря на диспозитивно-правовую регламентацию судейского активизма при исследовании доказательств, наблюдается превращение функции судьи в собственном смысле (т.е. функции разрешения дела) в некий гибрид данной функции с функциями защиты и обвинения. При этом заметен значительный перекося в сторону функции обвинения в деятельности суда.

Указанная особенность судебной стадии германского уголовного процесса ярко выражена в правиле, содержащемся в части I §238 УПК ФРГ “Руководство судебным разбирательством”, которое гласит следующее: “Председательствующий руководит судебным разбирательством, допрашивает подсудимого и исследует доказательства”.

Руководствуясь данным правилом, председательствующий “под свою ответственность приводит все доказательства, служащие обвинению, изобличению или оправданию подсудимого”.²² Однако, хотя обязанность доказывания в полном объеме возлагается на суд, это, разумеется, не приводит к исчезновению функций обвинения и защиты.

В соответствии с § 151 УПК ФРГ действует принцип связанности суда обвинением, выдвинутым прокуратурой (*Anklagegrundsatzprinzip* или *Akkusationsprinzip*). Суть этого принципа заключается в том, что суд при вынесении приговора связан тем обвинением, которое было выдвинуто прокурором на досудебной стадии. “Действует начало: нет обвинителя – нет судьи ... При соблюдении указанного принципа уголовный процесс требует участия двух лиц: обвинителя и судьи, который не является обвинителем”.²³

Однако в действительности складывается иная, недопустимая с точки зрения демократического уголовного процесса ситуация, когда в стадии судебного разбирательства функцию обвинения осуществляют одновременно два субъекта, которые по своей процессуальной природе призваны выполнять разнородные функции. Так, в уголовном процессе ФРГ в качестве одного из его принципов рассматривается принцип уголовного преследования государством или официальный принцип, закрепленный в части 1 §152 УПК ФРГ. “По действующему праву этот принцип означает обязанность, а не только право государства преследовать преступника, причем эту функцию исполняют не только прокуратура и полиция, но и суд”.²⁴

Ради справедливости требуется заметить, что и прокуратура в стадии судебного разбирательства занимает довольно специфическое положение, связанное с существенным ограничением прав на реализацию имманентной ей функции обвинения.

Так, согласно упоминавшемуся ранее §151 УПК ФРГ “Начало судебного следствия должно быть обусловлено выдвижением публичного обвинения”. Публичное обвинение формируется прокуратурой, и именно на ней, в соответствии с положениями немецкой уголовно-процессуальной доктрины, в стадии предварительного расследования (*Ermittlungsverfahren*) лежит обязанность доказывания. Однако деятельность прокуратуры как обвинителя заканчивается выдвижением публичного обвинения (*alleinige Anklagebefugnis*), “поскольку после возбуждения публичного обвинения господство в процессе переходит судье”.²⁵ В стадии основного разбирательства (*Hauptverfahren*) “прокурор только представляет обвинение в соот-

ветствии с §226, 243 УПК, т.е. зачитывает формулу обвинения из обвинительного акта, оглашает определение суда об изменении обвинения, если такое производилось в стадии предания суду, выступает в роли “стража закона”.²⁶ Таким образом, из-за того, что деятельность прокуратуры в судебном разбирательстве ограничивается лишь перечисленным и “не связана с изобличением подсудимого, то функция обвинения неизбежно переходит к суду, т.е. происходит совмещение обвинительной и судебской функции”.²⁷

Возвращаясь к упоминавшемуся ранее тезису об отсутствии в уголовно-процессуальном праве Германии понятия “сторон” и связанному с этим отрицанием состязательности, следует осветить взгляды германских ученых-процессуалистов на правовую природу прокуратуры.

В отличие от Конституции Российской Федерации, германский Основной закон не упоминает прокуратуру. Согласно же §141 Закона о судеустройстве (*Gerichtsverfassungsgesetz*) “При каждом суде должна находиться прокуратура”. Данная норма критикуется в немецкой науке и вызывает острую полемику относительно принадлежности прокуратуры к определенной ветви власти. По господствующему мнению прокуратура рассматривается как институт особого рода – “как подчиненный судебной власти орган правореализации”.²⁸ Такая позиция самым непосредственным образом сказывается на определении места прокуратуры в уголовном процессе. Господствующим мнением считается то, что прокуратура не является стороной в уголовном процессе, а, в большей степени, представляешь собой “страж закона”,²⁹ что обосновывается положениями §162 и ч. 2 §296 УПК ФРГ. Так, в силу §162 УПК, прокуратура обязана собирать как обвиняющие, так и оправдывающие обвиняемого доказательства, а в соответствии с ч. 2 §296 УПК прокуроры могут опротестовывать приговоры в пользу обвиняемого.

Существуют два принципа, на основании которых строятся взаимоотношения между прокуратурой и судом, отражающие степень способности прокуратуры распоряжаться обвинением. Такими принципами выступают принцип законности (*Legalitätsprinzip*) и принцип целесообразности (*Opportunitätsprinzip*).

По смыслу первого из указанных принципов прокурор в соответствии со своим должностным положением обязан возбудить уголовное дело “в каждом случае при наличии признаков преступления и поддерживать государственное обвинение, пока для этого есть достаточные основания”,³⁰ вне зависимости от собственного усмотрения.

Согласно второму принципу, прокурор по своему усмотрению возбуждает уголовное преследование, поддерживая обвинение в суде, определяет его объем, обладает правом отказа от обвинения “(при этом суд обвинителя не контролирует и связан его позицией)”.³¹

В уголовном процессе ФРГ действуют оба обозначенных принципа, при этом следует учитывать, что принцип целесообразности ограничивает и дополняет принцип законности, и находит свое выражение в УПК ФРГ прежде всего в положениях § 153, предусматривающего право прокуратуры прекращать дела о менее тяжких уголовно наказуемых деяниях.

Подчиненное положение обвинения и защиты по отношению к суду сказывается и на статусе защитника в немецком уголовном процессе.

Большой популярностью пользуется точка зрения, рассматривающая защитника как орган уголовного судопроизводства (*Organ der Strafrechtspflege*) и определяющая, таким образом, цель защиты в уголовном процессе. Она заключается “в усилении гарантий отыскания истины и в правильном разрешении уголовного дела. Целью защиты не является исключительно одностороннее представительство интересов обвиняемого, она состоит в широком смысле в выполнении общественных задач”.³² По этой причине защитник, являясь служителем права, не противопоставляет себя прокуратуре и суду, а действует с ними сообща в целях достижения истины по делу.

Опасность изложенной точки зрения очевидна. Подобная теория сильно сужает пределы деятельности защитника, возлагая на последнего не свойственные ему обязанности, т. к. обязанность участвовать в отыскании истины может означать также обязанность участия в отыскании истины во вред своему подзащитному.

Совершенно особой проблемой является соотношение практики Европейского суда по правам человека и практики германских уголовных судов, включая Верховный суд ФРГ (*Bundesgerichtshof* – BGH).

Речь в данном случае идет прежде всего о нарушении тем или иным образом немецкими судами статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года, устанавливающей право на справедливое судебное разбирательство. В пункте 1 указанной статьи говорится о независимом и беспристрастном суде, что толкуется как право на справедливое судебное разбирательство на основе состязательности.³³ В условиях несостязательного построения уголовного процесса невозможно представить беспристрастный суд. В германском же уголовном процессе, отрицающем стороны

и, соответственно, состязательность, суд, как было показано ранее, далек от роли беспристрастного арбитра спора сторон процесса.

Учитывая изложенное, можно сделать вывод, что германский уголовный процесс, являющийся по своей природе несостязательным, предопределил наделение суда обширными возможностями по участию в доказывании, в т. ч. в собирании доказательств. Но, что более настораживает и удерживает от прямого заимствования опыта Германии в рассматриваемой сфере, так это то, что наделение суда полномочиями по доказыванию одновременно сопровождается значительным ущемлением прав участников процесса. Ограничения в равной степени испытывают и публичный обвинитель, и, что в особенности важно, защитник, т. к. функция защиты во многом принимается на себя судом, что существенно ограничивает деятельность защитника и отводит ему роль органа уголовного судопроизводства.

В то же время нельзя не отметить несомненную разумность самой идеи активности суда в ходе разбирательства уголовного дела, в соответствии с которой строятся судебные стадии в германском уголовном процессе. Безусловно, речь не должна идти о такой степени активности, когда суд становится единственным субъектом доказывания, а границы судейского усмотрения не определены. Тем не менее представляется вполне целесообразным и обоснованным участие суда в доказывании (прежде всего в собирании доказательств) в целях более полного установления обстоятельств и правильного разрешения уголовного дела и в рамках, не наносящих ущерба состязательному построению судопроизводства.

Примечания

¹ См. например: Михайловская И. Б. Судебные стадии в уголовном процессе // Судебная реформа: Проблемы и перспективы. М.: ИГПРАН, 2001. С.117-119; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. СПб.: Наука, ООО "Издательство "Альфа"", 2000. С.3-12, 18-25; Смирнов В.П. Проблемы состязательности в науке российского уголовно-процессуального права // Государство и право. 2001. №8. С.51-59; Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. СПб.: Изд-во "Юридический центр Пресс", 2001. С. 8-39.

² См. например: Петрухин И. Л. О реформе уголовного судопроизводства // Судебная реформа: проблемы и перспективы. М.: ИГПРАН, 2001. С.105-106; Уголовный процесс. Учебник / Под редакцией И. Л. Петрухина. М.: ПБОЮЛ Грачев С.М., 2001. С.159; Флетчер Дж., Наумов А. В. Основные концепции современного уголовного права. М.: Юрист, 1998. С.49-52; Черкасова Н.Ю. Активность суда и проблемы состязательности при рас-

смотрении уголовных дел // Правовые формы и эффективность доказывания по уголовным делам: Межвузовский сборник научных статей. Самара: Изд-во "Самарский университет", 1996. С. 92-100; Шейфер С.А. Нуждается ли в пересмотре традиционное представление о доказывании? // Там же. С. 41-50; Его же. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти: Волжский университет им. В.Н.Татищева, 1997. С.13-20.

³ Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств: Учебное пособие. М.: ИКД "Зеркало-М", 2001. С. VII.

⁴ См.: Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. М.: Спарк, 2001. С.704-705; Смирнов А.В. Состязательный процесс. СПб.: Альфа, 2001. С.178, 219; Филимонов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. Монография. М.: Спарк, 1994. С.3.

⁵ См.: Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах Тула: Автограф, 2000. С.149-175; Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: В 2-х т. Т. II. СПб: Альфа, 1996.

⁶ Фойницкий И. Я. Указ. соч. Т. II. С.206.

⁷ Владимиров Л. Е. Указ. соч. С.149.

⁸ Фойницкий И. Я. Указ. соч. С.207.

⁹ Филимонов Б. А. Указ. соч. С.48.

¹⁰ Гуценко К. Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Указ. соч. С.405.

¹¹ Филимонов Б. А. Указ. соч. С.48.

¹² Там же. С.49.

¹³ Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б.А. Указ. соч. С.405.

¹⁴ Жалинский А., Рёрихт А. Указ. соч. С.740.

¹⁵ Там же.

¹⁶ См.: *Criminal Procedure Code (Strafprozessordnung, StPO)* // <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm>. Далее ссылки на данный текст УПК ФРГ приводятся без указания на источник.

¹⁷ Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Указ. соч. С.390, 436.

¹⁸ Сомов В. По-латыни между прочим: Словарь латинских выражений. М.: ГИТИС, 1992. С.103.

¹⁹ См.: Жалинский А., Рёрихт А. Указ. соч. С.716, 740.

²⁰ Барак Аарон. Судейское усмотрение. М.: НОРМА, 1999. С.194.

²¹ Аналогичное описанному ранее смешению терминов *ex officio* и *proprio motu* наблюдается в работах А.В.Смирнова. Так, им отмечается, что "... суд *ex officio* арестовывает или продлевает арест обвиняемому или помещает его в психиатрическую больницу (п. 4 § 208 УПК)" // Смирнов А. В. Указ. соч. С.188. В действительности, следует ссылаться на пункт 4 §207 УПК (§208 исключен из УПК ФРГ) в котором используется термин *proprio motu*.

²² Филимонов Б. А. Защитник в германском уголовном процессе. М.: Спарк, 1997. С.56.

²³ Жалинский А., Рёрихт А. Указ. соч. С.712-713.

²⁴ Там же. С. 712.

- ²⁵ Филимонов Б. А. Защитник в германском уголовном процессе. С.56.
- ²⁶ Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Указ. соч. С.405-406.
- ²⁷ Филимонов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. С.50-51.
- ²⁸ Жалинский А., Рёрихт А. Указ. соч. С.242. Подобная организация прокуратуры имела место и в СССР. См. об этом: Прокурорский надзор: Курс лекций и практикум / Под ред. проф. Ю.Е.Винокурова. М.: Экзамен, 2000. С.44-48.
- ²⁹ Там же. С.243, 716.
- ³⁰ Петрухин И. Л. Прокурорский надзор и судебная власть: Учебное пособие. М.: Проспект, 2001. С.65.
- ³¹ Там же.
- ³² Филимонов Б. А. Защитник в германском уголовном процессе. С. 28-29.
- ³³ См.: Пахелли (Pakelli) против Федеративной республики Германия. Решение Европейского суда по правам человека от 25 апреля 1983 года // Справочная правовая система "Гарант". Гарант 5.1.

*А.А.Юрочкин **

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОНЯТИЯ "СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ" И ЕЕ МЕСТА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Судебная реформа, проводимая в нашей стране, получила новый импульс в результате принятия 22 ноября 2001 года Государственной Думой Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации¹. Отмечая, в целом, позитивный характер этого события, заметим, что новый УПК, на наш взгляд, оставил многие проблемы не разрешенными. Так, по нашему мнению, в новом процессуальном законе отражен не совсем точный подход к определению понятия "состязательности", свидетельствующий о незавершенности научной дискуссии по этому вопросу.

Новый уголовно-процессуальный кодекс РФ, в отличие от УПК РСФСР, закрепил понятие состязательности применительно к уго-

* © Юрочкин А.А., 2002