

Научная статья  
УДК 347.97

doi: 10.17223/23088451/19/21

## МЕРЫ ПРИНУЖДЕНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ ГЕРМАНИИ, АВСТРИИ, ШВЕЙЦАРИИ И ЛИХТЕНШТЕЙНА: ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ

Александр Анатольевич Трефилов

*Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия, trefilovaa1989@gmail.com*

**Аннотация.** На основе нормативных и доктринальных источников рассматривается историческое развитие института мер процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве немецкоязычных государств на примере классических правовых памятников, а также современных кодификаций XIX–XX в. Изначально система мер принуждения выглядела в данных правовых порядках достаточно примитивной и архаичной (например, в период действия Саксонского зеркала 1230 г.), однако со временем начала усложняться, в ней выделились общая и особенная часть.

**Ключевые слова:** меры процессуального принуждения, задержание, заключение под стражу, домашний арест, привод, подписка о невыезде, обвиняемый, права личности, судебный контроль, Каролина, Терезиана

**Для цитирования:** Трефилов А.А. Меры принуждения в уголовном процессе Германии, Австрии, Швейцарии и Лихтенштейна: историческое развитие // Уголовная юстиция. 2022. № 19. С. 117–125. doi: 10.17223/23088451/19/21

Original article

doi: 10.17223/23088451/19/21

## MEASURES OF COERCION IN THE CRIMINAL PROCEDURE IN GERMANY, AUSTRIA, SWITZERLAND, AND LICHTENSTEIN: HISTORICAL DEVELOPMENT

Aleksandr A. Trefilov

*Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation, trefilovaa1989@gmail.com*

**Abstract.** Based on normative and doctrinal sources, the author examines the historical development of procedural coercion measures in the criminal proceedings of the German-speaking states on the example of classical legal monuments and modern codes of the 19th–20th centuries. Initially, the system of coercive measures in these legal orders looked rather primitive and archaic (for example, during the period of the Saxon Mirror of 1230), but over time it began to become more complicated, a general part and a special part separated in it. In the states under consideration, there is a tendency to expand the list of measures of procedural coercion, to establish additional guarantees of the rights and freedoms of the person to whom they apply. An analysis of the Carolina of 1532 shows that the legislator sought to clearly regulate the grounds and conditions for choosing a measure of coercion in the form of detention for the accused, since this form most seriously interferes with the sphere of their personal rights. The Theresiana of 1769 for the first time provided for house arrest, which was used along with imprisonment in a fortress and in prison. In the transition from an inquisitorial criminal procedure to a mixed one, coercive measures become the object of judicial control. The legislator seeks to find a balance between the interests of the accused and the interests of justice in criminal cases. This article may be useful to anyone interested in criminal proceedings and in the history of the state and law of foreign countries.

**Keywords:** measures of procedural coercion, detention, remand, house arrest, compulsory attendance, recognizance, accused, rights of individual, judicial control, Carolina, Theresiana

**For citation:** Trefilov, A. A. (2022) Measures of coercion in the criminal procedure in Germany, Austria, Switzerland, and Lichtenstein: Historical development. *Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*. 19. pp. 117–125. (In Russian). doi: 10.17223/23088451/19/21

Меры принуждения – древнейший процессуальный институт, возникший вместе с первыми памятниками права. Он существовал даже в те исторические эпохи, когда еще строго не разграничивались уголовное и гражданское судопроизводство. Это связано с тем, что принуждение – важный признак любого государства, ибо оно не может осуществлять свои функции, в том

числе по отправлению правосудия, исключительно методом убеждения\*.

\* Вспомним, что в Дигестах Юстиниана содержался титул III кн. 2, озаглавленный «Если кто-либо не подчинится лицу, производящему суд» [1. С. 199–201]. Законодатель в данном случае не использует понятие «меры принуждения», но подразумевает его.

В этой связи понять современное состояние данного правового института и выявить основные тенденции его развития позволяет применение историко-правового метода.

В качестве общего замечания отметим, что Саксонское зеркало 1230 г. действовало не только в Саксонии, но и во многих других немецких землях. Каролина 1532 г. имела юридическую силу на территории нынешней Германии, Швейцарии, Лихтенштейна и в других землях, входивших в состав Священной Римской империи. Терезиана 1769 г. применялась не только в Австрии, но и в Богемии. При этом данные правовые памятники оказали влияние на развитие законодательства даже тех стран, в которых они не действовали.

Проанализируем историческое формирование современной системы мер принуждения в уголовном процессе Германии, Австрии, Швейцарии и Лихтенштейна.

**§ 1. Меры принуждения в состязательно-обвинительном процессе.** Памятники средневекового раннефеодального права, действовавшие в немецких землях, содержат указание на различные меры принуждения. Рассмотрим данный институт на примере Саксонского зеркала (*Sachsenspiegel*) 1230 г., «глубокие и прогрессивные идеи которого с учетом их дальнейшего развития сохранили свое значение для ряда последующих эпох» [2. С. 5]. В отдельных немецких землях оно действовало более 600 лет.

**Привод** применялся в случае задержания лица с полным (§ 1 ст. 66 кн. 1 ч. 1). Уклонение от явки на заседание суда влекло не только привод, но и наложение денежного взыскания (штрафа). Последняя мера принуждения применялась также к лицам, которые «на суде говорят или действуют противоправно» (§ 1 ст. 53 кн. 1 ч. 1). По сути, речь идет о привлечении данных лиц к процессуальной ответственности.

**Залог** регламентируется в Саксонском зеркале более подробно: «Кто не уплатит штраф и возмещение в надлежащий срок, у того судебный исполнитель должен взять залог и этот залог немедленно обратить на покрытие штрафа или возмещения или продать залог» (§ 3 ст. 53 кн. 1 ч. 1). Как мы видим, данная норма устанавливает основания для обращения взыскания на соответствующее имущество.

«Лен (земельное владение) должен служить залогом в обеспечение штрафа» (п. 9 гл. 2 ч. 2). Таким образом, подчеркивается, что меры принуждения могут быть направлены на обеспечение исполнения не только процессуальных обязанностей, но и обвинительного приговора суда.

Обратим внимание, что одни и те же статьи регламентировали институт залога в уголовном и гражданском процессе. Правда, последние еще не строго различались.

**Поручительство** во времена Саксонского зеркала рассматривалось в первую очередь как альтернатива заключению под стражу: «Если рассмотрение жалобы по обвинению арестованного будет отложено до следующего судебного дня, то его нужно освободить под поручительство» (§ 3 ст. 9 кн. 2 ч. 1 ч. 1). По смыслу закона замена более строгой меры принуждения на

более мягкую была обязательной. Также оговаривалась невозможность применить поручительство, если обвиняемый был задержан непосредственно на месте преступления (*in flagrante delicto*).

**Иные меры принуждения.** В Саксонском зеркале фрагментарно описаны полномочия судебного исполнителя, который «имеет право брать обеспечение, арестовывать, налагать запрещение в отношении любого человека и его имущества» (§ 2 ст. 56 кн. 3 ч. 1). «Его право – разрешить каждому десятому преступнику, который должен быть осужден, освободиться за выкуп» (§ 3 ст. 56 кн. 3 ч. 1)\*. В данном перечне, помимо залога, можно усмотреть заключение под стражу и запрет совершения определенных действий.

Анализ мер принуждения по Саксонскому зеркалу позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, в ранний период состязательно-обвинительного уголовного процесса нормы, относящиеся к данному правовому институту, излагались кратко и с высокой степенью обобщения. Не предусмотрены общие условия избрания мер принуждения и не обозначен четкий круг лиц, к которым они могут быть применены.

Во-вторых, в системе мер принуждения центральное место занимают привод, залог и поручительство. Упоминаются также заключение под стражу (арест) и запрет совершения определенных действий, но отсутствуют нормы, которые бы их регламентировали. Весьма интересно, что мягкие меры принуждения урегулированы подробно, а наиболее строгие – лишь названы, но не конкретизированы.

В-третьих, данный правовой памятник не упоминает подписку о невыезде и надлежащем поведении, домашний арест, а также меры принуждения, рассчитанные на отдельные категории лиц, в отношении которых ведется производство по делу (наблюдение командования воинской части, присмотр за несовершеннолетним обвиняемым).

**§ 2. Меры принуждения в инквизиционном процессе.** Поскольку с переходом от состязательно-обвинительного уголовного процесса к инквизиционному возрастает значение публичного начала судопроизводства, меры принуждения, применяемые государством при отправлении правосудия, начинают регулироваться более подробно и обстоятельно.

Ценным источником для изучения мер принуждения в период раннего инквизиционного уголовного процесса является «Молот ведьм» (*Hexenhammer*) 1468 г. – наиболее известная средневековая работа по демонологии. В данном литературном произведении среди прочего Яков Шпренгер и Генрих Инститорес подробно описывают уголовные дела того времени, затрагивая интересующие нас вопросы. Действие книги разворачивается преимущественно на территории современной Германии и Швейцарии.

Каролина (*Peinliche Gerichtsordnung*) 1532 г. была принята в период расцвета средневекового инквизиционного уголовного судопроизводства. По словам про-

\* Не до конца понятно, в данном фрагменте идет речь об освобождении от меры принуждения или от уголовного наказания.

фессора Тюбинского университета Александр Бехтеля, она «одновременно представляет собой и кодекс, и учебник по уголовному праву и уголовному процессу» [3. С. 641]. Институт мер принуждения занимает в ней далеко не последнее место.

Уголовное уложение Марии Терезии, или Терезиана (*Constitutio Criminalis Theresiana*) 1769 г., – правовой акт, изданный в поздний период развития инквизиционного уголовного процесса. К этому времени основные институты судопроизводства, в том числе меры принуждения, приобретают завершённую форму. Во многом Терезиана также похожа на учебник для судей (например, в ст. 3 приводятся примеры к различным правовым институтам)\*. К настоящему моменту она не переведена на русский язык, но доступна для анализа на латыни и на австрийском диалекте немецкого языка.

Поскольку Каролина и Терезиана не используют категорию «меры принуждения», профессор Александр Бехтель считает более уместным вести речь об «обеспечительных механизмах» (*Sicherungsmechanismen*) [4. С. 26]. Тем не менее в данной статье мы будем использовать современную терминологию, привычную российскому читателю.

**Заключение под стражу** занимает центральное место в системе мер принуждения во всех трех рассмотренных выше источниках, что вполне соответствует общей логике инквизиционного уголовного процесса.

**I. Основания для заключения под стражу и его цели.** Каролина устанавливает, в каком случае можно заключить лицо под стражу: «...если кто-либо будет опорочен дурной молвой или другими заслуживающими доверия доказательствами...» (ст. 6); при этом требовались «доброкачественные доказательства, признаки истины, подозрения и улики преступления» (ст. 18). Подчеркивается, что в силу публичного характера уголовного процесса заключение под стражу происходит *ex officio* (*von Amtes wegen*), т.е. по долгу службы. При этом законодатель делает акцент не только на основаниях заключения под стражу, но и на условиях, при наличии которых к нему перед этим могла быть применена пытка (ст. 18, 21, 23, 27, 28 и др.).

Терезиана, не вдаваясь в подробности, в ст. 25 § 11 лаконично предусматривала: «...поскольку обвинения против определенного лица обоснованы, суд, имея на то веские основания, в целях предосторожности предписывает заключение лица в тюрьму» (*zur gefänglichen Verhaftung*). Такие основания не требовались, если обвиняемый «сбежал из страны, является бездельником или другим плохим человеком» (*Landlaufer, Faulenzer, oder in anderweg schlechte, und dergleichen Person*), а также если он обвинялся ранее и уже был наказан (ст. 25 § 14). Следовало максимально осторожно применять данную меру принуждения «к человеку честному, благовоспитанному, дворянского происхождения или имеющему гражданский статус» (ст. 25 § 15). Несложно заметить в данных нормах нарушение равенства всех перед зако-

ном и судом, которого, впрочем, и не могло быть в условиях сословного строя эпохи позднего феодализма.

Любопытно, что хотя основатель классической школы уголовного права Чезаре Беккариа критиковал инквизиционный уголовный процесс, он предлагал установить основания задержания и заключения под стражу весьма близкие к тем, которые предусматривали Каролина и Терезиана: «Народная молва, побег, внесудебное признание, признание сообщника в преступлении, угрозы и постоянная вражда с потерпевшим и тому подобные улики...» [6. С. 131]. Этническая немка Екатерина II, продолжая в «Наказе...» цитату Беккариа, добавляет: «...самое действие преступления и другие подобные знаки довольную могут подать причину, чтобы взять гражданина под стражу» [7. С. 51].

Авторы «Молота ведьм», повествуя о мерах принуждения, указывают основную цель заключения под стражу: «Если судья будет действовать вышеуказанным способом при судопроизводстве и обвиняемую заключит в тюрьму на некоторое время, при отсутствии очевидных улик, но при наличии сильного подозрения, то она, сломленная тяжким заключением, признается. Такое поведение судьи можно назвать справедливым». Заметим, что в данном фрагменте ничего не сказано о воспрепятствовании побегу, воздействию на свидетелей, уничтожению доказательств и т.д. Заключение под стражу имело главную цель – побудить виновного признать свою вину.

**II. Укрепление законности при заключении под стражу.** Автор Каролины с сожалением констатирует, что «иной раз также власти без достаточных улик хватают и сажают в тюрьму\*\* честных людей, ранее не опороченных и не имеющих дурной славы, и действуют при таких арестах наскоро и опрометчиво» (ст. 318). Следственным судьям дается указание прекратить подобную практику. Таким образом, подчеркивается недопустимость произвольного заключения под стражу без учета фактических обстоятельств дела, серьезности подозрений и имеющихся доказательств.

Терезиана также предостерегает правоприменителя от произвольных арестов, чтобы «честный и невиновный человек не был вовлечен в расследование (дословно: “в инквизицию”) и заключен под стражу с ущербом для его чести» (ст. 25 § 12). При избрании меры принуждения следовало в особенности учитывать статус, достоинство, репутацию лица (ст. 25 § 13).

Осуждая практику произвольных арестов, женеvский и французский мыслитель Жан-Жак Руссо последовательно проводит мысль о необходимости соблюдения установленной законом процедуры заключения под стражу (наличие приказа, весомые доказательства вины и т.д.) и эмоционально осуждает «отвратительное право совершать аресты без соблюдения соответствующих формальностей» [8. С. 374]. В контексте его учения необоснованное заключение под стражу ставит под

\* Любопытно, что Мария Терезия требовала устранять из НПА все, что «чуждо для языка законодателя, а произносится с университетской кафедры, как то: определения, классификации и тому подобное» [5. С. 342–343].

\*\* Каролина понятию не разграничивает категории «следственный изолятор» и «тюрьма», обозначая их *das Gefängnis*. В данном правовом памятнике нет указаний на необходимость раздельного содержания лиц, обвиняемых в совершении преступления, и лиц, ранее осужденных.

сомнение демократическое устройство государства и представляет собой акт произвола и тирании, дающий народу право на сопротивление угнетению, вплоть до расторжения общественного договора.

**III. Советы законодателя, как избежать заключения под стражу.** Каролина, руководствуясь благими намерениями, дает простые рекомендации подданным Священной Римской империи, как не оказаться под стражей и не подвергнуться пыткам: «Надлежит избегать не только совершения преступления, но и самой видимости зла, создающей дурную славу или вызывающей подозрения в преступлении. Тот, кто не делает этого, является сам причиной собственных страданий» (ст. 61). Иначе говоря, нужно тщательно заботиться о своей репутации, быть добропорядочным человеком, заслужить уважение окружающих, прилагая для этого все необходимые усилия.

Данная норма, с одной стороны, отрицает презумпцию невиновности и исходит из возможности объективного вменения, с другой – доброжелательно и заботливо подсказывает, как по ошибке не попасть в орбиту уголовного судопроизводства, в его жернова.

«Молот ведьм» и Терезиана не дают подобных рекомендаций.

**IV. Заключение под стражу потерпевшего и других лиц.** Законодатели Древнего мира и Средних веков допускали возможность заключения под стражу не только обвиняемого. Например, эдикт короля Теодориха Остготского (конец V – начало VI в.) устанавливал: «Вплоть до окончания суда и обвиняемый, и *обвинитель* содержатся под одинаковой охраной. Исключения составляют мелкие преступления, при которых должен быть представлен поручитель, а также, если обвиняемый – знатное или высокопоставленное лицо» (ст. 13) [9. С. 453]. Таким образом, законодатель дифференцировал применение наиболее строгой меры принуждения в зависимости от категории преступления и от социального положения лица, в отношении которого ведется производство по делу.

Каролина обстоятельно рассматривает ситуацию, когда заявитель (потерпевший)\* требует заключить другого человека под стражу. В этом случае на него возлагалась обязанность «предоставить прямые улики и подозрения в совершении преступления, влекущем уголовные наказания» (ст. 11). Такой заявитель в условиях инквизиционного уголовного процесса сам рисковал отправиться в места лишения свободы, поскольку его могли туда поместить вместе с обвиняемым. По всей видимости, цель данной нормы – предотвратить заведомо ложные доносы, а также обеспечить полное равенство данных участников уголовного процесса.

Если рассмотренная выше норма предполагает заключение заявителя (потерпевшего) под стражу в качестве альтернативного варианта развития событий, то следующая за ней ст. 12 предусматривает *обязательность* его

ареста: «Как только обвиняемый будет заключен в тюрьму, заявитель или его уполномоченный *должен быть взят под стражу*, доколе он не представит надлежащие залог, имущество и обеспечение поручительства, которое, как будет ниже сего указано, судья и четыре шеффена признают достаточным, соответственно обстоятельствам дела и достоинству обоих лиц». При буквальном толковании этой нормы мера принуждения в виде залога и поручительства могла применяться только к заявителю (потерпевшему), но не к обвиняемому, поскольку они имели обеспечительный характер и были связаны с возможным возмещением ущерба оправданному лицу.

Интересный исторический пример. Исаак, отец Жан-Жака Руссо, в 1722 г. скрылся в соседнем кантоне после вооруженного конфликта с французским военным Готье. Мыслитель пишет в «Исповеди»: «Мой отец, которого хотели заключить в тюрьму, *настаивал, чтобы, по закону, вместе с ним заключили и обвинителя*. Не добившись своей цели, он предпочел покинуть навсегда Женеву...» [10. С. 15]. Как мы видим, данный правовой акт применялся не в каждом случае.

Любопытно, что, по Каролине, на заявителя (потерпевшего) ложились и другие серьезные обременения, обуславливающие его дополнительную виктимизацию. Например, он должен был заплатить «не более семи крейцеров на кормление обвиняемого и караульной страже за день и ночь» (абз. 2 ст. 204). Данная сумма, имея обеспечительный характер, покрывала возникающие издержки судопроизводства. Однако запрещалось «взимать с него особую плату за каждого злодея, подвергнутого наказанию» (ст. 205). В Каролине повествуется о том, что в прежней судебной практике потерпевший был обязан заплатить за сооружение виселицы для казни осужденного. Констатируется несправедливость такого положения, в связи с чем проживающие в окрестностях *плотники* должны были воздвигнуть ее бесплатно (абз. 1 ст. 215).

Обратим внимание, что Каролина допускает заключение под стражу вместо заявителя другого лица, которое вообще не имело отношения к уголовному делу: «Если же обвинение исходит от князей, духовных лиц, представителей общин или прочих высоких особ против людей низшего сословия, то в сем случае можно допустить, чтобы вместо них было заключено в тюрьму или взято под стражу другое лицо, примерно того же звания, что и обвиняемый» (абз. 2 ст. 14). Данный подход противоречит принципу личной и виновной ответственности, исключает индивидуализацию мер принуждения, не совместим с презумпцией невиновности – словом, гармонично вписывается в логику инквизиционного уголовного процесса.

P.S.: в отличие от английского *Habeas corpus act* 1679 года, рассмотренные выше правовые акты не допускали заключение под стражу судебного чиновника в качестве санкции за ненадлежащее исполнение им процедуры ареста обвиняемого\*\*.

\* С.Я. Булатов термин *der Klager* переводит как «истец», но, представляется, что в данном случае применительно к уголовному судопроизводству более точно вести речь о заявителе или о потерпевшем. При этом мы осознаем, что в рассматриваемый период уголовный и гражданский процесс еще строго не разграничивались.

\*\* По ст. 2 Habeas corpus act, «судебный приказ должен быть выполнен чиновником либо арестованный должен быть оставлен в тюремной крепости или тюрьме *вместе* с любым из указанных выше чиновников».

**Домашний арест** в «Молоте ведьм» и в Каролине не упоминается, однако мы встречаем его в Терезиане. Статья 6 § 10 предусматривает возможность поместить обвиняемого под арест в крепость, в городское укрепление или *под домашний арест* (*Schloss-, Stadt- oder Hausarrest*). Для XVIII в. это было большим прогрессом и, по всей видимости, связано, с одной стороны, с гуманизацией уголовного судопроизводства, с другой – с процессуальной экономией, поскольку государство не тратило средства на содержание обвиняемого под стражей. Он жил у себя дома и кормился за собственный счет.

**Подписка о невыезде.** И хотя Каролина не использует данный термин, но в отдельных статьях речь идет именно об этой мере принуждения. В силу ст. 18, «после заключения обвиняемого в тюрьму заявитель (потерпевший) не должен удаляться от судьи, доколе не укажет ему своего местопребывания в надежном и безопасном городе или поселении, куда судья мог бы посылать ему впрямь необходимые судебные повестки». Интересно, что на него возлагается обязанность по невыезду, но ничего не сказано о необходимости надлежащего поведения.

В «Молоте ведьм» в Терезиане подписка о невыезде не упоминается.

**Поручительство и залог.** Если ст. 12 Каролины допускала применение данной меры принуждения только к заявителю (потерпевшему), то ст. 195 – также и к обвиняемому. В соответствии с ней лицо, в отношении которого ведется расследование, в целях установления истины содержится в тюрьме, «доколе оно не представит достаточное надлежащее *поручительство и залог*». Обращает на себя внимание союз «и», позволяющий сделать вывод, что данные меры пресечения должны применяться не альтернативно, а одновременно.

Если заявитель утверждал, что у другого человека находится похищенное имущество, и требовал его передачи в свою пользу, то судья должен был потребовать «залог с поручительством или по меньшей мере присягу о том, что данное лицо возместит убытки противоположной стороне», если не докажет свои требования (ст. 307). Данные меры принуждения приобретают явно выраженный обеспечительный характер.

Авторы «Молота ведьм» пишут о дискуссии, которая велась в Средние века по интересующему нас вопросу: «Некоторые канонисты и юристы полагают возможным при наличии худой молвы, улик и обличающих показаний свидетелей, считать обвиняемых, упорно отрицающих свою вину, заслуживающими немедленного заключения до тех пор, пока они не признаются. Канонисты считают возможным *отпустить ведьму на поруки до суда*. В случае бегства ее преступление должно считаться доказанным». Как мы видим, даже при подозрении в совершении тяжкого преступления, которое наказывалось сожжением на костре, некоторые средневековые авторы допускали и иные меры принуждения, помимо заключения под стражу.

Приведем любопытный исторический пример, относящийся к судопроизводству в Лихтенштейне. Так, профессор Манфред Тшайкнер в монографии «Преследование ведьм в Тризене» (*Hexenverfolgung in Triesen*)

указывает, что в 1680 г. местному священнику удалось собрать деньги для того, чтобы Катарину Гасснерин, обвиняемую в колдовстве, отпустили до рассмотрения дела в суде *под залог* [11. S. 371].

**Пытки.** В «Молоте ведьм» о них говорится почти на каждой странице. Каролина предусматривала условия применения пыток, которые сопровождали производство различных следственных действий, прежде всего, допроса обвиняемого (ст. 6, 8 и др.), а также являлись частью исполнения приговора, например, предшествовали сожжению на костре (ст. 193, 194 и др.). Терезиана не только предписывала пытки, но и содержала многочисленные иллюстрации (рисунки), на которых изображено их применение.

В этой связи уместно поставить вопрос о том, какова правовая природа пыток в инквизиционном уголовном процессе? По всей видимости, если они сопровождают производство следственного действия (например, допроса), их обоснованно можно причислить к *мерам принуждения*, поскольку в предусмотренном законом порядке обвиняемый *помимо своей воли* понуждался исполнить такую обязанность, как дача показаний\*.

Данная мера принуждения исчезла из уголовного процесса немецкоязычных стран вместе с утверждением принципа гуманизма и с отменой Каролины, которая в некоторых немецких землях действовала вплоть до начала XIX в., а в Швейцарии – еще дольше\*\*. В Пруссии пытки были окончательно отменены указом Фридриха Великого в 1740 г., в Баварии – на основании Уголовного кодекса 1813 г., в Австрии – по указу 1787 г.

Анализ мер принуждения по Каролине и Терезиане позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, законодатель гораздо подробнее и обстоятельнее начинает регулировать заключение под стражу, что отражает возрастание публичных начал уголовного процесса. Постепенное обособление *мер принуждения* в уголовном процессе и *обеспечительных мер* в гражданском процессе во многом обусловило разделение данных видов судопроизводства. Указаны условия применения мер принуждения. Применительно к отдельным видам преступлений определено, какие доказательства являются достаточными для заключения под стражу.

Во-вторых, законодатель констатирует нарушения принципа законности при применении мер принуждения и пытается искоренить практику произвольного заключения под стражу. Каролина и Терезиана стремятся к правовой определенности и посредством формальной теории оценки доказательств вырабатывают механизм защиты обвиняемого от произвола со стороны следственного судьи.

В-третьих, в данный период перечень мер принуждения в немецкоязычных государствах становится более разнообразным. Каролина впервые предусмотрела подписку о невыезде, а Терезиана – домашний арест.

\* Каролина и Терезиана не наделяют обвиняемого правом на отказ от дачи показаний и не содержат принцип *nemo tenetur se ipsum accusare*.

\*\* «В Швейцарии Каролина в начале XIX в. все еще применялась по уголовным делам в отношении военнослужащих» [12. С. 191].

И хотя соответствующие нормы были весьма лаконичными, сам факт появления данного правового института представляет собой значительный прогресс.

В-четвертых, по сравнению с состязательно-обвинительным процессом, расширен перечень лиц, к которым может применяться заключение под стражу. Заявитель (потерпевший) рисковал отправиться в места лишения свободы вместе с обвиняемым, что отражает представления законодателя XVI в. о справедливости в уголовном судопроизводстве. Можно предположить, что при таком подходе лицо, ставшее жертвой преступления, часто не обращалось в правоохранительные органы, опасаясь применения по отношению к себе суровых мер принуждения.

**§ 3. Формирование современной системы мер принуждения в смешанном уголовном процессе.** Модернизация уголовного процесса в данный период предполагала существенное реформирование мер принуждения, которые больше не могли применяться в прежнем виде и с учетом конституционализации уголовного процесса не отвечали новым стандартам защиты прав и свобод человека.

**Германия.** В данном правовом порядке формирование современной системы мер принуждения связано с принятием Уголовно-процессуального кодекса (УПК) 1877 г. Рассмотрим основные особенности данного института, приняв во внимание первоначальную редакцию данного кодекса.

Во-первых, УПК содержит самостоятельную главу «Заключение под стражу и предварительное задержание» (§ 112–132). Более мягкие меры принуждения не выделены в самостоятельный раздел, их регулирование в первоначальной редакции кодекса было достаточно фрагментарным. Например, нормы о залоге содержатся в § 122, который находится внутри указанной выше главы.

Во-вторых, законодатель перечисляет основания для заключения под стражу, центральное место среди которых занимает опасность побега. При этом «подозрение побега не требует никакого дальнейшего мотивирования, когда предмет расследования есть преступление<sup>\*</sup>; когда обвиняемый – человек бездомный или бродячий; когда обвиняемый иностранец и существует основательное сомнение в том, что он явится в суд по вызову и подчинится приговору» [13. С. 505]. Таким образом, в ряде случаев заключение под стражу происходило автоматически, без учета обстоятельств дела.

В-третьих, предусмотрено, что заключение под стражу может быть предписано только судом (§ 114). По сути, данная норма не внесла ничего нового, поскольку даже в период инквизиционного уголовного процесса эту меру принуждения применял следственный судья – носитель судебной власти. Вместе с тем отныне допускалось обжалование заключения под стражу в вышестоящий суд, что было значительным прогрессом в сравнении с инквизиционным уголовным судопроизводством.

В-четвертых, «заключенный под стражу не позднее следующего дня по доставлении его в тюрьму должен быть по предмету обвинения допрошен судьей» (§ 115). Данная норма направлена на реализацию принципа следствия и обеспечение выполнения разумных сроков судопроизводства. Также она позволяет лицу осуществить право на защиту (так называемое право быть выслушанным, которое немцы обозначают *das Recht auf richterliche Gehör*).

В-пятых, «обвиняемому, заключенному под стражу, дозволяются устные и письменные сношения с защитником» (§ 148). В предшествующем инквизиционном судопроизводстве такого быть не могло. Данная норма конкретизирует положение § 137, в силу которого «обвиняемый во всяком положении дела имеет право пользоваться помощью защитника». Во второй половине XIX в. далеко не все европейские правовые порядки содержали такую прогрессивную норму.

Дореволюционный профессор Иван Соболев, который впервые перевел УПК Германии 1877 г. на русский язык (издание 1878 г.), выделяет в предисловии к нему 18 особенностей кодекса. Под 11-м номером мы можем прочитать: «Допущение в обширном объеме замены подследственного заключения под стражу предоставлением обеспечения». В качестве альтернатив заключению под стражу Кодекс называет поручительство и залог (§ 118), причем последний могли внести как обвиняемый, так и любые другие лица. Интересно, что в системе мер принуждения отсутствует подписка о невыезде. По смыслу кодекса возможна ситуация, когда к обвиняемому не применяется никакая мера принуждения и он не ограничивается в своих правах до вступления в силу обвинительного приговора.

**Австрия.** В данном правовом порядке<sup>\*\*</sup> формирование современной системы мер принуждения связано с принятием УПК 1873 г.<sup>\*\*\*</sup> Уместно обратить внимание на следующие особенности данного института.

Во-первых, Кодекс также содержит отдельный раздел XIV «О вызове, приводе, задержании и заключении под стражу обвиняемого», что свидетельствует о законодательной и доктринальной автономизации данного института общей части уголовного процесса.

Во-вторых, УПК перечисляет основания заключения обвиняемого под стражу, связанные с наличием доказательств его вины, но вместе с тем устанавливает, что если ему грозит наказание свыше 10 лет лишения свободы или смертная казнь, то данная мера принуждения предписывается и без этих оснований (§ 175).

В-третьих, в австрийском законодательстве впервые было установлено, что следственный судья вручает обвиняемому постановление о заключении под стражу либо при задержании, либо в течение 24 часов после этого (§ 175). Таким образом, данный участник судопроизводства мог ознакомиться с основаниями ареста и узнать, какие уголовно наказуемые деяния ему инкриминируются. Расширяются так называемые информационные права стороны защиты.

\* Уголовный кодекс Германии 1877 г. подразделяет уголовно наказуемые деяния на *преступления и уголовные проступки*.

\*\* В период с 1867 по 1918 г. Австрия входила в состав Австро-Венгрии.

\*\*\* Кодекс действовал до принятия нынешнего УПК 1975 г.

В-четвертых, предусмотрено, что если обвиняемый заключен под стражу органом безопасности, он имеет право требовать, чтобы в течение 48 часов его доставили к следственному судье (§ 178). В этом можно усмотреть зарождение судебного контроля за законностью применения мер принуждения в уголовном процессе. Обратим внимание и на то, что в Австрии, в отличие от Германии, заключение под стражу мог предписать и внесудебный орган.

В-пятых, в качестве альтернативы заключению под стражу УПК рассматривает внесение залога (*Sicherheitsleistung*), а также подписку о невыезде. Согласно § 191, «если обвиняемый освобожден и оставлен на свободе, следственный судья может потребовать принести присягу, что он не покинет свое место жительства до окончательного завершения уголовного судопроизводства без согласия следственного судьи, а также не будет скрываться и не будет пытаться помешать судебному разбирательству. Нарушение этой присяги влечет за собой заключение обвиняемого под стражу» (по смыслу закона – безальтернативно).

**Лихтенштейн.** В данном правопорядке формирование современной системы мер принуждения связано с принятием УПК 1913 г.\* Можно выделить следующие особенности данного института.

Во-первых, в систему мер принуждения входят привод, задержание, заключение под стражу и залог. В случае бегства и уклонения от следствия обвиняемый заключается под стражу (ч. 1 § 135). Ничего не говорится про подписку о невыезде и надлежащем поведении.

Во-вторых, как и в Австрии, допускалось автоматическое заключение под стражу: «Если речь идет о преступлении, за совершение которого предусмотрена смертная казнь или по меньшей мере 10 лет лишения свободы, следственный судья немедленно издает в отношении обвиняемого приказ об заключении под стражу» (ч. 2 § 117).

В-третьих, УПК предписывает немедленный допрос задержанного лица в целях установления оснований для его освобождения или заключения под стражу (§ 119). Производство данного следственного действия было обязательным и не зависело от дискреционного усмотрения следственного судьи.

В-четвертых, прогрессивно выглядит норма, в силу которой заключение под стражу может быть назначено только *обвиняемому*, который после его допроса следственным судьей остается *под подозрением* (§ 121). Как показано выше, в период инквизиционного уголовного процесса допускалось заключение под стражу и других участников судопроизводства.

В-пятых, УПК допускает массовое задержание людей, что не вполне соответствует презумпции невиновности и современным взглядам на основания применения мер принуждения. В силу § 122, «если в ходе восстания или мятежа, публичных актов насилия или других уголовно наказуемых деяний, предполагающих их совершение большим числом лиц, *невозможно немед-*

*ленно отыскать виновных*, то все, кто присутствовали при происшествии и не свободны полностью от подозрения в соучастии, могут быть временно задержаны». При этом в течение трех дней необходимо освободить тех лиц, подозрения в отношении которых не подтвердились.

**Швейцария.** Если франкоязычные кантоны (Женева, Юра, Невшатель и др.) испытали заметное влияние Кодекса уголовного следствия Наполеона 1808 г., предполагавшего смешанную модель судопроизводства, то в немецкоязычных кантонах (Цюрих, Гларус, Золотурн и др.) инквизиционный процесс существовал очень долго – до начала XX в. включительно. Исторически первый единый УПК Швейцарии был принят лишь в 2007 г., а до этого каждый кантон самостоятельно осуществлял правотворчество в рассматриваемой сфере.

Обратимся к УПК Ааргау 1958 г. и УПК Берна 1995 г., чтобы рассмотреть интересующий нас правовой институт.

1. Система мер принуждения. По УПК Ааргау она включает в себя задержание, заключение под стражу, а также так называемые альтернативные меры принуждения. Согласно § 83, если цель заключения под стражу может быть достигнута посредством таких более мягких мер, как наложение ареста на бумаги, регулярные личные сообщения в служебное учреждение, запрет покидать определенное место, то необходимо распорядиться об их применении. Альтернативные меры принуждения могут быть соединены с внесением обеспечения, которое рассматривается в качестве института *sui generis*.

УПК Берна относит к мерам принуждения заключение под стражу (судебное и досудебное), а также альтернативные меры. Согласно ст. 177, от заключения под стражу следует отказаться, его цель может быть достигнута посредством более мягких мер: 1) внесение обеспечения; 2) изъятие документов; 3) предписание в определенные периоды времени направлять сообщения в официальное учреждение; 4) предписание, обязывающее пройти медицинское лечение. Если обвиняемый уклоняется от альтернативной меры принуждения, следственный орган распоряжается о заключении под стражу.

2. Задержание. Согласно УПК Ааргау, *каждый* уполномочен произвести уголовно-процессуальное задержание: 1) если лицо застигнуто по горячим следам при совершении преступления или при покушении на него; 2) если подозреваемый в таком уголовно-наказуемом деянии застигнут после его совершения с инструментами, украденными вещами или с другими предметами, указывающими на его участие в преступлении; 3) если лицо, настоятельным образом подозреваемое в совершении уголовно-наказуемого деяния, поймано при побеге. При этом государство несет ответственность за вред, причиненный частными лицами при оказании помощи при преследовании подозреваемого. Любопытно и то, что УПК Ааргау не определяет срок задержания. При этом по общему смыслу Кодекса он должен быть *разумным*.

\* Кодекс действовал до принятия нынешнего УПК 1988 г.

По УПК Берна, любой желающий может задержать лицо, «пойманное при совершении преступления или уголовного проступка или убегающее непосредственного после этого с места происшествия» (ч. 1 ст. 170). Как и в Ааргау, кантон ответствен за дальнейший вред, который причинен частным лицам вследствие такого содействия (ч. 4 ст. 172). Кантональная полиция имеет право задержать любое лицо, которое в настоящий момент осуществляет уголовно наказуемое деяние или застигнуто немедленно после этого (ч. 2 ст. 172). При подозрении в совершении уголовно наказуемого деяния кантональная полиция может задержать лицо, произвести его идентификацию и установить, находится ли в розыске он сам, транспортные средства или другие вещи, находящиеся у него на хранении. В УПК Берна мы находим интересное исключение из обязанности не свидетельствовать против самого себя: задержанное лицо должно по требованию властей сообщить свои фамилию, имя, отчество, предъявить документы, показать находящиеся при нем вещи и открыть с этой целью транспортное средство и другие хранилища (ч. 3 ст. 172). Полицейское заключение<sup>5</sup> не может длиться более 24 часов с момента задержания.

3. Свободное передвижение. УПК Ааргау устанавливает, что следственный судья, прокуратура и суд, в производстве которого находится дело, могут гарантировать отсутствующему в стране обвиняемому или свидетелю неприменение заключения под стражу при определенных условиях. Свободное передвижение отменяется, если приглашенное лицо их не выполняет (§ 84). По сути, речь идет об иммунитете от заключения под стражу. Законодатель исходит из того, что уж лучше скрывающийся обвиняемый явится и при этом его не поместят в следственный изолятор, чем если он и дальше будет находиться в бегах и ничем не поможет следствию. Вспоминается красивое немецкое выражение *der Beschuldigte ist längst über alle Berge* – обвиняемый далеко за горами.

УПК Берна в ст. 198 устанавливает, что отсутствующему в стране обвиняемому, осужденному, свидетелю, лицу, являющемуся источником сведений\*, орган, ведущий производство по делу, вправе гарантировать свободное передвижение; последнее может быть связано условиями. Таким образом, в данном кодексе предусмотрен более широкий круг лиц, к которым применяется этот институт. Свободное передвижение отменяется, если обвиняемый или находящийся в отсутствии осужденный приговариваются к реальному лишению свободы или если установленные условия не выполняются. На данное правовое последствие обращается внимание обвиняемого или осужденного лица при предписании свободного передвижения.

4. Основания заключения под стражу. В Ааргау, согласно § 67 УПК, в отношении обвиняемого приказ о заключении под стражу может быть издан, только если он настоятельно подозревается в деянии, за соверше-

ние которого предусмотрено лишение свободы, и кроме того, имеются следующие предпосылки: побег или подозрение в побеге; признаки, которые обосновывают подозрение, что обвиняемый уничтожит следы деяния, будет склонять свидетелей или сообвиняемых к даче ложных показаний или иным образом угрожать цели следствия. На основании полицейских мер безопасности возможно издание приказа о заключении под стражу, если нахождение обвиняемого на свободе связано с другими опасностями, в частности, если есть основания опасаться продолжения уголовно наказуемого деяния, а также в целях обеспечения исполнения наказания после осуждения.

УПК Берна предусматривает сходные основания заключения под стражу. При этом оба кодекса закрепляют, что *обвиняемый, по общему правилу, остается на свободе*. Данная норма – призыв законодателя, обращенный к правоприменителю, сократить применение наиболее строгой меры принуждения.

5. Отбытие наказания до вступления в силу приговора. С точки зрения российской процессуальной логики это что-то *немыслимое*. Вместе с тем, согласно § 75 УПК Ааргау, с согласия заключенного, а в случае, когда этого требует общественная безопасность, и *без его согласия* председатель обвинительной палаты кантонального суда Верховного суда, а после предъявления обвинения – председатель суда, в производстве которого находится дело, уполномочены предписать исполнение заключения под стражу в тюрьме. В данном случае лицо подчиняется режиму тюрьмы, поскольку это совместимо с целями досудебного заключения под стражу.

УПК Берна также допускает досрочное начало исполнения наказания. Согласно ст. 197, если это позволяет положение дела, орган, ведущий производство по делу, *по ходатайству обвиняемого* предписывает досрочное начало исполнения наказания в виде лишения свободы. В отличие от кантона Ааргау, в Берне это возможно только по ходатайству обвиняемого.

Такой подход противоречит презумпции невиновности и другим фундаментальным началам уголовного процесса. Вместе с тем он не является новеллой данных кодексов.

Так, еще Екатерина II в «Наказе...» рассматривает заключение под стражу в уголовно-правовой, а не в уголовно-процессуальной плоскости: «Взятие под стражу есть наказание (в немецком тексте – *eine Strafe*), которое от всех других наказаний разнится тем, что оно по необходимости предшествует судебному объявлению преступления»; правда далее императрица противоречит сама себе: «Быть под стражею *не должно признавать за наказание* (в немецком тексте – *nicht für eine Strafe*), но за средство хранить особу обвиняемого» [7. С. 296].

Таким образом, эволюция мер принуждения при переходе от инквизиционного уголовного процесса к смешанному в основном была связана с расширением права лица на защиту при избрании меры принуждения, а также с закреплением различных альтернатив заключению под стражу, ибо по своей природе любая мера принуждения мягче, чем эта.

\* В уголовном процессе Франции данного участника называют ассистируемым свидетелем.

Законодатель в целях гуманизации уголовно-процессуального законодательства стремится к ограничению применения заключения под стражу; по всей видимости, поиски альтернатив продолжатся и в обозримом будущем.

Неуклонно возрастает роль суда при применении наиболее строгих мер принуждения; судебный контроль за законностью ограничения прав и свобод участников судопроизводства, прежде всего, обвиняемого становится более полным.

#### Список источников

1. *Дигесты Юстиниана*. Т. I / под ред. Л.Л. Кофанова. М., 2002. С. 199–201.
2. *Саксонское зеркало*. Памятник, комментарии, исследования / под ред. В.М. Корецкого. М., 1985. 272 с.
3. Bechtel A. Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik. Tübingen. Teil 1 // ZJS. 2017. № 6. S. 641–648.
4. Bechtel A. Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik. Tübingen. Teil 2 // ZJS. 2018. № 1. S. 20–28.
5. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. М.: Зерцало, 2001. 560 с.
6. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М.: Информ, 2004. 184 с.
7. Екатерина Вторая. Наказ, данный Комиссии о сочинении проекта нового Уложения / под ред. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2008. 532 с.
8. Письма с горы // Жан-Жак Руссо. Трактаты. М.: Канон-Пресс, 1969. 416 с.
9. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / под ред. Н.А. Крашенинниковой. М.: Норма, 2005. 465 с.
10. *Исповедь* // Собрание сочинений Жан-Жака Руссо. Т. 3. М., 2018. 372 с.
11. Tschaikner M. Hexenverfolgen in Triesen. Neue Erkenntnisse über die Hexenprozesse der Frühneuzeit, in: Triesen. Informationen und Mitteilungen aus der Gemeinde. Ausgabe 125, Januar 1998, 30. Jahrgang. S. 371.
12. Резон А. фон. Из Швейцарии // Журнал гражданского и уголовного права. 1887. № 6. 201 с.
13. Устав уголовного судопроизводства Германской империи / пер. И. Соболева. СПб., 1878. 509 с.

#### References

1. Kofanov, L.L. (ed.) (2002) *Digesty Yustiniana* [The Digest of Justinian]. Translated from Latin. Vol. 1. Moscow: Statut. pp. 199–201.
2. Koretskii, V.M. (1985) *Saksonskoe zertsalo. Pamyatnik, kommentarii, issledovaniya* [The Saxon Mirror. Monument, comments, research]. Moscow: Nauka.
3. Bechtel, A. (2017) Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik. Tübingen. Teil 1. *Zeitschrift für das Juristische Studium*. 6. pp. 641–648.
4. Bechtel, A. (2018) Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik. Tübingen. Teil 2 *Zeitschrift für das Juristische Studium*. 1. pp. 20–28.
5. Marchenko, M.N. (2001) *Sravnitel'noe pravovedenie* [Comparative Jurisprudence]. Moscow: Zertsalo.
6. Bekkaria, Ch. (2004) *O prestupleniyakh i nakazaniyakh* [About Crimes and Punishments]. Moscow: Inform.
7. Tomsinov, V.A. (ed.) (2008) *Ekaterina Vtoraya. Nakaz, dannyy Komissii o sochinenii proekta novogo Ulozheniya* [Catherine the Second. The order given to the Committee on the composition of the draft of the new Code]. Moscow: Zertsalo.
8. Rousseau, J.-J. (1969) *Pis'ma s gory. Traktaty* [Letters from the Mountain]. Translated from French. Moscow: Kanon-press.
9. Krashennikova, N.A. (2005) *Khrestomatiya po istorii gosudarstva i prava zarubezhnykh stran* [Anthology on the History of State and Law of Foreign Countries]. Moscow: Norma.
10. Rousseau, J.-J. (2018) *Sobranie sochineniy* [Collected Works]. Translated from French. Vol. 3. Moscow: [s.n.].
11. Tschaikner, M. (1998) Hexenverfolgen in Triesen. Neue Erkenntnisse über die Hexenprozesse der Frühneuzeit. In: *Triesen. Informationen und Mitteilungen aus der Gemeinde*. 125 (30). Januar. P. 371.
12. fon Rezon, A. (1887) Iz Shveysarii [From Switzerland]. *Zhurnal grazhdanskogo i ugovnogo prava*. 6.
13. Sobolev, I. (1878) *Ustav ugovnogo sudoproizvodstva Germanskoy Imperii* [The Statute of Criminal Proceedings of the German Empire]. Translated from German. Saint Petersburg: [s.n.].

#### Информация об авторе:

**Трефилов А.А.** – кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (Москва, Россия). E-mail: trefilovaa1989@gmail.com

*Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.*

#### Information about the author:

**A.A. Trefilov**, Cand. Sci. (Law), senior researcher, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (Moscow, Russian Federation). E-mail: trefilovaa1989@gmail.com

*The author declares no conflicts of interests.*

Статья поступила в редакцию 28.03.2022;  
одобрена после рецензирования 11.04.2022; принята к публикации 13.05.2022.

The article was submitted 28.03.2022;  
approved after reviewing 11.04.2022; accepted for publication 13.05.2022.