

БЛАГОПРИЯТСТВОВАНИЕ ЗАЩИТЕ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ: ИСТОРИЧЕСКАЯ РЕКОНСТРУКЦИЯ ПОНЯТИЯ

© 2012 г. Мария Андреевна Михеенкова¹

Краткая аннотация: в работе рассматривается происхождение и развитие концепции благоприятствования защите в уголовном процессе. В первую очередь анализируются источники этого понятия. Затем прослеживается эволюция того содержания, которое вкладывалось в него исследователями на различных этапах развития процессуалистики. Демонстрируется, что благоприятствование защите играет существенную роль в урегулировании статуса обвиняемого в современном уголовном процессе.

Annotation: this article reviews the origin and development of favor defensionis (“in favour of the accused”) concept in the frames of criminal procedure. Firstly the sources of this notion are analyzed. Further the article examines contents of favor defensionis concept at different stages of criminal procedure studies. It concludes that the considered notion plays an important role in arranging the state of accused in contemporary criminal proceedings.

Ключевые слова: благоприятствование защите, favor defensionis, уголовный процесс, статус обвиняемого.

Key words: favor defensionis, in favour of the accused, criminal procedure, rights of the accused.

В современных реалиях уголовный процесс становится все более сложной и громоздкой процедурой, в связи с чем во многих странах, в том числе и в России, весьма остро стоят проблемы повышения его эффективности и скорости², которые усугубляются необходимостью противодействия терроризму и другим видам международной преступности³. Параллельно в рамках общей парадигмы защиты прав человека требуется повышение гарантий прав таких (прежде весьма в них ограниченных) участников уголовного процесса, как потерпевший и свидетель⁴.

Вследствие этих факторов сохранение сложившейся во второй половине XX столетия системы уголовно-процессуальных гарантий прав обвиняемого становится все более сложной задачей, а в науке все настойчивее звучат призывы обеспечивать баланс различных уголовно-процессуальных

ценностей⁵. С одной стороны, появились доктрины типа “управления процессом” (case-management), ориентированные на сокращение временных и материальных затрат на уголовное судопроизводство⁶; с другой – в юридической литературе все чаще звучат призывы распространить на потерпевшего практически все основные уголовно-процессуальные гарантии обвиняемого⁷. В результате многие исследователи критикуют существующие системы уголовного судопроизводства в силу “перекоса” в сторону прав обвиняемого⁸, что вызывает беспокойство другой группы ученых⁹. В целом в этом вопросе преобладает неопределенность.

Между тем разобраться в проблеме и сделать выводы о надлежащем объеме и соотношении прав обвиняемого

¹ Аспирант кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (E-mail: mmiheen@mail.ru).

² Отсюда реформа “о разумных сроках судопроизводства” в РФ (Федеральные законы от 30 апреля 2010 г. “О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок” и «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок”») // Собрание законодательства РФ. 2010. № 18. Ст. 2144, 2145. См. также решения Европейского Суда по правам человека, например: European Court of Human Rights (ECHR), *Scordino v. Italy*, judgment of 29 March 2006, § 138–227; ECHR, *Riccardi Pizzatti v. Italy*, judgment of 29 March 2006; ECHR, *Cocchiarella v. Italy*, judgment of 29 March 2006.

³ См.: *Shah S.* The UK’s Anti-Terror Legislation and the House of Lords: The Battle Continues // *Human Rights Law Review*. 2006. № 2. P. 418–422.

⁴ См., например: *Cossins A.* Restorative Justice and Child Sex Offences. The Theory and Practice // *British Journal of Criminology*. 2008 (Vol. 48), № 3. P. 361; *Fastie F.* Opferschutz im Strafverfahren. Leverkusen Opladen (Deutschland), 2008. S. 69–70, 109.

⁵ См.: *Михайлов Н.Г.* Принцип законности в толковании судей Международного трибунала по бывшей Югославии // *Гос. и право*. 2010. № 4. С. 63; *Zavaglia F.* La prova dichiarativa nel giusto processo. Padova, 2007. P. 123–131; ECHR, *Gäfgen v. Germany*, judgment of 1 June 2010, § 175.

⁶ См.: *Elliott C., Quinn F.* English Legal System. Harlow (UK), 2008. P. 367–369, 382; *Skinns L.* ‘I’m a Detainee; Get Me out of Here’. Predictors of Access to Custodial Legal Advice in Public and Privatized Police Custody Areas in England and Wales // *British Journal of Criminology*. 2009 (Vol. 49). № 3. P. 412, 413.

⁷ См.: *Staiger I.* Recht in Zeiten des Terrors. Restorative Justice als normative Reaktion auf den Terrorismus unter besonderer Berücksichtigung der Opfer des Terrorismus // *Humboldt Forum Recht*. 2010. № 10. S. 132–134; *Rogall K.* Zur Zulässigkeit einer heimlichen akustischen Überwachung von Ehegattengesprächen in der Untersuchungshaft // *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*. 2010. № 6. S. 289.

⁸ См.: *Балакушин В.С.* “Асимметрия” правил оценки допустимости доказательств // *Законность*. 2007. № 3. С. 3.

⁹ См.: *Roberts P., Saunders C.* Piloting PTWI – A Socio-Legal Window on Prosecutors’ Assessments of Evidence and Witness Credibility // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2010 (Vol. 30). № 1. P. 101, 102; *Cammiss S., Stride Ch.* Modelling Mode of Trial // *British Journal of Criminology*. 2008 (Vol. 48). № 4. P. 484; *Adler M.* Fairness in Context // *Journal of Law and Society*. 2006 (Vol. 33). № 4. P. 1469.

с иными уголовно-процессуальными ценностями можно, ответив на вопрос об основаниях этих прав. Отмеченный “перекок” уголовного процесса в сторону защиты прав обвиняемого действительно существует, однако представляет собой отнюдь не случайность или упущение. С давних пор в науке уголовного процесса для его обозначения используется понятие *благоприятствования защите* (*favor defensionis*). Оно достаточно часто употребляется и сегодня, в том числе российскими учеными¹⁰, однако скольконибудь единое его понимание или даже подробный анализ в науке отсутствует. Его упоминают, как нечто само собой разумеющееся, вкладывая в него при этом разный смысл, хотя его происхождение и содержание вполне можно проследить.

Нередко утверждается¹¹ (а еще чаще – молчаливо подразумевается)¹², что понятие “favor defensionis” пришло в современную науку уголовного процесса из *римского права*. Помимо латинского происхождения термина такое мнение имеет и другие основания: конструкции типа “favor defensionis” получили в римском праве достаточно широкое распространение. Различным его отраслям были известны построенные аналогичным образом “благоприятствование свободе” (*favor libertatis*)¹³, “благоприятствование завещанию” (*favor testamenti*)¹⁴, “благоприятствование договору” (*favor contractus*)¹⁵ и пр. Термины такого рода употреблялись при необходимости продемонстрировать какие-либо привилегии, большую поддержку чего-то одного в противоположность чему-либо другому¹⁶.

Любопытно, однако, что собственно интересующее нас понятие “favor defensionis” ни в самих древнеримских источниках¹⁷, ни в наиболее авторитетных комментариях к ним не встречается. По крайней мере в важнейших классических

трудах по римскому уголовному процессу этот термин отсутствует: так, у Т. Моммзена в его фундаментальной работе “Римское уголовное право”¹⁸ понятие “favor defensionis” даже не упоминается¹⁹, несмотря на то, что автор описывает ряд преимуществ защиты²⁰; то же у И.А. Покровского²¹ и других классических исследователей²². Ведущие современные теоретики римского уголовного процесса при его анализе также не обращаются к рассматриваемой конструкции²³, даже в тех случаях, когда описывают именно благоприятствование защите²⁴.

Более того, некоторые исследователи положительно утверждают, что термин “favor defensionis” в римском праве отсутствовал²⁵. Конечно, полностью исключить всякую вероятность того, что где-либо в трудах римских юристов он мог упоминаться, достаточно сложно в силу их обширности. Однако можно с достаточной обоснованностью утверждать, что термин “благоприятствование защите” не получил в римском уголовном процессе скольконибудь существенного распространения и потому не мог быть почерпнут современными юристами непосредственно оттуда.

Тем не менее было бы ошибочным считать общераспространенное мнение о его римском происхождении заблуждением, а его латинскую форму – случайностью. Дело в том, что рассматриваемый термин был *выработан в ходе рецепции римского права: это понятие ввели немецкие комментаторы* уголовного судопроизводства Древнего Рима, опираясь на дух римского права. Они же в основном развивали его на протяжении долгого времени, и со Средних веков до второй половины XX в. *favor defensionis* оставалось конструкцией почти исключительно немецкой уголовно-процессуальной мысли.

Формулируя термин “favor defensionis”, немецкие исследователи, вероятно, воспользовались вышеупомянутой широко употребительной конструкцией “favor +” – это тем более правдоподобно, что еще в Средние века она активно использовалась каноническим правом²⁶ и так называемым “правом войны и мира” (предтечей современного междуна-

¹⁰ См., например: Михайловская И.Б. Правило “благоприятствования” защите и его влияние на процесс доказывания // Гос. и право. 2007. № 9; Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. М., 2002. С. 60–64.

¹¹ Например: «Принцип “благоприятствования защите” (известный еще древнеримскому праву – “favor defensionis”»)» (Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М., 2009. С. 98, 118); «со времен римского права известно правило – “favor defensionis”» (Карякин Е.А. Формирование истинности приговора в состязательном судопроизводстве: вопросы теории и практики. М., 2007. С. 170); “...des römischen favor defensionis” (Durand B. Staatsanwaltschaft: europäische und amerikanische Geschichten. Frankfurt am Main, 2005. S. 319).

¹² См., например: Fenocchio M.A. Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum in diritto romano. ‘Detrahere alteri aliquid’. Per una ricostruzione storica del delitto di furto: genesi, sviluppi, vicende // Tesi di dottorato. Padova, 2008. P. 20.

¹³ См.: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996. С. 230, 234; Heinemann H. Ansprache Papst Johannes Paul II. vom 28. Januar 2002 vor der römischen Rota // De processibus matrimonialibus, Fachzeitschrift zu Fragen des Kanonischen Ehe – und Prozessrechtes. 2003. № 10. S. 120.

¹⁴ См.: Overbeck A.E. von. L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme de testaments // Revue internationale de droit comparé. 1963 (Vol. 15). № 1. P. 226.

¹⁵ См.: Bonell M.J. An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, third edition incorporating the Unidroit principles 2004 // Revue internationale de droit comparé. 2006. Vol. 58. № 3. P. 994.

¹⁶ Так, “благоприятствование свободе” означало, что при решении вопроса о гражданском статусе лица приоритет всегда отдавался признанию его свободным, а не рабом, если к тому были хотя бы какие-то основания.

¹⁷ Так, ни разу не упоминается favor defensionis в Corpus juris civilis (см.: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>)

¹⁸ Под уголовным правом здесь по традиции того времени подразумевается совокупность как материальных, так и процессуальных норм, т.е. и уголовный процесс в том числе.

¹⁹ См.: Mommsen T. Römisches Strafrecht. In: Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Hrsg. K. Binding. Leipzig, 1899. Разделы, посвященные защите, – S. 149, 188, 189, 376–378, 435–438, 446.

²⁰ См.: ibid. S. 153, 154 (об особых гарантиях защиты).

²¹ См.: Покровский И.А. История римского права. СПб., 1999. С. 168–171 (§ 27 “Уголовное право и уголовный суд”).

²² См.: Filangieri G. La scienza della legislazione. T. 3. Venezia, 1783. P. 9–24, 98, 347–354.

²³ См.: Дождев Д.В. Указ. соч. С. 183–250; Новицкий И.Б. Римское право. М., 1993. С. 177–181; Омельченко О.А. Римское право. М., 2000. С. 43–47; Бойко А.И. Римское и современное уголовное право. СПб., 2003. С. 97–105.

²⁴ Например, правило, согласно которому в позднем римском уголовном процессе обвиняемому для его речи давалось время на треть большее, чем длилась речь обвинителя (см.: Омельченко О.А. Указ. соч. С. 37).

²⁵ См.: Pitombo S. M. de M. Pronuncia in dubio pro societate // Revista da Escola Paulista da magistratura. 2003. № 1. P. 10.

²⁶ Так, применительно к брачно-семейному праву появились сконструированные аналогичным образом “favor matrimonii”, “favor personae”, “favor indissolubilitatis” (см. об этом: Heinemann H. Op. cit. S. 120).

родного права)²⁷, а также некоторыми идеями своих итальянских коллег²⁸.

Так или иначе немецкие комментаторы римского уголовного процесса уже XVII–XVIII вв. стали употреблять термин “*favor defensionis*” применительно к расшифровке понятия “*in dubio pro reo*”. Последнее понятие, в свою очередь, также напрямую в римских источниках не встречается и предположительно было сформулировано около XIII в. представителями школы глоссаторов в ходе толкования Дигест Юстиниана²⁹. Судя по всему, аналогично и происхождение “благоприятствование защите”. Одним из первых, ссылаясь на древние источники, на необходимость признания данной конструкции в противовес механическому равноправию сторон, а также на наличие у стороны защиты значительного числа процессуальных преимуществ, указывает С. Пуффендорф³⁰.

Более подробно понятие “*favor defensionis*” рассмотрено в комментарии к тем же Дигестам Юстиниана (в части уголовного процесса) А. Маттеуса. Здесь этот термин употребляется применительно к презумпции невиновности (*praesumptio innocentiae*) и распределению бремени доказывания. Автор указывает, что в силу презумпции невиновности и с учетом распределения бремени доказывания доказать невиновность всегда проще, чем вину: для этого достаточно просто отрицать обвинение³¹. Обвинителю всегда нужно доказать все элементы состава преступления, защите же достаточно иногда доказывания одного факта для установления невиновности (пример – алиби). Далее Маттеус переходит к рассмотрению соотношения обвинительных и оправдательных доказательств, отмечая, что ряд доказательств допускается только в качестве доказательств невиновности, будучи

недопустимыми как доказательства виновности. Первая, в отличие от второй, могла быть доказана и несовершеннолетним (неполным) доказательством³².

В таком виде «теория “асимметрии” формальных доказательств» получила широкое распространение в средневековой немецкой процессуалистике. Хотя и Маттеус, и вслед за ним другие исследователи обращали внимание и на ряд других проявлений римского благоприятствования защите: предоставление большего срока для речи защитника, чем обвинителя³³, отсутствие каких-либо сроков для представления доказательств защиты, которое было возможно и после постановления приговора и обращения его к исполнению³⁴, – именно в подобной “асимметрии” ученым виделся основной смысл *favor defensionis*.

В обоснование этой концепции указывались общие принципы римского права и права вообще: “справедливость требует различных подходов”, “право более склонно оправдать, нежели осудить, и лучше оправдать виновного, нежели осудить невиновного”, в связи с чем защите и предоставлено больше правовых средств, чем обвинению³⁵. В ранних трудах (Пуффендорфа, Маттеуса и др.) при этом просматривается влияние итальянских правоведов, которые, в свою очередь, также перерабатывали и комментировали римские источники³⁶. В целом *favor defensionis* выводилась

²⁷ “У евреев благоприятствование защите жизни и чести позволяло не только защищаться самим, но и защищать других пострадавших от нападения”; “иногда благоприятствование защите находится на стороне, первой поднявшей оружие” – “*Apud Ebraeos... tantus comitabatur favor defensionem corporis & pudoris, ut non solum is, qui invadebatur, per se invasorem cum caede repellere, sed... alter innocenti oppressum cum caede invasores defendere posset*”; “*quanquam et aliquando favor defensionis ab illius partibus fiat, qui prior arma insert*” (*Puffendorff S. De iure naturae et gentium*. London, 1672. P. 261, 1161).

²⁸ См. об этом с. 7.

²⁹ Где понятие “*in dubio pro reo*” присутствовало концептуально, но не в буквальной формулировке (см.: *Dominicus A. de. Tema di riforma della formula dubitativa*: *Brev. Pauli sententiarum IV, 12, § 5 e l'origine Romano-Cristiana del principio in dubiis pro reo* // *Archivio penale*. 1962. Vol. 18. P. 3–9; *Pitombo S.M. de M. Loc. cit.; Accursius (Accorso di Bagnolo)*. *Corpus iuris civilis Iustiniani, cum commentariis Accursii, scholiis Contii et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium, in quibus Glossae obscuriores explicantur, similes & contrariae asseruntur, vitiosae notantur* (“*Glossa ordinaria magna*”). Lugdunum (Lyon), 1627. P. 140, 307, 33, 630; *Moser K.* “*In dubio pro reo*”. *Die geschichtliche Entwicklung dieses Satzes und seine Bedeutung im heutigen deutschen Strafrecht*. München, 1933. S. 18–21.

³⁰ См.: *Puffendorff S.* *Op. cit.* P. 217; P. 1003; “*Quin aut amant, si, qui patrociniū alicui debet, nulla aut iniqua de causa hostilem adversus ipsum animum induat <...> saltem hactenus, ut abs vi praesidium contra atrocissimas ipsius injurias mutuari liceat. Quae defensio hoc favorabilior habetur, quo major est eorum numerus...*” – “Но если кто-либо хочет осуществлять защиту [по уголовному делу], ничто из идущего на пользу защите не следует считать несправедливым в отношении противной стороны <...> отсюда следует, что в порядке защиты можно прибегать к самым несправедливым средствам. защите оказывается благоприятствование, ей предоставлено больше прав”.

³¹ Достаточно “*simpliciter negat factum*” – “простое отрицание [вменяемого] факта” (*Matthäus A. Commentarius de criminibus ad Lib. XLVII. et XLVIII. Dig., adiecta est brevis & succincta Iuris Municipalis interpretatio, cum indice triplici; Titulorum, Rerum & Verborum, nec non Legum, qua strictius, qua fusius explicatarum*. Utrecht, 1644. P. 767).

³² “Если что-либо способно доказать преступление, то тем более [оно способно доказать] невиновность. защите благоприятствуют по сравнению с обвинением. <...> Некоторые преступления нельзя доказать присягой, а невиновность – всегда можно. <...> В комментариях [римского права] мы находим три различия доказательств вины и невиновности. Во-первых, обвинитель, доказывая свою позицию, не может приводить доказательства до бесконечности, а защита может. Во-вторых, одно-единственное доказательство не может доказать виновность, но может – невиновность. В-третьих, преступление не доказывается ничем, кроме как полным доказательством, невиновность же может быть доказана и менее существенными доказательствами” – “*Si crimen argumentis probari potest, ergo multo magis innocentia. Favorabilior enim est defensio accusacione <...> Hoc amplius crimen iurejurando non probari, innocentiam probari nonnulli tradunt. <...> Quantum vero ad illam speciem probationis fit, inter crimen & innocentiam tres apud interpretes differentias reperio. Prima, quod accusator criminis probandi causa, testes non possit producere ad perpetuam rei memoriam; reus possit probandae innocentiae gratia. Secunda, quod crimen uno teste probari non possit; innocentia possit. Tertia, quod crimen non probetur, nisi per testes exceptione maiores; innocentia etiam per testes minus idoneos” – *Antonius Matthäus*. *Op. cit.* P. 768. NB: под “невиновностью” здесь понимается как полное оправдание, так и оставление в подозрении (см.: P. 769). Следует также учитывать склонность средневековых комментаторов смешивать римский правопрядок с современным им – отсюда рассуждения о “совершенных” доказательствах и т.п. в Риме.*

³³ См.: *Омельченко О.А.* Указ. соч. С. 37.

³⁴ “*Reus & post terminum dilationis, & post conclusionem in causa, & post sententiam, uno verbo, quandocunq; ad demonstrandam innocentiam admittitur*” – “Доказательства невиновности допускаются и после истечения сроков, завершения дела, и после вынесения приговора” (*Matthäus A.* *Op. cit.* P. 767).

³⁵ См.: *ibid.* P. 769: “*Satis esse nocentem absolvi, quam innocentem condemnari. ...plus tribui reo ad defensionem, quam accusatori ad monstrandum crimen*” – “Удовлетворительнее оправдать виновного, нежели осудить невиновного... [больше средств] предоставлено защите, чем обвинению для доказательства преступления”.

³⁶ См.: *Filangieri G.* *La scienza della legislazione*. T. 1. Venezia, 1782. P. XVI; T. 3. Venezia, 1783. P. 12–21; *Constant B.* *Comento sulla Scienza della legislazione di G. Filangeri*. Capolago, 1838 (trad. dal franc.). P. 3–7; *Stuckenberg C.-F.* *Untersuchungen zur Unschuldsvormutung*. Berlin-New York, 1997. S. 21, Anm. 64; *Gilhausen L.* *Arbor iudicaria criminalis: iuxta praecipuarum totius Germania curiarum, iudiciorum & iurisconsultorum practicum inprimis autem constitutionem illam Carolinam planata & concinnata*. Frankfurt, 1606. P. 398, 401.

из общей “презумпции добропорядочности” (*praesumptio bonitatis/ praesumptio boni viri*, или *Bonitätsvermutung*)³⁷ и философских утверждений относительно предпочтительности освобождения виновного осуждению невиновного при невозможности создания полностью безошибочной системы уголовного судопроизводства³⁸.

Таким образом, в течение XVII столетия возникший применительно к анализу древнеримского уголовного процесса термин “*favor defensionis*” утвердился в немецкой процессуалистике и перекочевал к концу столетия в доктрину, посвященную уже *уголовному процессу вообще* и уголовному процессу Германии, в частности. При этом, хотя вкладываемое в него содержание в целом опиралось на предыдущее толкование, произошло некоторое смещение акцентов.

Одним из первых настаивал на применении *favor defensionis* к любому, в том числе немецкому, уголовному процессу известный исследователь XVII в. Б. Карпцов, обосновывавший принцип “наибольшего благоприятствования защите” (“*höchsten Begünstigung der Verteidigung*”, или “*summum favor defensionis*”)³⁹. Ученый вводил это понятие в процесс с целью гарантировать права обвиняемого в рамках инквизиционного процесса⁴⁰ в связи с применением пытки⁴¹. Он же внес решающий вклад в окончательное формирование трактовки самого понятия.

Карпцов и вслед за ним другие немецкие исследователи усматривали *favor defensionis* прежде всего в доказательственном праве, а именно – в двух его аспектах. В первую очередь он указывал на допустимость представления оправдательных доказательств на любых стадиях уголовного процесса, в том числе и после вынесения обвинительного приговора, его вступления в силу и обращения к исполнению. Более того, заявление осужденного о наличии у него дополнительных доказательств может повлечь приостановление исполнения приговора и назначение ему судом сроков для их представления⁴². Этот момент, явно свидетельствующий о связи термина с римским правом⁴³, остается важной составляющей понятия благоприятствования защите и в дальнейшем отмечается во многих трудах⁴⁴.

Однако наибольшее значение имел второй аспект доказывания – вышеназванная “асимметрия” доказательств, т.е. различные правила допустимости и недопустимости, а равно оценки доказательственной силы для обвинительных и оправдательных доказательств. Уже Карпцов отмечает: “такова сила благоприятствования защите, что многие доказательства, допустимые в пользу обвиняемого, были бы неприемлемы против него”⁴⁵. В частности, допустимо как доказательство невиновности такое несовершенное доказательство, как показания одного свидетеля. “Обвинительный приговор может и должен быть основан только на полном (совершенном) доказательстве; доказательство же защиты, даже несовершенное, если оно доказывает хотя бы вероятность невиновности или вызывает у судьи сомнение в виновности, должно повлечь постановление оправдательного приговора”⁴⁶.

При анализе этой традиционной немецкой концепции *favor defensionis* следует помнить о господствовавшей во время ее формирования и расцвета теории формальных доказательств (*Legalbeweistheorie*). Ученые давно усматривали в ней отдельные недостатки. В частности, их беспокоила возможность явно ошибочного осуждения невиновного при наличии совершенных обвинительных доказательств и несовершенных оправдательных. В случаях, когда доказательство защиты, хоть и несовершенное, делает очевидной невиновность подсудимого (например, если речь идет об алиби), теория формальных доказательств могла привести к абсурду, если бы не применялись особые правила благоприятствования защите⁴⁷. Кроме того, возможно было возникновение некоей патовой ситуации, когда доказательства защиты хоть и подрывают доказательства обвинения (т.е. отсутствует совершенное доказательство виновности), однако сами не являются полными (т.е. отсутствует совершенное доказательство невиновности)⁴⁸. Поэтому учеными, начиная с Карпцова, и вводилась некоторая “асимметрия доказывания”, призванная уравновесить положение сторон и избежать осуждения невиновных⁴⁹. На протяжении XVIII в. такой подход к благоприятствованию защите превалировал в Германии⁵⁰.

³⁷ См.: *Ludovici J.F.* Dissertatio inauguralis iuridica De Praesumptione bonitatis. Halle, 1700. P. 12, 13. Потому-то такое благоприятствование и не влекло полного оправдания, а лишь оставление в подозрении: ведь в основе лежала именно презумпция – то есть вероятность, – а не доказательство (см.: *ibid.* P. 19). Здесь, опять же, прослеживается связь с римским правом, где тоже встречается подобное обоснование (см.: *Matthäus A.* Op. cit. P. 769).

³⁸ См.: *Filangieri G.* Op. cit. T. 3. P. 199–205.

³⁹ *Carpzov B.* Practica nova imperialis Saxonicae rerum criminalium. Wittenberg, 1635. V. 1. P. 186. См. также: *Falk U.* Zur Folter im Deutschen Strafprozeß. Das Regelungsmodell von Benedict Carpzov (1595–1666) // Forum historiae iuris, 20 Juni 2001 // <http://fhi.rg.mpg.de/articles/pdf-files/0106falk-folter.pdf>. S. 16.

⁴⁰ Термин “инквизиционный процесс” употребляется нами в настоящей статье в техническом смысле безотносительно к какой-либо идеологии.

⁴¹ В частности, он настаивал на необходимости в силу указанного принципа обеспечения обвиняемому формальной защиты до применения к нему пытки (см. об этом: *Feuerbach P.J.A.R.* von. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts // Hrsg. Dr. C.J.A. Mittermaier. Gießen, 1836. S. 512, 513).

⁴² См.: *Carpzov B.* Op. cit. P. 185; *Falk U.* Op. cit. S. 17; *Johann Christoph Koch.* Institutiones Iuris Criminalis. Iena, 1791 (ed. nona). P. 434.

⁴³ См.: *Омельченко О.А.* Указ. соч. С. 37; *Matthäus A.* Op. cit. P. 767.

⁴⁴ См.: *Stübel C.P.* Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten mit besonderer Rücksicht auf das Königreich Sachsen. Leipzig, 1811.

Bd 2. S. 48, 213, 680, 1301; *Henke E.* Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. 4en Teil. Berlin-Stettin, 1838. S. 422, 423; *Schmoeckel M.* Humanität und Staatsraison: die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter. Köln, 2000. S. 176 (Anm. 571).

⁴⁵ “Tantus est favor defensionis, ut ob eam quandoque; a regulis juris, quantum ad processum, recedere liceat, et multa specialia circa probationem defensionis contra jura communia introducta usque recepta sint, ut ex subsequentibus apparebit” (*Carpzov B.* Op. cit. P. 185; см. также: *Falk U.* Op. cit. S. 17).

⁴⁶ “Ein verdammendes Urteil kann und darf nur auf vollständigen Schuldbeweis gegründet werden; dahingegen selbst ein unvollständiger Verteidigungsbeweis, wenn er wenigstens Wahrscheinlichkeit gewährt, oder einen Zweifelszustand des Richters erzeugt, zum Vorteile des Unschuldigen wirtl. und dessen Freisprechung begründet” (*Henke E.* Op. cit. S. 422, 423).

⁴⁷ См.: *Stichweh R.* Zur Subjektivierung der Entscheidungsfindung im deutschen Strafprozess des 19. Jahrhunderts. Aspekte der Ausdifferenzierung des Rechtssystems // *Gouron A.* et al. (Hrsg.), Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA, 18–20. Jahrhundert. Frankfurt, 1994. S. 272, 276.

⁴⁸ Правда, на этот случай существовало “оставление в подозрении”, однако правоведы того времени и саму эту конструкцию также относили к проявлениям благоприятствования защите.

⁴⁹ См.: *Stuckenbergs C.-F.* Op. cit. S. 20.

⁵⁰ См.: *Stänglin J.Z.* Dissertatio Iuridica Inauguralis: De Innocentiae Praesidio. Tübingen, 1678. P. 306; *Böhmer J.S.F.* von. Elementa iuris-

Кроме этого в качестве элемента благоприятствования защите рассматривалось и распределение бремени доказывания, а именно – достаточность для стороны защиты лишь продемонстрировать несостоятельность доказательств обвинения, а не представлять собственное, полное и совершенное, доказательство невиновности⁵¹. Некоторые ученые выделяли и другие составляющие⁵². Однако своим *расцветом и прочным закреплением в немецкой процессуалистике XVII–XVIII вв.* в качестве общепризнанного правового принципа *favor defensionis* обязано именно способности “*асимметрии*” в доказывании удачно компенсировать отдельные существенные и очевидные пороки системы *формальных доказательств*⁵³. Но, поскольку эта система характерна для инквизиционной формы уголовного процесса, то и понятие благоприятствования защиты развивалось именно в его рамках; в странах же с состязательным уголовным судопроизводством данная доктринальная конструкция не получила распространения за ненадобностью.

Однако к середине XIX в. по мере реформирования уголовного судопроизводства и постепенного отказа от системы формальных доказательств необходимость в понимаемом таким образом *favor defensionis* начала отпадать и в самой Германии. Идея о различных критериях оценки допустимости и доказательственной силы доказательств обвинения и защиты стала подвергаться критике. Некоторые ученые хотя и признавали названные правила доказательственного права, но считали их неотъемлемой частью самой теории формальных доказательств и отказывались усматривать здесь проявления “воображаемого” благоприятствования защите⁵⁴. Многие же стали дискутировать о пределах допустимости доказательств защиты, недопустимых по общему правилу, затем вовсе отрицать такую возможность. В итоге от идеи об “асимметрии”, составлявшей самую суть принципа благоприятствования защите на протяжении XVII–XVIII вв., немецкие процессуалисты практически отказались⁵⁵.

Так, К. Миттермайер высказывался против мнения, что “доказательства защиты должны быть принимаемы без со-

блюдения правил, которыми обусловлена юридическая достоверность; что для защиты совершенно достаточно свидетелей, не только дающих показание без присяги, по доверию к другим или по слухам, но даже подозрительных и не в том числе, какое определено по закону”, и утверждал, что при определении действительной силы и степени совершенства доказательств защиты следует руководствоваться теми же правилами, которые существуют для оценки доказательств обвинения⁵⁶.

Однако сам термин к тому времени, как уже отмечалось, стал в Германии общепризнанным. Его можно было найти в словарях⁵⁷, в учебники включались соответствующие главы⁵⁸, благоприятствование защите перечислялось среди основных принципов уголовно-процессуального права. Понятие это настолько прочно укоренилось в доктрине, что хотя, казалось бы, с отмиранием теории формальных доказательств *нужда в нем отпала*, отказываться от него не стали, а лишь *модифицировали его содержание*.

Большее внимание стали уделять как раз другим его составляющим, ранее второстепенным, и оно настолько расширилось, что к *favor defensionis* стали относить любое *облегчение положения обвиняемого и помощь ему (Erleichterungen und Hilfen)* в уголовном процессе. Это различные отдельные преимущества, привилегии или исключительные права (в том числе незначительные), такие, например, как возможность защищаться даже после признания вины, право на выбор защитника, обязанность судьи в определенных случаях обеспечить защитника, различные положения о распределении издержек, возможность продления процессуальных сроков, правила об обратной силе уголовного закона, право на последнее слово и т.п.⁵⁹ Кроме того, многие авторы относили сюда же правило “*in dubio pro reo*” – толкование сомнений в пользу подсудимого⁶⁰ (в чем прослеживается связь с римскими источниками и с идеей о различных степенях доказанности обвинения и защиты) – и вообще в силу сложившейся традиции рассматривали *favor defensionis* преимущественно применительно к доказыванию. Примерно в таком виде понятие благоприятствования защите просуществовало до середины XX в.⁶¹, и такое же его понимание почерпнули из немецкой доктрины российские процессуалисты XIX столе-

prudentiae criminalis. Halle, 1743. P. 166, 1096, 1097; *Meister Ch.F.G. Ausführliche Abhandlung des Peinlichen Prozess in Deutschland*. Göttingen, 1766. Bd. 2. S. 263; *Böhmer J.S.F. von. Meditationes in Constitutionem Criminalen Carolinam*. Halle-Magdeburg, 1770. P. 138; *Meister Ch.F.G. Principia juris criminalis germaniae communis*. Göttingen, 1789. P. 429; *Klein E.F. Grundsätze des gemeinen, deutschen und preussischen peinlichen Rechts*. Halle, 1796. S. 74.

⁵¹ См.: *Engau G.R. Elementa iuris criminalis Germanico-Carolini. Ex genuinis fontibus deducta variis observationibus et formulis illustrata atque commoda auditoribus methodo adornata*. Iena, 1753 (ed. quarta). P. 420–422.

⁵² Так, например, И. Кох включал в *favor defensionis* также следующее: “*sine liquidissima causa etiam pluries non denegatur; contradictorem respuit; ad terminum peremptorium non est adstricta; reo, defensore sibi eligere cessanti; iudex ex officio aliquem constituit, cui ex aerario publico, si rei bona deficient, honorarium*” – “без очевидного бесспорного основания она [защита] не отрицается; противной стороне отказывают; она не связана сроком представления доказательств; может выбрать себе защитника; судья обязан иногда обеспечить защитника за государственный счет” (*Koch J. Ch. Op. cit.* P. 383).

⁵³ Косвенное подтверждение сказанному см.: *Спасович В.Д. О теории уголовно-судебных доказательств в связи с судостроительством и судопроизводством*. М., 2001. С. 63.

⁵⁴ См.: *Henke E. Op. cit.* S. 423.

⁵⁵ См.: *Pierer H.A., Löbe J. (Hrsg.). Universal-Lexikon der Gegenwart und Vergangenheit, oder neuestes encyclopädisches Wörterbuch der Wissenschaften, Künste und Gewerbe oder kurz: Pierers Enzyklopädisches Wörterbuch*. Altenburg, 1858. Bd. 1. S. 142.

⁵⁶ См.: *Mitterмайер К.Ю.А. Руководство к судебной защите по уголовным делам*. М., 1863. С. 52, 53.

⁵⁷ См.: *Pierer H.A., Löbe J. (Hrsg.). Op. cit.* S. 142; *Meyer J. (Hrsg.). Große Konversations-Lexikon für die gebildeten Stände (“Meyers Konversationslexikon”)*. Leipzig-Wien, 1885–1892. Bd. 6. S. 80.

⁵⁸ См.: *Quistorp J.Ch.E. von. Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechtes*. Leipzig-Rostock-Schwerin, 1821. Bd. 3. S. 340; *Feuerbach P.J.A.R. von. Op. cit.* S. 513.

⁵⁹ См.: *Quistorp J.Ch.E. von. Op. cit.* S. 341, 342, 414–415; *Pierer H.A., Löbe J. (Hrsg.). Loc. cit.; Konversationslexikon M. Loc. cit.*

⁶⁰ См.: *Mitterмайер К.Ю.А. Указ. соч.* С. 53; *Zachariae H.A. Handbuch des deutschen Strafprocesses: systematische Darstellung des auf den Quellen des gemeinen Rechts und neuern deutschen Gesetzgebung beruhenden Criminal-Verfahrens, in wissenschaftlicher Begründung und Verbindung. Zweiter Band, welcher die das Strafverfahren selbst betreffenden Lehren enthält*. Göttingen, 1868. S. 415; *Koch J.Ch. Op. cit.* P. 401; *Glaser J.A. Handbuch des Strafprocesses*. Leipzig, 1883. Vol. I. S. 15 (цит. по: *Glaser S. Quelques aspects d’une procédure pénale européenne // Revue internationale de droit comparé.*, 1970 (Vol. 22). № 4. P. 693 (réf. 17)).

⁶¹ См.: *Exner F. Richter, Staatsanwalt und Beschuldiger im Strafprozess des neuen Staates // Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 1935 (Vol. 54). № 1. S. 16; *Vormbaum Th. Einführung in die modern Strafrechtsgeschichte*. Berlin-Heidelberg, 2011. S. 97.

тия⁶². Оно сохраняет достаточно прочную позицию в науке и сегодня⁶³.

Заметим, однако, наметившуюся тенденцию расширения вкладываемого в это понятие содержания современными исследователями: его все чаще толкуют как некоторую парадигму всего уголовного процесса, возвращаясь к старой идее “*summum favor defensionis*”, причем делает это не только доктрина⁶⁴, но даже различные судебные органы⁶⁵. Таким образом, фактически происходит возвращение к

тому смыслу, который изначально вкладывали в это понятие сформулировавшие его немецкие процессуалисты Средних веков и Нового времени. Ведь они (как видно в том числе и из подводимого ими под благоприятствование защите базиса) трактовали благоприятствование защите именно как некоторое основное начало построения уголовного процесса, а не как набор каких-либо конкретных прав обвиняемого. Эти последние являлись лишь проявлениями, или следствиями, *favor defensionis*. Определенная подмена понятия произошла, как мы убедились, позднее – где-то в XIX в. – в силу объективных исторических обстоятельств.

Таким образом, можно утверждать, что в основе сегодняшнего преимущественного положения обвиняемого в уголовном процессе лежит *favor defensionis*. Эта концепция сформировалась в немецкой доктрине как *инквизиционная теоретическая конструкция*⁶⁶, однако с течением времени стала трактоваться шире – как общее требование к судопроизводству, согласно которому для обеспечения истинного равноправия сторон права и интересы защиты как более слабой стороны должны быть дополнительно гарантированы сверх механического уравнивания полномочий. Именно поэтому, а не в силу какого-либо упущения обвиняемый наделен таким исключительным количеством прав, какого нет, пожалуй, ни у одного другого “частного” участника процесса. Мы ни в коем случае не отрицаем необходимости защиты прав, например, потерпевшего, однако при ее осуществлении целесообразно помнить о благоприятствовании защите, которое *de facto* является одним из основных начал современного уголовного судопроизводства. И противоречия между правами обвиняемого, с одной стороны, и интересами эффективности правосудия и защиты прав других участников процесса – с другой, следует разрешать, опираясь в качестве критерия в том числе и на понятие благоприятствования защите.

⁶² См.: *Владимиров Л.Е.* *Advocatus miles*. Пособие для уголовной защиты. СПб., 1911. С. 77, 78; *Случевский В.К.* Учебник русского уголовного процесса. Судостройство – судопроизводство. СПб., 1913. С. 70; *Лыкошин А.С.* Уголовный процесс // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. 25-а. СПб., 1898. С. 584.

⁶³ “on lui [à l’inculpé] accorde certains privilèges de défense (*favor defensionis*), notamment en matière de preuves et avant la clôture des débats (le droit du dernier mot)” (“Обвиняемому предоставляются определенные преимущества защиты (благоприятствование защите), в частности в доказывании и перед окончанием слушания (право последнего слова)”) (*Glaser S.* *Op. cit.* P. 693). Столь прочное закрепление *in dubio pro reo* в содержании понятия благоприятствования защите можно считать косвенным подтверждением преимущественно немецкого происхождения *favor defensionis*.

⁶⁴ См., например: *Stavros S.* *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention of Human Rights: An Analyses of the Application of the Convention and a Comparison with the Other Instruments*. Dordrecht/ Boston/ London, 1993. P. 53, 54, 221; *Gaito A., Bargi A.* *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*. Milano, 2007. P. 338; 311; *Santoriello C.* *Formulario del processo penale*. Milano, 2006. Т. 1. P. 284, 285; *Löwe E., Rieß P.* *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar*. Berlin, 1987. S. 64; *Исаева Н.П.* Участие лица, не имеющего статуса адвоката, в качестве защитника по уголовным делам // Право и политика. 2009. № 9 // СПС “КонсультантПлюс”; *Сычева О.Н.* Презумпция истинности приговора в контексте УПК РФ // Росс. судья. 2007. № 9 // СПС “КонсультантПлюс”; *Смирнов А.В.* Реформы уголовной юстиции конца XX века и дискурсивная состязательность // Журнал рос. права. 2001. № 12. С. 146.

⁶⁵ Такие как Европейский Суд по правам человека (см.: ECHR, *Jalloh v. Germany*, judgment of 11 July 2006. Dissenting opinion of *J. Hajiyev*); Конституционный суд Чехии (см.: Czech Republic Constitutional Court, judgment of 26 April 2006 // <http://www.concourt.cz/clanek/pl-37-04. § 60>); Верховный кассационный суд Италии (см.: Corte Suprema di Cassazione, Cassazione penale, sezione V, 6 novembre 1996, n. 9429 (ud. 17 maggio 1996), Lo Piano).

⁶⁶ Не случайно и в советской уголовно-процессуальной мысли близкая к старонемецкой трактовке благоприятствования защите концепция “асимметрии” (правил оценки допустимости) доказательств возникла как некий противовес излишней “инквизиционности” процесса (см.: *Стецовский Ю.И., Ларин А.М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1988. С. 117–122, 303; *Петрухин И.Л.* От инквизиции к состязательности // Гос. и право. 2003. № 7. С. 28, 29, 35, 36).