

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

на правах рукописи

ТРЕФИЛОВ АЛЕКСАНДР АНАТОЛЬЕВИЧ

«Организация досудебного производства по УПК Швейцарии 2007 года»

Специальность 12.00.09 – уголовный процесс

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук,
профессор Л.В. Головкин

МОСКВА
2014 г.

Содержание

Введение.....	3
Глава 1	
Историко-правовые и теоретические основы досудебного производства в уголовном процессе Швейцарии	
§1. Основные этапы развития досудебного производства в уголовном процессе Швейцарии: историко-правовой аспект.....	15
§ 2. Обзор моделей досудебного производства в швейцарских кантонах накануне принятия УПК 2007 г.....	27
§3. Проблема дуализма дознания и предварительного следствия по новому УПК Швейцарии.....	55
Глава 2	
Дознание в современном уголовном процессе Швейцарии	
§1. Понятие дознания и его начало в уголовном процессе Швейцарии.....	75
§2. Основные участники уголовного процесса на стадии дознания.....	81
§3. Следственные действия, меры принуждения на стадии дознания и его окончание.....	94
Глава 3	
Предварительное следствие в современном уголовном процессе Швейцарии	
§1. Понятие предварительного следствия и его основные участники	124
§2. Заключение под стражу и иные меры принуждения на стадии предварительного следствия.....	142
§3. Следственные действия: особенности швейцарского законодательного подхода.....	161
§4. Окончание стадии предварительного следствия.....	173
Заключение.....	181
Список использованной литературы.....	185
Приложение 1.....	195
Приложение 2.....	196

Введение

Актуальность темы диссертационного исследования. Среди важнейших направлений развития современной российской уголовно-процессуальной науки необходимо особо выделить исследования в области сравнительного правоведения – зарубежный процесс изучен значительно хуже отечественного. Вместе с тем в условиях сближения современных правовых порядков значение компаративистики существенно возрастает. Обращение к зарубежным уголовно-процессуальным институтам позволяет взглянуть на наш правовой порядок с позиции международного опыта, а, значит, точнее определить его место среди основных правовых систем современности. Интернационализация и европеизация российского уголовного процесса, отразившаяся в УПК 2001 г., ярко иллюстрируют обозначенные тенденции.

По справедливому замечанию французского компаративиста Р. Давида, обоснованные выводы в юриспруденции могут быть сделаны с полной ясностью, только если посмотреть на проблему со стороны, выйти за рамки собственной правовой системы¹. Не преувеличивая значение зарубежных уголовно-процессуальных норм, отметим, что в них содержится немало ценных научных идей, которые полезно обсудить в рамках отечественной правовой доктрины.

Зарубежное судопроизводство является неотъемлемой частью науки уголовно-процессуального права. В частности, анализ иностранного опыта организации дознания, предварительного следствия и иных стадий позволяет лучше понять отечественный подход к их построению, выявить его сильные и слабые стороны, определить, насколько он соответствует современным международным стандартам защиты прав личности.

Особая актуальность вопроса о конструировании досудебных стадий процесса как в России, так и в зарубежных странах, обусловлена тем, что от их оптимального построения зависит достижение целей уголовного судопро-

¹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 20.

изводства, а также будет ли оно отвечать своему назначению (ст. 6 УПК РФ²).

Если в советское время научные труды о зарубежном процессе и, в частности, его досудебных стадиях были чрезмерно идеологизированы и в основном содержали критику, обусловленную неприятием буржуазных правовых систем, то в настоящее время у исследователей есть возможность изучать его беспристрастно, выявлять правовые нормы, на которые полезно обратить внимание отечественной науки и субъектов правотворчества.

Российский законодатель стремится к тому, чтобы нормы УПК 2001 г. соответствовали европейским стандартам. Разработка данного Кодекса также осуществлялась с привлечением иностранных экспертов. Нередко происходит заимствование зарубежных норм и институтов. Вместе с тем рецепция не всегда является достаточно продуманной и обоснованной. Как справедливо отмечает профессор К.Ф. Гуценко, «обычно такие ошибки – результат незнания новейших тенденций в регулировании конкретных правовых институтов либо игнорирование негативных последствий, уже выявившихся в ходе их реализации»³.

Обнаружить и проанализировать современные тенденции развития уголовного судопроизводства позволяет новый и вместе с тем исторически первый единый УПК Швейцарии, принятый в 2007 г. и вступивший в силу в 2011 г. Данный Кодекс является результатом труда сотен экспертов и воплощает в себе современные концептуальные основы дознания и предварительного следствия.

Организация досудебных стадий уголовного процесса в этой стране представляет значительный интерес для исследований в связи с тем, что она пока ещё не получила надлежащей оценки со стороны отечественной доктрины.

² Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ // СЗ РФ, 24.12.2001, N 52 (ч. I), ст. 4921.

³ Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. VIII.

Достижения швейцарской реформы можно использовать при дальнейшем совершенствовании уголовно-процессуального законодательства России, в частности УПК 2001 г., а также в последующих компаративистических исследованиях дознания и предварительного следствия.

Степень научной разработанности темы. Несмотря на возрастающий интерес к сравнительному правоведению, швейцарское уголовное судопроизводство изучено в российской науке значительно меньше, нежели английское, американское, французское и немецкое. Относительно немного литературы, посвященной анализу досудебного производства по новому УПК и в самой Швейцарии, учитывая дату его вступления в силу (2011 г.).

В сравнительном аспекте отдельные стороны уголовного процесса (и уголовного права) Швейцарии затрагиваются отечественными учеными достаточно давно. В дореволюционных научных работах эти вопросы рассматривали А.С. Лыкошин, В.Д. Набоков, В.В. Пржевальский, А. фон-Резон, И.Г. Щегловитов, в советское время – Н.С. Лапшина, Н.Ф. Кузнецова, Ф.М. Решетников, в настоящий период его анализируют Л.В. Головкин, В.Н. Бутов, А.В. Серебренникова и другие авторы.

Вместе с тем в указанных работах поднимаются лишь отдельные вопросы, связанные с уголовным процессом Швейцарии. Системные исследования проблем досудебного производства этой страны не предпринимались ни до, ни после принятия УПК 2007 г.⁴ Новейшие законодательные подходы, нашедшие отражение в данном Кодексе, требуют серьезного осмысления и тщательного научного анализа.

В связи с этим данная работа представляет собой первое в отечественной уголовно-процессуальной науке комплексное всестороннее монографическое исследование организации досудебного производства по УПК Швейцарии 2007 г.

⁴ Швейцарские юристы, как и российские, в силу научных традиций исходят из того, что при упоминании нормативно-правового акта следует указать дату его принятия, а не вступления в силу.

Объект исследования образует совокупность процессуально-правовых отношений, возникающих в швейцарском уголовном судопроизводстве между его субъектами на досудебных стадиях, к которым относятся полицейское дознание и предварительное следствие, осуществляемое прокуратурой.

Предмет исследования составили нормы уголовно-процессуального права Швейцарии, регулирующие организацию досудебного производства, в том числе его начало и окончание, порядок избрания мер принуждения, совершения следственных действий, а также практика их применения швейцарскими правоохранительными органами (полиция, прокуратура, суд по вопросам мер принуждения и т.д.), закономерности и тенденции подходов к организации дознания и предварительного следствия в данном правовом порядке.

Цели работы состоят в том, чтобы, выявив ключевые особенности, проанализировать организацию досудебного производства по УПК Швейцарии 2007 г., сопоставить ее с другими европейскими процессуальными правовыми порядками, в том числе российским судопроизводством, выработать научно обоснованные рекомендации по совершенствованию соответствующих норм, регулирующих отечественный уголовный процесс.

Указанные цели определяют **задачи диссертационного исследования**, к которым относятся:

- 1) обобщение исторического опыта развития досудебного производства Швейцарии, его влияния на современное законодательство данного государства;
- 2) анализ понятий «дознание» и «предварительное следствие» в уголовном процессе этой страны;
- 3) системное исследование дифференциации досудебного производства и соотношения его форм по УПК 2007 г.;
- 4) сравнительно-правовое исследование важнейших институтов, относящихся к досудебным стадиям уголовного процесса Швейцарии (меры принуждения, следственные действия и др.), раскрытие их правовой природы, выявление присущих им достоинств и недостатков.

Методологическую основу исследования составили как общенаучные методы – диалектика, анализ, синтез, обобщение, дедукция, индукция, аналогия и др. – так и используемые в юриспруденции специальные методы, в частности сравнительно-правовой и историко-правовой. Они обусловлены самой тематикой работы, которая предполагает широкое обращение к иностранному законодательству и зарубежной правовой доктрине.

Теоретическая база исследования представлена трудами иностранных и российских ученых, рассматривающих организацию досудебного производства по УПК Швейцарии 2007 г. В ходе проведенного исследования изучены работы многих швейцарских процессуалистов (среди них: Г. Альбертини, Д. Брюшвайлер, У. Ведер, Х. Випрехтигер, В. Волерс, В. Восер, С. Глесс, Г. Годенцы, И. Гриссер, П. Гуидон, А. Донатш, А. Кавалло, А. Келлер, Н. Ландсхут, В. Либер, М. Ниггли, К. Риедо, С. Саммерс, Т. Фингерхут, В. Фэр, С. Хаймгартнер, Т. Хансякоб, М. Хеер, К. Хуг, К. Шварценеггер и т.д.)⁵ и российских ученых, анализирующих данные вопросы (Л.В. Головкин, В.Н. Бутов и др.).

Нормативная база исследования представлена, в первую очередь, действующим швейцарским законодательством. Помимо УПК 2007 г.⁶, Ювенального УПК 2009 г.⁷ и Военного УПК 1979 г.⁸, которые являются важнейшими источниками регулирования досудебного производства в этой стране, проанализированы Послание Федерального собрания Швейцарии к объединению уголовно-процессуального права 2005 г.⁹, Федеральный закон о Со-

⁵ Важно отметить, что в Швейцарии, среди другой литературы, выделяются два фундаментальных комментария к новому УПК этой страны (Цюрихский и Базельский): Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010; Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. Объем каждого из них превышает 2 тысячи страниц. Их авторами являются более ста учёных, включая действующих судей, прокуроров, профессоров учебных заведений. Многие из них принимали участие в разработке УПК 2007 г. В данных работах обстоятельно раскрыты вопросы теории, практики и истории уголовного процесса Швейцарии; значительное место отведено сравнительному правоведению и опыту других европейских стран, включая Россию.

⁶ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

⁷ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20080702/index.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

⁸ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19790061/201305010000/322.1.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

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

юзном суде 2005 г.¹⁰, Федеральный закон об организации органов уголовного судопроизводства Федерации 2010 г.¹¹, Федеральный закон о помощи жертвам преступлений 2007 г.¹² и др., а также соответствующие нормативно-правовые акты каждого немецко-язычного швейцарского кантона¹³. Кроме того, исследованы Уголовный кодекс Швейцарии 1937 г.¹⁴ и Федеральный закон об административном уголовном праве 1974 г.¹⁵, поскольку они также содержат отдельные процессуальные нормы.

Эмпирическая база исследования. В целях более детального рассмотрения досудебного производства Швейцарии изучены образцы уголовно-процессуальных документов, а также конкретных постановлений, решений и иных актов, которые размещены на официальных сайтах швейцарских государственных органов (судов, прокуратуры, полиции)¹⁶ и доступны для научного изучения. В общей сложности проанализированы более 100 процессуальных документов (заявления о преступлении, ходатайства об оказании бесплатной юридической помощи, постановления об открытии производства по делу, постановления о заключении под стражу, постановления о предписании альтернативных мер принуждения, постановления о тайном наблюдении, постановления о прекращении уголовного преследования, постановления суда по жалобе на решение прокуратуры о прекращении уголовного дела и т.д.). Кроме того, в диссертационном исследовании приводятся точные статистические данные о современном уголовном судопроизводстве Швейцарии: число принятых к производству уголовных дел, количество

¹⁰ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20010204/index.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹¹ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20072377/index.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹² URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20041159/index.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹³ Немецкий язык является официальным в 21 из 26 швейцарских кантонов: Ааргау, Аппенцель-Ауссерроден, Аппенцель-Иннерроден, Базель-Ландшафт, Базель-Штадт, Берн, Вале, Гларус, Граубюнден, Золотурн, Люцерн, Нидвальден, Обвальден, Санкт-Галлен, Тургау, Ури, Фрибур, Цуг, Цюрих, Швиц, Шафхаузен.

¹⁴ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹⁵ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19740066/index.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

¹⁶ Ссылки на некоторые из них содержатся в Приложениях 1 и 2.

лиц, признанных в установленном порядке обвиняемыми, динамика обвинительных приговоров и т.д.

Научная новизна исследования определяется его целями, задачами, особенностями подхода к рассмотрению вопросов, относящихся к досудебному производству Швейцарии. Главным образом, она обусловлена тем, что в 2007 г. принят первый в истории этой страны единый УПК.

Полученные выводы отвечают требованиям новизны. Сформулированы доктринальные определения каждой из стадий швейцарского досудебного производства. Обоснован тезис, согласно которому, несмотря на дуализм дознания и предварительного следствия, решающая роль в досудебных стадиях принадлежит именно прокуратуре. Сделан вывод о том, что так называемые суды по вопросам мер принуждения на самом деле не образуют отдельной ветви в судебной системе данного государства, поскольку это понятие является исключительно функциональным, а не судоустройственным. Установлено, что потерпевшие в Швейцарии обладают значительными материальными и процессуальными гарантиями по защите своих прав и законных интересов, которые существенно превосходят те, которые предусмотрены в России. Выявлено, что *только* после вступления в силу в 2011 г. УПК в этой стране защитник без каких-либо ограничений получил доступ в уголовное судопроизводство с момента задержания лица.

Результаты произведенного исследования выражены в следующих положениях, выносимых на защиту.

1. Швейцарский уголовный процесс в рамках исторической эволюции прошёл через состязательно-обвинительную и инквизиционную форму. В настоящее время он может быть отнесён к смешанному типу. Ключевой особенностью, определявшей длительное время его развитие, выступал правовой партикуляризм, выражавшийся в наличии многочисленных кантональных процессуальных кодексов и отсутствием единого швейцарского УПК. Следствием этого являлось влияние на судопроизводство отдельных канто-

нов правовых систем соседних государств (прежде всего, Франции и Германии).

2. Произведенное в швейцарской науке при подготовке УПК обобщение существовавших в законодательстве кантонов порядков организации досудебных стадий процесса позволило выделить модели с судебным и несудебным предварительным следствием (в общей сложности 4 порядка его организации). Судебное предварительное следствие, производимое особыми должностными лицами судебного ведомства, характерно для модели следственного судьи I (с учетом ряда модификаций близка к Каролине 1532 г.), модели следственного судьи II (*mutatis mutandis* имеет общие черты с французским Кодексом уголовного следствия 1808 г.) и для модели прокуратуры I (относительно близка к УПК Франции 1958 г., УПК Германии 1877 г. до реформы 1974 г., к Уставу уголовного судопроизводства России 1864 г., к УПК Лихтенштейна 1988 г.), а несудебное, при котором органы предварительного расследования не относятся к судебной власти, – для модели прокуратуры II (за некоторыми изъятиями сходна с УПК Германии после 1974 г.). При этом досудебное производство без предварительного следствия, характерное, в частности, для нынешней Германии, в кантональных кодексах не имело место.

3. Теоретически выделяемые на основе анализа кантональных УПК швейцарские модели обладали преимущественно региональной окраской. Сравнительно-правовая универсальность им не свойственна. В частности, российский подход к организации досудебных стадий, существующий после принятия Федерального закона от 5 июня 2007 г., отличается от каждой из выделяемых в Швейцарии моделей досудебного производства.

4. Дифференциация дознания и предварительного следствия в Швейцарии характеризуется тем, что они выступают не как альтернативные формы досудебного производства, а как последовательно идущие друг за другом его стадии. При этом как дознание, так и в указанных далее случаях предварительное следствие могут иметь факультативный характер. Однако хотя бы

одна из этих стадий в случае поступления информации о преступлении должна состояться обязательно.

5. Дознание по УПК Швейцарии 2007 г. представляет собой первоначальную досудебную стадию уголовного судопроизводства, начинающуюся после получения информации о предполагаемом преступлении, в ходе которой полиция, взаимодействуя с прокуратурой, обладая лишь незначительной процессуальной самостоятельностью, собирает доказательства, на основе которых возможно: а) последующее открытие прокуратурой предварительного следствия; б) отказ в его открытии, соединенный или не соединенный с изданием приказа о наказании.

6. Предварительное следствие по УПК Швейцарии 2007 г. представляет собой досудебную стадию уголовного судопроизводства, в ходе которой прокуратура, являясь независимым органом, ведущим производство по делу, взаимодействуя с полицией и иными субъектами, в целях установления истины исследует обстоятельства, на основе которых возможно: а) последующее направление дела в суд первой инстанции; б) отказ от его передачи в данный орган, влекущий прекращение дела (при этом также возможно издание приказа о наказании). По общему правилу предварительное следствие обязательно, и оно может не производиться лишь в порядке упрощенного судопроизводства (если приказ о наказании издан в ходе дознания).

7. В ходе всего досудебного производства швейцарской прокуратуре принадлежит ведущая роль в собирании доказательств, избрании мер принуждения (в ряде случаев – с санкции суда) и принятии решения о дальнейшем направлении уголовного дела. Полиция имеет лишь вспомогательное значение. Всё это свидетельствует о достаточно гибком разграничении дознания и предварительного следствия в современной швейцарской процессуальной системе. Тем не менее, разработчики УПК 2007 г. не отказались от дуализма досудебного производства, сохранив его дифференциацию (в отличие от нынешней Германии и Австрии).

8. Необходимость сохранения в Швейцарии предварительного следствия и отказ от современного германо-австрийского подхода к построению досудебного производства объясняется комплексом причин, к которым можно отнести: 1) швейцарские правовые традиции – термин «предварительное следствие» использовался во всех четырех рассмотренных выше кантональных моделях; 2) стремление к процессуальной экономии, позволяющей оканчивать уголовные дела о преступлениях, не обладающих большой общественной опасностью, на стадии дознания посредством издания приказа о наказании; 3) двукратное (первоначальное и последующее) исследование вопроса о виновности лица, позволяющее не допустить привлечение к уголовной ответственности невиновного; 4) следование принципам доказательственного права: доказательства, собранные прокуратурой на стадии предварительного следствия, считаются более легитимными, нежели материалы, собранные полицией в ходе дознания; 5) потребности в применении заключения под стражу в досудебном производстве – на стадии дознания данная мера процессуального принуждения по УПК Швейцарии 2007 г. не допускается.

9. Суды по вопросам мер принуждения, несмотря на свое наименование, отражающее идею законодателя разграничить функции судебного контроля и рассмотрения дела по существу, в большинстве кантонов не образуют отдельного государственного органа. Соответствующие полномочия чаще всего возлагаются на судей, которые рассматривают также уголовные, административные, гражданские и иные дела. Категория «суд по вопросам мер принуждения» в большинстве швейцарских кантонов является исключительно функциональной, а не судоустройственной. Следовательно, никакой уголовно-процессуальной революции в построении судебного контроля в этой стране не произошло.

10. Швейцарский законодатель дифференцирует статус потерпевшего посредством разграничения двух самостоятельных участников: собственно потерпевшего и «жертвы преступления». Первый термин обозначает лицо,

права которого нарушены непосредственно совершением преступного деяния (ст. 115 УПК Швейцарии), а второй - лицо, физической, сексуальной или психической неприкосновенности которого причинен вред непосредственно в результате совершения преступного деяния (ст. 116 Кодекса). Цель данной дифференциации – наделить «жертву преступления», то есть лицо, пострадавшее от насильственных действий, большим объёмом процессуальных прав, в том числе связанных с оказанием бесплатной психологической помощи и выплатой крупной денежной компенсации.

11. Важнейшая новелла УПК 2007 г. – введение института «защитника первого часа». Если в России с 1992 г. защитник с самого начала производства по делу имеет доступ к подозреваемому, то в Швейцарии такая норма появилась только после введения в действие нового УПК в 2011 г. Данная реформа создает необходимые предпосылки для защиты прав личности в досудебном производстве.

12. УПК Швейцарии 2007 г. строго не разграничивает такие институты, как меры принуждения и следственные действия, и усматривает свойственную им общую правовую природу. Одновременно с этим перечень мер принуждения является исчерпывающим, а следственных действий, в отличие от отечественного правопорядка, – открытым.

Теоретическая значимость работы заключается в системном исследовании правовой природы досудебного производства Швейцарии, его основных стадий, полномочий государственных органов и прав частных лиц, осуществляемых ими в ходе полицейского дознания и предварительного следствия. Рассмотрены не только современное построение досудебного производства в этой стране, но и его историческое развитие.

Практическая значимость работы выражается в возможности использовать результаты исследования диссертанта при совершенствовании отечественного законодательства в части организации досудебного производства и при разработке концепции развития российского уголовно-процессуального права. Выводы и предложения могут быть использованы

при подготовке учебной, методической и научной литературы, а также при преподавании дисциплин «Уголовный процесс» и «Уголовный процесс зарубежных стран».

Кроме того, поскольку ч. 2 ст. 457 УПК РФ наделяет российских должностных лиц возможностью при исполнении запроса о правовой помощи напрямую применять процессуальные нормы законодательства иностранного государства в соответствии с международными договорами Российской Федерации, международными соглашениями или на основе принципа взаимности, данная работа может быть полезна для развития сотрудничества Швейцарии и России в сфере уголовного судопроизводства.

Апробация работы. Основные положения и выводы, содержащиеся в диссертации, нашли отражение в опубликованных 8 статьях, в том числе 4 – в изданиях, рекомендованных ВАК России.

Основные положения диссертационного исследования обсуждены на 6 конференциях, в частности, Международной научной конференции «Ломоносов в Женеве» (Женева, 2010 и 2011), Международной конференции студентов, аспирантов и молодых учёных «Правовая система и вызовы современности» (Уфа, 2011), Международной конференции «Актуальные проблемы современной правовой науки» (Минск, 2011), Международной научно-практической конференции с элементами научной школы «Актуальные проблемы права России и стран СНГ-2013» (Челябинск, 2013), Всероссийской конференции «Юридическая наука и правоприменение» (Саратов, 2012).

Структура диссертации. Работа состоит из введения, трех глав, разбитых на параграфы, заключения, списка использованной литературы, а также двух приложений.

Глава 1

Историко-правовые и теоретические основы досудебного производства в уголовном процессе Швейцарии

§1. Основные этапы развития досудебного производства в уголовном процессе Швейцарии: историко-правовой аспект

Понять современный порядок организации досудебного производства Швейцарии, дифференциацию его форм, соотношение дознания и предварительного следствия невозможно без обращения к историческому опыту развития уголовно-процессуального права этого государства. В основе УПК Швейцарии 2007 г. (*Strafprozessordnung, StPO*¹⁷) лежат многовековые традиции. Модели досудебного производства, длительное время формировавшиеся в кантонах под влиянием как внутренних условий, так и иностранного законодательства, непосредственно учитывались составителями данного Кодекса при его разработке¹⁸.

Уголовный процесс Швейцарии (и досудебное производство как его составная часть) исторически развивался в континентальном русле, следовательно, прошёл через все его основные формы (модели, идеальные типы), выделяемые в том числе и в отечественной литературе: состязательно-обвинительный, инквизиционный (розыскной) и смешанный¹⁹. Поскольку современное судопроизводство этой страны относится к смешанному типу и включает в себя отдельные состязательно-обвинительные и инквизиционные элементы, для понимания данного генезиса необходимо, кратко и без подробного углубления в историю государства и права рассмотреть основные периоды его развития.

Состязательно-обвинительная форма уголовного процесса господствовала в Швейцарии с древнейших времён до XIV-XV столетия. В отношении

¹⁷ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹⁸ Указание на это содержится в Послании Федерального собрания от 21.12.2005. URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹⁹ Данный подход не является единственным в отечественной литературе и, скорее, представляет собой результат научного обобщения.

данного периода говорить о досудебном производстве можно лишь с некоторой долей условности, так как уголовный процесс на этом этапе ещё не подразделялся на стадии – отсутствовало жёсткое разграничение между его досудебной и судебной частью. В таком уголовном процессе ключевым понятием являлось обвинение, выдвинутое одним лицом против другого. При этом действия сторон до суда, в частности, задержание правонарушителя и собирание доказательств, совершались ими самостоятельно и практически не регулировались нормами права. Целью судопроизводства, как отмечает М. Питт, являлось, главным образом, «установление размера возмещения»²⁰, что подтверждает преимущественно частный характер уголовного права и процесса. Развитой системы правоохранительных органов в швейцарских землях, входивших на тот момент в Священную римскую империю, не существовало. В большинстве случаев расследование производила община, в которой жили потерпевший или обвиняемый.

В XV столетии в Швейцарии начинается переход к инквизиционному процессу²¹. Его окончательное утверждение традиционно связывают с принятием Каролины 1532 г. Её значение для развития досудебного производства Швейцарии и других территорий, на которых она действовала, заключается в двух аспектах. Во-первых, в данном законе досудебное производство отделено от судебного. Сначала велось расследование, направленное на установление события преступления и виновного лица, а затем назначалось так называемое «окончательное правовое заседание» (*der endliche Rechtstag*)²², в ходе которого происходило оглашение приговора и одновременно его приведение в исполнение. На протяжении всего уголовного судопроизводства дело находилось в руках следственного судьи. Вследствие этого критерием их разграничения являлись не субъекты, а цели и процессуальные действия, совершаемые соответственно в досудебном, а затем – в судеб-

²⁰ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 20.

²¹ Carlen L. Rechtsgeschichte der Schweiz. Bern, 1968. S. 41.

²² Ignor A. Geschichte des Strafprozess in Deutschland 1532-1846. Paderborn, 2002. S. 61; Rüping A., Jerouschek G. Grundriss der Strafrechtsgeschichte. Zürich, 2007. S. 50-53ff.

ном производстве. Во-вторых, впервые на уровне закона предусматривалось разделение досудебного производства на две основные части: общее расследование (*inquisitio generalis*), направленное на установление события преступления, и специальное расследование (*inquisitio specialis*), цель которого состояла в выяснении виновности определённого лица в уже выявленном (констатированном) преступлении.

Смешанная форма процесса, напоминающая современную организацию производства по уголовным делам, начала устанавливаться в большинстве кантонов в конце XVIII - начале XIX столетия и существует с учётом последующих модификаций до настоящего времени²³. Швейцарские ученые также называют её «реформированным процессом с участием сторон», или «реформированным состязательным процессом» (*das reformierte Parteienprozess*)²⁴, в котором досудебное производство строится на следственных началах (*das Untersuchungsprinzip*), а в основе судебного разбирательства лежит состязательный, или, как говорят учёные этой страны, противоречивый принцип (*das kontradiktorische Prinzip*), предполагающий противопоставление стороны защиты и обвинения в споре перед независимым судом.

Основными причинами перехода к смешанной форме процесса швейцарские юристы называют распространение теории естественного права и общественного договора, разработанной французскими просветителями, согласно которой все люди рождены свободными и равными в правах, а также стремление буржуазии кантонов защитить свою собственность²⁵. В начале XIX столетия Каролина фактически прекратила своё действие, и в каждом кантоне принято собственное уголовно-процессуальное законодательство. При этом в кантоны, территориально приближенные к Франции, например,

²³ Начиная с XIX века российские ученые начинают проявлять внимание к уголовному процессу этой страны. Нельзя не привести утверждение российского правоведа второй половины XIX века А. фон-Резона по данному вопросу: «Швейцария, как известно, самая гостеприимная страна Европы; но, несмотря на массу путешественников, стекающих сюда ежегодно, юридический быт её и отдельных кантонов мало известен... в Швейцарию обыкновенно едут, чтобы забыть о юриспруденции...» (фон-Резон А. Из Швейцарии // Журнал гражданского и уголовного права. 1887, № 6. С. 155).

²⁴ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 29.

²⁵ Pieth M., *op.cit.*, 25-26.

Женева, Невшатель, испытывали сильное влияние французской правовой системы (в частности, *Code D`instruction criminelle* 1808 г.), а те, что расположены ближе к немецким землям, например, Цюрих, Берн - не менее сильное влияние законодательства Германии (прежде всего, принятого в 1877 г. *die Strafprozessordnung*). Досудебное производство смешанного типа отчётливо находит своё отражение в УПК Аппенцелля от 25 апреля 1880 г., Женевы от 25 октября 1884 г., Невшателя от 25 сентября 1893 г., Тичино от 4 мая 1895 г. Кроме того, наиболее важные принципы, которые ему присущи, закреплены в Конституциях Швейцарской конфедерации от 12 сентября 1848 г. и от 29 мая 1874 г.

Анализ соответствующих нормативных правовых актов позволяет констатировать, что, в тот период в Швейцарии процесс приобрёл смешанный характер. При этом в одних кантонах всё ещё доминировали *инквизиционные* начала, а в других – уже начали отчётливо проявляться элементы *состязательности*, выраженные наделением обвиняемого правом на защиту. Единое уголовно-процессуальное законодательство отсутствовало, но при этом ещё с конца XIX века деятелями науки более или менее интенсивно обсуждался вопрос о разработке единого УПК²⁶.

Окончательно сформировавшийся и существующий в Швейцарии в настоящее время смешанный уголовный процесс обладает всеми типичными для него признаками: разделение производства на досудебное и судебное; расследование дела уполномоченным государственным органом в предварительном производстве в соответствии с так называемой «инквизиционной максимой»²⁷ на преимущественно несостязательных началах, характеризую-

²⁶ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 29-33.

²⁷ Важно отметить, что представители швейцарской доктрины всячески подчёркивают нейтральный характер понятия «инквизиционный принцип» (*der neutrale Begriff «des Inquisitionsprinzip»*). В соответствии с устоявшимся в их среде мнением, в своей сущности данный термин не имеет никакого негативного окраса, и отрицательное отношение к нему во многом предопределено неверными, искажёнными стереотипами. Инквизиционный принцип, или принцип следствия, в своём исходном «чистом» значении, не предполагая пытки, казни и другие средневековые рудименты, в первую очередь отражает ведущую роль государства в расследовании и раскрытии преступлений, профессионализацию уголовно-процессуальных функций, возложение на публичную власть руководство процессом. Указание на то, что производство является инквизиционным, главным образом, подчёркивает его противоположность состязательно-обвинительному порядку

щихся отсутствием гласности, письменностью производства при том, что рассмотрение дела в суде предполагает публичность заседаний, состязательность, равноправие стороны защиты и обвинения и т.д. Несмотря на то, что отдельные представители швейцарской доктрины говорят о так называемом «реформированном состязательном процессе»²⁸, конечно же, речь идёт не о возврате к состязательно-обвинительному производству, а о его качественной модификации посредством синтеза с инквизиционным процессом, в результате чего появляется смешанный тип уголовного судопроизводства, существующий в настоящее время.

Кроме того, М. Питт выделяет и иные черты, которые характерны для досудебного производства смешанного типа (в том числе швейцарского), если воспринимать его в качестве идеальной модели в отрыве от исторического контекста:

1) «Стороны самостоятельно распоряжаются принадлежащими им правами»²⁹. Автор подчёркивает, что участники судопроизводства в известной степени обладают дискреционными полномочиями, которые они в допустимых пределах, установленных законом, вправе свободно использовать по своему усмотрению.

Следует отметить, что обладание возможностью распоряжаться своими правами (в отношении государственных органов правильнее говорить о полномочиях) характерно, скорее, для состязательно-обвинительного процесса, например, в англосаксонских странах отказ прокурора от обвинения, как правило, влечёт прекращение дела³⁰. Вместе с тем, в смешанном процессе «мера дискреционности», несомненно, выше, чем в инквизиционном, где усмотрение следственного судьи не обладает решающим значением, напри-

англосаксонского образца, в котором отсутствуют дознание и предварительное следствие континентального типа, а сбор доказательств возлагается преимущественно на сами стороны.

²⁸ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel. 2009. S. 26-33; Hauser R., Schweri E. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2002. S. 13. Поскольку в отечественной терминологии такой процесс традиционно называется смешанным, то и применительно к современной швейцарской модели организации производства представляется логичным использовать данный термин.

²⁹ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 29.

³⁰ См.: Головкин Л.В. Институты отказа прокурора от обвинения и изменения обвинения в суде: постсоветские перспективы в условиях теоретических заблуждений // Государство и право. 2012, № 2. С. 55.

мер, признание установленными или не установленными тех или иных фактов определяется арифметическим подсчётом доказательств, который он обязан произвести в строгом соответствии с законом без учёта своего внутреннего убеждения.

2) «Если в этом есть необходимость, некоторые участники могут быть «профессионально представлены»³¹. Далее М. Питт развивает мысль о том, что, во-первых, не только обвиняемые, но и другие лица (потерпевший, свидетель и т.д.) могут иметь в деле представителя и получать квалифицированную юридическую помощь, и, во-вторых, данное право приобретает абсолютный характер – участие в деле защитника по общему правилу не может быть обусловлено какими-либо формальными основаниями. Оно становится одним из ключевых принципов уголовного процесса.

Данный тезис представляется верным. В инквизиционном судопроизводстве обвиняемый не обладал достаточными возможностями, чтобы противостоять следственному судье. В свою очередь в смешанном процессе провозглашается процессуально-правовое равенство стороны защиты и обвинения (по крайней мере в судебных стадиях); законодатель уделяет важное значение тому, чтобы обвиняемый, а при необходимости и другие участники, являющиеся частными лицами, могли быть не просто представлены, а представлены «профессионально», и предъявляет определённые требования к таким субъектам, например, далеко не любое лицо, даже получившее высшее юридическое образование, может быть защитником.

3) «Субъекты, ведущее производство по делу в досудебных и в судебных стадиях, строго отделены друг от друга»³².

Классическая модель смешанного процесса предполагает в данном случае невозможность совмещения указанных статусов: сначала в досудебном производстве следственный судья или иной уполномоченный орган ведет *предварительное* следствие, а затем при рассмотрении дела по существу

³¹ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 29.

³² Pieth M., op.cit., s. 29.

суд³³ руководит *окончательным* следствием и постановляет приговор. Разделение досудебных и судебных органов, пожалуй, является своего рода ограничительной чертой между инквизиционным и смешанным процессом (англосаксонские страны, очевидно, в данном случае М. Питт не рассматривает).

До объединения уголовно-процессуального права досудебное производство в различных швейцарских кантонах существенным образом отличалось друг от друга по целому ряду критериев: круг субъектов, полномочия, которыми они обладают, перечень государственных органов, открывающих производство и принимающих решение о его окончании, дифференциация досудебных стадий. Вместе с тем швейцарские ученые с конца XVIII столетия задумывались о кодификации уголовно-процессуального права посредством принятия единого для всей страны УПК, предполагающего введение на всей ее территории унифицированного порядка досудебного производства. Так, ещё в 1798 г. руководство Швейцарии направило поручение в парламент, чтобы данный орган, учитывая имевшие место многочисленные недостатки в оправлении правосудия, принял единый для всей страны УПК, однако последовавшие законодательные работы не увенчались успехом. В XIX веке тезис о необходимости унификации судопроизводства выдвигался и аргументировался Швейцарским обществом уголовного права и тюрем, которое ставило своей целью улучшить отправление правосудия и работу пенитенциарной системы. Как писал профессор И. Хюрбин, «требование объединения уголовного права³⁴ красной нитью тянется сквозь историю и деятель-

³³ При этом предварительное следствие и окончательное следствие обязательно возлагается на разных судей.

³⁴ Швейцарская доктрина традиционно исходит из того, что понятие «уголовное право» (*das Strafrecht*) является собирательным и включает в себя в равной степени как материальное (*das materielles Strafrecht*), так и формальное (*das formelles Strafrecht*) уголовное право. На это обращают внимание в частности профессора Р. Хаузер и Д. Джоситш: (Hauser R., Schweri E. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2002. S. 1; Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009. S. 1). Помимо аргументов, предполагающих обращение к вышеуказанным научным источникам, прямым доказательством данного тезиса также служит ст. 123 Конституции Швейцарии от 18 апреля 1999 г.: она озаглавлена «Уголовное право» (*Strafrecht*) и при этом гласит: «Законодательство в области уголовного права и *уголовного процесса* (выделено – Авт.) является предметом ведения федерации» (*Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts ist Sache des Bundes*).

ность общества, и, главным образом, потому, что при всех задуманных нами реформах в тюремном деле мы наталкиваемся постоянно на препятствия, имевшие свою причину в отсутствии единого общешвейцарского уголовного законодательства»³⁵. Вопрос об унификации процесса обсуждался снова в связи со вступлением в силу единого УК Швейцарии³⁶ в 1942 г. При этом, как справедливо пишет парламентарий Ф. Вики, опасность, в силу которой кантональное разнообразие в сфере процессуального права могло бы слишком сильно препятствовать унифицированному применению Уголовного кодекса, тем не менее, не рассматривалась как большая настолько, чтобы возникли сомнения в целесообразности федерализма³⁷.

21 декабря 2005 г. швейцарский Парламент (Федеральное Собрание) принял официальное Послание³⁸ (с приложением в виде проекта УПК³⁹), в котором выразил готовность унифицировать уголовный процесс путем принятия единого Кодекса⁴⁰. 5 октября 2007 г. высший законодательный орган этой страны подавляющим большинством голосов принял единый УПК⁴¹, внеся в ходе парламентских дебатов лишь незначительные изменения в проект, подготовленный профессором Н. Шмидом. В Европе это стало одним из наиболее значимых уголовно-процессуальных событий последнего времени. Документ официально опубликован на немецком, французском, итальянском и ретороманском языках.

³⁵ Цит. по: Пржевальский В.В. Объединение уголовного законодательства в Швейцарии. СПб, 1894. С. 42.

³⁶ Один из первых переводов данного документа на русский язык: Швейцарский уголовный кодекс 1937 г. // пер. с нем. Н.С. Лапшиной. М. 1941.

³⁷ См.: Wicki F. Die Schweizerische Strafprozessordnung aus der Sicht des Gesetzgebers // ZStrR. 2007, № 125. S. 219.

³⁸ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

³⁹ По данному поводу М. Леопольд, с некоторой иронией пишет: «1,5 килограмма. Весы показали эту массу, когда коллега из Парламентского совета Франц Вики взвесил 322-страничное издание проекта Уголовно-процессуального Кодекса. Таким образом, сегодня я говорю о действительно *взвешенном* законе» (Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung / Jusletter 15. September 2008. URL: http://st-gallerjuristenverein.ch/P_Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf; (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

⁴⁰ В Послании также констатируется, что к моменту его принятия Швейцария остается единственной страной континентальной Европы, в которой уголовно-процессуальное право не унифицировано на общегосударственном уровне URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

⁴¹ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5.10.2007. URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

Принятие данного Кодекса потребовало проведения обширных законодательных работ в связи с необходимостью привести в соответствие с ним другие законы, действующие в федерации и кантонах⁴². В специальном предписании установлено, что Кодекс вводится в действие с 1 января 2011 г. За исключением ряда переходных положений он применяется уже более трех лет. По состоянию на сегодняшний день УПК Швейцарии действует в редакции от 13 декабря 2013 г., которая вступит в силу 1 января 2015 г.⁴³

Выделяемые в научной литературе аргументы в пользу кодификации связаны с необходимостью усовершенствования законодательного регулирования всех без исключения стадий уголовного процесса. Рассмотрим те из них, которые касаются досудебного производства. Большинство авторов в тех или иных модификациях выделяют 4 основные причины и несколько сопутствующих условий, в силу которых регулирование досудебных стадий должно строиться унифицировано в масштабах всей страны:

1) Обеспечение правопорядка и улучшение межкантонального взаимодействия. Существовавший в Швейцарии правовой партикуляризм негативно влиял на достижение целей уголовного процесса. Данное государство имеет относительно небольшую территорию⁴⁴ и существование различных подходов к целому ряду институтов досудебного производства, в частности, к дифференциации его форм, к принципам легальности и целесообразности при решении вопроса о возбуждении дела и т.д. не представляется оправданным. Швейцарские кантоны испытывали существенные трудности при взаимодействии друг с другом в вопросах определения компетенции, территориальной и родовой подсудности, направлении запросов об экстрадиции.

⁴² П. Гуидон констатировал, что УПК 2007 г. «влечет за собой большие или малые изменения в общей сложности 32 законов». Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September 2008. URL: <http://st-gallerjuristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf> (последний просмотр сайта - 30.01.2014).

⁴³ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/history.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013). Данный закон связан с ужесточением ответственности педофилов и предполагает ряд изменений в УК, УПК и Ювенальный Швейцарии.

⁴⁴ Площадь Швейцарии составляет 41,3 тыс. км² (Большая Советская Энциклопедия. Том 29. М., 1978. С. 318). В настоящее время она занимает 132-ое место в мире по размеру территории.

Кроме того, ещё в XIX веке профессор В.В. Пржевальский писал, что если в одном кантоне деяние преследуется *ex officio*, а в другом – исключительно по жалобе заинтересованных лиц⁴⁵, то «целесообразная и удачная борьба с преступлениями немыслима»⁴⁶. В таких условиях лица, задумавшие совершить уголовно-наказуемое деяние, могут извлечь выгоду из данной юридической несогласованности: получается, что в одних кантонах совершать преступление более рискованно, чем в других, с точки зрения вероятности привлечения к уголовной ответственности. Ситуация значительно усугублялась тем, что в связи с небольшими размерами государства лицо, совершившее преступление, может за короткий промежуток времени переехать из одного кантона в другой⁴⁷ и в силу предусмотренных в законе обстоятельств избежать уголовного преследования (например, в связи с отсутствием жалобы потерпевшего, если дело не может быть начато без данного документа). Кроме того, коллизии кантональных УПК влекли за собой трудности, связанные с применением норм об экстрадиции.

2) Повышение эффективности в борьбе с современными формами преступности. Как справедливо отмечает профессор Л. Ляймгрубер, борьба с легализацией доходов, добытых преступным путём, с организованной преступностью, с весьма сложными для расследования экономическими преступлениями и огромными не знающими границ сетями транснациональной преступности требует не только соответствующих основ в материальном праве. Усиленная координация и концентрация сил должна производиться, скорее, в

⁴⁵ Ещё в XIX веке К. Штосс писал: «Швейцарское уголовное законодательство очень богато преступлениями, преследуемыми лишь по жалобе потерпевшего и представляет в этом отношении большое разнообразие» (Stoß C. Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, im Auftrag des Bundesrates vergleichend dargestellt. Basel und Genf. I-II.1892-1893. I. § 26. S. 275-284). Профессор В.В. Пржевальский, развивая его мысль, констатировал, что «большие различия существуют по кантонам относительно срока подачи жалобы, допустимости примирения по этим преступлениям и процессуального момента, до наступления которого жалоба потерпевшего может быть взята обратно» (Пржевальский В.В. Объединение уголовного законодательства в Швейцарии. СПб, 1894. С. 69).

⁴⁶ Пржевальский В.В. Объединение уголовного законодательства в Швейцарии. СПб, 1894. С. 65.

⁴⁷ Площадь швейцарских кантонов Аппенцель-Ауссерроден, Аппенцель-Иннерроден составляет лишь 200 км², а размер города-кантона Базель-Штадт – всего 40 км² (Большая Советская Энциклопедия. Том 29. М., 1978. С. 319).

области уголовного преследования⁴⁸. Борьба с международной организованной преступностью, которую без преувеличения можно отнести к глобальным проблемам человечества, предполагает максимальную концентрацию усилий не только на международном уровне, но и внутри страны. Единое построение системы досудебных органов, в частности прокуратуры и полиции, а также унифицированное регулирование порядка их уголовно-процессуальной деятельности, повышает эффективность противостояния преступности⁴⁹.

3) Взаимная гармонизация уголовного права и уголовного процесса. Как справедливо пишет судья Кантонального суда Санкт-Галлена профессор П. Гуидон, материальное и формальное уголовное право находятся во взаимосвязи и поэтому их необходимо согласовать наилучшим образом⁵⁰. С момента унификации составы преступных деяний будут не только единым образом сконструированы для всей Швейцарии, но и подлежать преследованию и разрешаться по существу по одним и тем же процессуальным правилам⁵¹.

Асимметрия, при которой в государстве уголовное право единое, а уголовно-процессуальное – нет, является своего рода нонсенсом. Даже если не принимать во внимание юридические аргументы, то как минимум, исходя из логики и здравого смысла, необходимо, чтобы либо обе отрасли права были полностью едины в масштабах всего государства – такой подход можно обнаружить в большинстве современных правопорядков, либо – ни одна (при таком порядке обе отрасли относятся к ведению субъектов федерации, например, такой подход имел место в Швейцарии до 1942 г.).

4) Обеспечение равноправия граждан. Ныне действующая Конституция Швейцарии 1999 г. в ст. 8 устанавливает, что все люди равны перед законом⁵² («*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*»⁵³). При этом объём прав, принад-

⁴⁸ См.: Leimgruber L. Das neue Engagement des Bundes in der Strafverfolgung, Kurzkomentar zur «Effizienzvorlage». Bern, 2001. S. 28ff.

⁴⁹ Данное утверждение касается в частности института экстрадиции.

⁵⁰ Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September 2008. URL: <http://stgallerjuristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf> (последний просмотр сайта - 30.01.2014).

⁵¹ Там же.

⁵² Конституции зарубежных стран // сост. Дубровин В.Н. М., 2003. С. 94.

⁵³ URL: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/101/> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

лежащих участникам процесса, являющихся частными лицами (обвиняемому, свидетелю и т.д.), в досудебном производстве в значительной степени варьировался. К примеру, в одних кантонах задержанный обладал правом пользоваться услугами «защитника первого часа» (*Anwalt der ersten Stunde*)⁵⁴, в других – нет. Условия содержания обвиняемых в следственных изоляторах различных кантонов, перечень принадлежащих им прав также существенно различаются. Такое положение, предполагающее неравенство граждан перед законом и судом, противоречит также целому ряду международно-правовых актов, ратифицированных Швейцарией.

К числу других причин, выделяемых в науке в пользу унификации уголовного процесса, можно отнести то, что «раздробленность законодательства служит тормозом, препятствующим развитию науки уголовного права Швейцарии, а через это – и успешному ходу уголовного правосудия»⁵⁵, а также затруднения при ведении статистики, отражающей результаты расследования уголовных дел⁵⁶. М. Питт на обратной обложке учебника «Уголовно-процессуальное право: основы для изучения и практики» среди его преимуществ указывает на то, что он избавлен «...от прежней кантональной рутины» («...von der bisherigen kantonalen Routine»). Представляется, что напрямую с данными доводами в полной мере согласиться нельзя, поскольку правовой партикуляризм в определённой степени даже обогащает процессуальную науку, а для эффективной организации работы по ведению статистики унификация вовсе не требуется. Вместе с тем эти доводы могут быть приняты в качестве косвенных аргументов, подтверждающих необходимость унификации правового регулирования досудебного производства.

Таким образом, швейцарский уголовный процесс, изначально принадлежа к континентальному типу, в своей исторической эволюции прошёл через состязательно-обвинительную и инквизиционную форму и в настоящее время может быть отнесён к смешанному типу, как показано выше. Ключе-

⁵⁴ Подробный анализ данного института приведён во второй главе диссертационного исследования.

⁵⁵ Пржевальский В.В. Объединение уголовного законодательства в Швейцарии. СПб, 1894. С. 80.

⁵⁶ Там же. С. 80.

вой особенностью, определявшей его развитие, длительное время выступал правовой партикуляризм. Следствием этого являлось влияние на уголовный процесс отдельных кантонов соседних государств (воздействие оказывали и наука, и законодательство). Кроме того, определяющим фактором его модернизации в последние два столетия стала борьба за унификацию уголовно-процессуального права, которая лишь в начале XXI столетия увенчалась успехом.

§ 2. Обзор моделей досудебного производства в швейцарских кантонах накануне принятия УПК 2007 г.

Швейцарские ученые признают, что краеугольным камнем любой уголовно-процессуальной системы является построение досудебных стадий⁵⁷. Оно отражает её принадлежность к тому или иному типу и порядку судопроизводства. В условиях сближения континентальной и англосаксонской правовой семьи (а также отдельных институтов, которые их характеризуют) выбор, сделанный швейцарским законодателем, отражает важные тенденции, характерные для формирования современной процессуальной карты Европы.

УПК Швейцарии 2007 г. в части досудебного производства представляет интерес, прежде всего, в связи с тем, что в ранее действовавшем кантональном законодательстве отсутствовал единый подход к его построению⁵⁸. Действовавший Кодексы демонстрировали «поражающую пестроту»⁵⁹, «весьма существенные различия»⁶⁰. При этом одни кантоны испытывали влияние французской процессуальной системы, другие – немецкой, третьи –

⁵⁷ Landshut N. Art. 299 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1480.

⁵⁸ Более того, в некоторых кантонах, в которых существовал институт следственных судей, все стадии процесса являлись судебными. В свою очередь, поскольку новый УПК отказался от данного института, и дознание, и предварительное следствие могут быть объединены в понятие «досудебное производство».

⁵⁹ Щегловитов И.Г. Реформа уголовного процесса в Цюрихском кантоне // Право. 1904, № 25. С. 134.

⁶⁰ Решетников Ф.М. Уголовная юстиция современной Швейцарии // Советское государство и право. 1991, № 3. С. 128.

итальянской, четвёртые – всех вышеназванных систем⁶¹. Степень данного воздействия существенно различалась.

Выделение моделей досудебного производства входит в традиции швейцарской уголовно-процессуальной науки⁶². Обобщение законодательных конструкций, существовавших в швейцарских кантонах (в рамках своего рода «внутригосударственной компаративистики»), позволяет выделить 4 основные модели уголовного преследования с учётом определённых упрощений, которые имеют место в силу необходимости. В научной терминологии, устоявшейся в этой стране, их принято обозначать: модель следственного судьи I, модель следственного судьи II, модель прокуратуры I и модель прокуратуры II.

Прежде чем анализировать основные модели досудебного производства, сложившиеся в швейцарских кантонах накануне принятия УПК 2007 г., отметим, что ни одна из них не существовала в чистом виде. Речь идёт, скорее, о научном обобщении различных порядков его организации. По сути, данные теоретические конструкции являются результатом не законодательных работ, а анализа, произведённого учёными. Парламенты кантонов приняли 26 Уголовно-процессуальных кодексов, различных по содержанию и форме, а обобщили их именно учёные.

Основными критериями их выделения являются соотношение между различными формами предварительного расследования⁶³, круг субъектов, уполномоченных инициировать и впоследствии осуществлять дознание и предварительное следствие, их взаимоотношения, последовательность процессуальных действий, а также, как отмечено в Послании Федерального собрания от 21.12.2005, «односоставность» или «двусоставность»⁶⁴, определяе-

⁶¹ Определённое воздействие оказывали также уголовно-процессуальные институты Австрии и Лихтенштейна, что будет показано далее.

⁶² Глубокий теоретический анализ подходов к выделению данных моделей приводится, в частности, в следующих работах: Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009; Hauser R. Schweri E. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2002; Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009; Oberholzer N. Grundzüge des Strafprozessrechts, dargestellt am Beispiel des Kantons St.Gallen. St.Gallen, 2005.

⁶³ В данном случае термин «досудебное производство» неприемлем, поскольку в некоторых кантонах, УПК которых предусматривали институт следственных судей, все производства являлось судебным.

⁶⁴ URL: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

мая количеством лиц (органов), ведущих производство по делу на данной стадии⁶⁵. При научном обобщении моделей также следует принимать во внимание, какие именно должностные лица и государственные органы уполномочены производить следственные действия и избирать меры принуждения.

Рассмотрим соответствующие законодательные подходы, их сущностные черты, научную оценку, достоинства и недостатки, а также их место в сравнительном уголовном судопроизводстве.

Модель следственного судьи I (Untersuchungsrichtermodell I) предполагает, что предварительное следствие ведут полностью независимые следственные судьи (*der Untersuchungsrichter*). Их самостоятельность предопределяется принципом разделения властей, исходя из которого судьи, в отличие от должностных лиц органов исполнительной власти, подчиняются только закону; над ними нет и не может быть никакого начальствующего лица. Полнота судебной власти в данной модели выражается ещё и в том, что полиция состоит при судах; её именуют судебной полицией (*die gerichtliche Polizei*). Она подчинена следственным судьям, выполняет их указания, оказывает им содействие при производстве следственных и иных процессуальных действий.

Как справедливо отмечается в Послании Федерального собрания от 21.12.2005⁶⁶, а также в докладе «Из 29 сделай 1» (декабрь 1997 г.)⁶⁷, такая модель односоставна. Это означает, что в данной стадии процесса имеет место только один субъект, ведущий производство по делу. Следственный судья самостоятельно *ex officio* принимает решение об открытии предварительного следствия, избирает меры принуждения, проводит следственные действия, собирает доказательства, указывающие на совершение уголовно-наказуемого деяния⁶⁸.

⁶⁵ Швейцарские юристы также используют трудно переводимый на русский язык термин «*der Handwechsel*» — изменение лица, ведущего производство по делу (дословно: «ручное изменение»).

⁶⁶ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

⁶⁷ URL: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess/a29m1-d.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

⁶⁸ Ст. 10 УК Швейцарии исходит из того, что уголовно-наказуемые деяния подразделяются на преступления (*das Verbrechen*) и уголовные проступки (*das Vergehen*). Разграничение между ними проводится по тяжести

Прокуратура в такой модели досудебного производства не является органом предварительного следствия. В уголовный процесс она вступает лишь по окончании данной стадии, когда следственный судья передаёт ей документы, отражающие результаты расследования, и она либо утверждает обвинительное заключение⁶⁹, либо прекращает уголовное дело.

Дифференциация досудебного производства на дознание и предварительное следствие отсутствует.

Данная модель является относительно редкой. Исторически она сложилась в пяти швейцарских⁷⁰ кантонах: Гларус (*Glarus*) – в соответствии с УПК от 2 мая 1965 г.⁷¹, Цуг (*Zug*) – согласно УПК от 6 октября 1940 г.⁷², Фрибур (*Freiburg*) – на основе УПК от 14 ноября 1996 г.⁷³ (по сути речь идёт о существенно обновлённой редакции УПК 1927 г.), Во (*Waadt*) – в соответствии с УПК от 12 сентября 1967 г.⁷⁴ и Вале (*Wallis*) – на основе УПК от 22 февраля 1962 г.⁷⁵ Кроме того, уже во время разработки общешвейцарского УПК в кантоне Золотурн (*Solothurn*) принят новый УПК от 1 августа 2005 г., который также следовал этой модели (ранее действовал УПК от 7 июля 1970 г.)⁷⁶.

наказания, предусмотренного за их совершение. Преступлением признается деяние, подлежащее наказанию в виде лишения свободы на срок более 3 лет, а уголовным проступком – до 3 лет или денежным штрафом. Кроме того, Кодекс выделяет уголовные нарушения (*die Übertretungen*), которые наказываются только менее тяжким штрафом (*die Busse*) (УК исходит из дуализма штрафа и выделяет две его разновидности, которые можно перевести на русский язык как уголовный штраф и менее тяжкий штраф).

⁶⁹ В швейцарском уголовном процессе термины «предъявление обвинения», «выдвижение обвинения», «утверждение обвинительного заключения» имеют в сравнении с Россией существенную специфику. Она будет показана во второй и третьей главе диссертационного исследования при анализе данных правовых институтов.

⁷⁰ Поскольку в большинстве изданий, в которых перечисляются швейцарские кантоны, их названия зачастую переводятся по-разному, в качестве эталона будут приняты обозначения, содержащиеся в Большой Советской Энциклопедии (Большая Советская Энциклопедия. Том 29. М., 1978. С. 319) как в официальном научном издании.

⁷¹ Анализ досудебного производства в кантоне Гларус: Streiff H. Die Strafrechtspflege im Kanton Glarus. Zürich, 1948.

⁷² Анализ досудебного производства в кантоне Цуг: <http://www.zug.ch/behoerden/zivil-und-strafrechtspflege/strafgericht/strafprozessordnung-stpo> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

⁷³ Анализ досудебного производства в кантоне Фрибур: <http://www.kindesschutzbehoerde.ch/help/fr/321v0005.pdf> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

⁷⁴ Анализ досудебного производства в кантоне Во: Gilleron. Procedure penale vaudoise, Code annoté. Lausanne, 1969.

⁷⁵ Анализ досудебного производства в кантоне Вале: Perrin M. Introduction a la procedure penale valaisanne. Martigny, 1996.

⁷⁶ Анализ досудебного производства в кантоне Золотурн: Winiger R. Das soloturnische Strafprozess- und Gerichtsorganisationsrecht // BJM, 1989. S.113ff.

Оценивая преимущества данной модели, можно констатировать, что её разработчики смогли четко разграничить уголовно-процессуальные полномочия: следственный судья производит только расследование, а прокуратура осуществляет исключительно функции, связанные с обвинением; как указано в Послании Федерального собрания от 21.12.2005, ими являются формулирование обвинения и его представление перед судом⁷⁷. Судебная власть при таком подходе к организации уголовного процесса осуществляется наиболее полно. Должностное лицо, ведущее производство, независимо не только в судебных стадиях (судьи, рассматривающие дело по существу), но и в досудебном производстве (следственные судьи). Модель ориентирована на невмешательство органов исполнительной власти в работу судебной системы на всех стадиях уголовного процесса.

Профессор М. Леопольд, занимавший должность Министра юстиции и полиции Швейцарии с 1 июля 2006 г. по 14 декабря 2012 г.⁷⁸, относит к достоинствам данной модели:

- 1) ясное разделение органов, ведущих расследование и поддерживающих обвинение.
- 2) уголовное судопроизводство с самого начала находится под ответственностью независимого судьи⁷⁹.

При таком порядке, образно говоря, «есть кто-то один, с кого можно спросить».

Оценивая недостатки данной модели досудебного производства, можно констатировать, что она наиболее инквизиционна, поскольку она отрицает любую состязательность на данной стадии процесса. Чрезмерная независимость следственного судьи не только создаёт гарантии его беспристрастности, но и таит в себе угрозу произвола с его стороны. Следственный судья,

⁷⁷ Дословно: «*Sie hat nach dessen Abschluss die Anklage zu formulieren und vor den Gerichten zu vertreten*» // URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

⁷⁸ [http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesamt_f%C3%BCr_Justiz_\(Schweiz\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesamt_f%C3%BCr_Justiz_(Schweiz)) // http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref_2012-12-142.html (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

⁷⁹ Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge – Besonderheiten. URL: http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

как и судьи, рассматривающие дело по существу, входит в судебский корпус, и отсюда вытекает, что один и тот же государственный орган и расследует преступление, и изобличает обвиняемого, и решает вопрос о виновности. Возникает риск «профессиональной солидарности». Соответствующие полномочия, конечно, возложены на разных судей, но данные должностные лица как бы то ни было относятся к одной ветви государственной власти (в ряде случаев даже к одному суду)⁸⁰. Выходит, что при таком подходе не две, а только одна ветвь власти решает и предварительно, и окончательно вопрос о вине – в этом и заключается недостаток этой модели в сравнении с другими.

Кроме того, в ряде случаев раскрываемость преступлений и эффективность расследования во многом определяется скоординированностью деятельности сотрудников соответствующего органа, особенно по сложным и многоэпизодным делам. В свою очередь в данной модели никакая субординация невозможна. Независимость судей, бесспорно, необходима при рассмотрении дела по существу, однако она может быть нецелесообразной при осуществлении предварительного следствия.

Недостатки данной модели, по мнению М. Леопольда, состоят в том, что:

- 1) возникает необходимость передачи дела от расследующих органов, к органам, поддерживающим обвинение;
- 2) ведомство следственных судей в связи с их независимостью не может быть субординационно структурировано⁸¹.

Данные аргументы представляются обоснованными. Отметим лишь, что передача дела от одних органов досудебного производства к другим и невозможность ведомственной субординации не являются недостатком в ка-

⁸⁰ Правда, можно возразить, указав, что все виды проверочных производств имеют неустранимые недостатки, обусловленные вышеназванной причиной, однако этот довод, думается, неубедителен, так как предварительное следствие происходит в досудебном производстве (разумеется, с оговоркой о том, что в модели следственного судьи I всё производство является судебным; в данном случае используется отечественная терминология), а апелляция, кассация и т.д. – в судебном.

⁸¹ Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge - Besonderheiten. URL: http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

честве общего правила; названные обстоятельства всего лишь создают определённые процессуальные трудности.

Рассматривая данную модель с точки зрения сравнительного правоведения и истории права, можно утверждать, что она максимально приближена к конструированию досудебного производства по Каролине (*Constitutio Criminalis Carolina*) 1532 г.⁸² (конечно же, с учётом определённых различий, в частности модель следственного судьи I предполагает участие в досудебном производстве прокурора, утверждающего обвинительное заключение), которая наделяла следственного судью по сути безграничными полномочиями по ведению досудебного производства, по совершению следственных действий, избранию мер принуждения и т.д. Через такую модель исторически прошли большинство швейцарских кантонов. Кроме того, рассматриваемая модель, будучи инквизиционной по своему типу, близка к той, которая существовала во Франции в соответствии с Уголовным Ордонансом 1670 г. Людовика XIV⁸³ (с тем же отличием, что и Каролина 1532 г.). В современном мире данная модель почти неизвестна, поскольку с XIX века многие европейские государства, в том числе Россия, начали отказываться от нее, воспринимая концепцию смешанного процесса, нашедшую отражение во французском Кодексе уголовного следствия 1808 г.

Модель следственного судьи II (Untersuchungsrichtermodell II) основана на том, что субъектами, ведущими производство по делу в досудебных стадиях, являются не только следственные судьи, но и прокуратура. В таком подходе предварительное следствие самостоятельно ведут следственные судьи, которые, тем не менее, обязаны выполнять указания прокуратуры в установленных законом случаях⁸⁴. Как отмечается в Послании Федерального собрания от 21.12. 2005 , «мера данной связанности» (*das Mass dieser Weisungsgebundenheit*) различается в законодательстве и практике отдельных

⁸² Каролина. Уголовно-судебное уложение Карла V // пер. С.Я. Булатова. Алма-Ата, 1967.

⁸³ Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы // под ред. В.М. Корецкого. М., 1961.

⁸⁴ Вопрос о том, можно ли называть данных должностных следственными судьями, будет рассмотрен далее.

кантонов⁸⁵. Также не одинаковы подходы к построению взаимодействия данных процессуальных субъектов. В то время как в отдельных кантонах следственные судьи обладают полномочиями инициировать производство по делу без указания прокурора (например, в Берне) и обширной компетенцией по его прекращению, в других кантонах им принадлежат только полномочия, связанные с совершением следственных действий и избранием мер принуждения. В большинстве кантонов, относящихся к данной модели (а равно как и к модели следственного судьи I), прокуратура обладает исключительными полномочиями по утверждению обвинительного заключения и поддержанию обвинения в последующих стадиях процесса⁸⁶.

Дифференциация досудебного производства на дознание и предварительное следствие также отсутствует.

Данная модель получила более широкое распространение. Исторически она сложилась в 13 кантонах: Берн (*Bern*) – в соответствии с Законом об уголовном судопроизводстве от 15 марта 1995 г.⁸⁷, Люцерн (*Luzern*) – согласно УПК 3 июня 1957 г.⁸⁸, Швиц (*Schwyz*) – на основе Постановления Кантонального Совета об уголовном процессе от 28 августа 1974 г.⁸⁹, Обвальден (*Obwalden*) – в соответствии с Постановлением Кантонального Совета об осуществлении правосудия по уголовным делам от 14 сентября 1972 г.⁹⁰, Нидвальден (*Nidwalden*) – согласно УПК от 19 апреля 1945 г.⁹¹, Базель-Ландшафт (*Basel-Landschaft*) в значительной степени – на основе УПК от 3

⁸⁵ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

⁸⁶ В этой связи значительный интерес представляет решение по делу «Губер против Швейцарии» от 23 октября 1990 г. В жалобе, поданной в Комиссию 27 февраля 1987 г., заявительница утверждала, что один и тот же прокурор дал санкцию на ее задержание и затем выступил обвинителем в суде, чем, по ее мнению, нарушена п. 3 ст. 5 ЕКПЧ. Жалоба признана приемлемой 9 июля 1988 г. В докладе от 10 апреля 1989 г. Комиссия, установив факты, пришла к выводу, что, действительно, имело место нарушение данной статьи (12 голосов против 2) // СПС «Консультант Плюс», 2013.

⁸⁷ Анализ досудебного производства в кантоне Берн: Aeschlimann J. Das neue bernische Gesetz über das Strafverfahren vom 15. März 1995. 1996; Mauer T. Das bernische Strafverfahren. Bern, 1999.

⁸⁸ Анализ досудебного производства в кантоне Люцерн: Wiprächtiger H. Luzerner Strafprozessordnung. Luzern, 1991.

⁸⁹ Анализ досудебного производства в кантоне Швиц: Hauser R. // ZStrR, 107. 1990. S. 445ff.

⁹⁰ Анализ досудебного производства в кантоне Обвальден: Cottter G. Die Revision des obwaldnerischen Strafverfahrens von 1996. Sarnen, 1997.

⁹¹ Анализ досудебного производства в кантоне Нидвальден: Hauser R. Der Nidwaldner Strafprozess nach Revisionen von 1988 und 1989 // ZStrR. 1995, № 113. S. 96ff.

июня 1999 г.⁹², Шафхаузен (*Schaffhausen*) – в соответствии с УПК от 15 декабря 1986 г.⁹³, Аппенцелль-Ауссерроден (*Appenzell-Ausserrhoden*) – согласно Закону об уголовном процессе от 30 апреля 1978 г.⁹⁴, Граубюнден – (*Graubünden*) на основе Закона о правосудии по уголовным делам от 8 июня 1958 г.⁹⁵, Тургау (*Thurgau*) – в соответствии с Законом о правосудии по уголовным делам от 30 июня 1970 г.⁹⁶, Цюрих (*Zürich*) – согласно УПК от 4 мая 1919 г.⁹⁷; отчасти к данной модели можно отнести Аппенцелль-Иннерроден (*Appenzell-Innerrhoden*) – на основе УПК от 27 апреля 1986 г.⁹⁸ и Санкт-Галлен (*St. Gallen*) – в соответствии с Законом об уголовном судопроизводстве от 1 июля 1999 г.⁹⁹ Следует отметить и то, что последние три кантона незадолго до кодификации уголовно-процессуального права Швейцарии перешли к модели прокуратуры II, которая будет рассмотрена ниже.

Оценивая преимущества данной модели, можно утверждать, что в ней нет такой безграничной власти следственного судьи, которая имеет место в вышерассмотренной модели. Сразу два государственных органа фактически в равной мере несут ответственность за направление предварительного след-

⁹² Анализ досудебного производства в кантоне Базель-Ландшафт: Kriss-Peter C. Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft. Basel, 1993; Ruckstuhl N. Die revidierte Strafprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Juni 1999 // ZStrR. 2000, № 118. S. 414 ff.

⁹³ Анализ досудебного производства в кантоне Шафхаузен: Hauser R. Die Schaffhauser Strafprozessordnung vom 15. Dezember 1986 // ZStrR. 1990, № 107. S. 202ff; Werner B. Die Gerichtsorganisation im Kanton Schaffhausen – Werk oder Flickwerk? // Schaffhauser Recht und Rechtsleben, Festschrift zum Jubiläum 500 Jahre Scharhausen im Bund. Schaffhausen, 2001.

⁹⁴ Анализ досудебного производства в кантоне Аппенцелль-Ауссерроден: Bänziger F., Stolz W., Kobler W. Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzel ARh. Herisau, 1992; Rohner W. Zur Totalrevision der ausserrhodischen Strafprozessordnung // ZStrR, 97. 1980. S. 112ff.

⁹⁵ Анализ досудебного производства в кантоне Граубюнден: Paddrutt W. Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden. Chur. 1996.

⁹⁶ Анализ досудебного производства в Кантоне Тургау: Bürgi H. Die Behördeorganisation und das ordentliche Verfahren nach der Revision des thurgauischen Strafprozessrechts. Zürich, 1973; Zweidler T. Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung. Bern. 2005.

⁹⁷ Анализ досудебного производства в Кантоне Цюрих: Donatsch N., Schmid R. Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich. Zürich, 1996; Rechberg J., Hohl M. Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991. Zürich, 1992; Zindel A. Kosten und Entschädigungsformen im Strafverfahren des Kantons Zürich. Zürich. 1972. Вместе с тем Цюрих не всегда придерживался такого подхода. В начале XX столетия И.Г. Щегловитов писал, что «одной из особенностей следственного института в Цюрихском кантоне является отсутствие в нём судебных следователей в качестве особых должностных лиц судебного ведомства, уполномоченных на производство предварительных следствий» (Щегловитов И.Г. Реформа уголовного процесса в Цюрихском кантоне // Право. 1904. № 25. 1343).

⁹⁸ Анализ досудебного производства в Кантоне Аппенцелль-Иннерроден: Rohner W. Zur Totalrevision der ausserrhodischen Strafprozessordnung. ZStrR, 97. 1980. S. 112ff.

⁹⁹ Анализ досудебного производства в Кантоне Санкт-Галлен: Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September 2008. URL: <http://st-gallerjuristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf> (последний просмотр сайта - 30.01.2014).

ствия, что выступает дополнительной гарантией непривлечения невиновного лица к уголовной ответственности: и прокуратура, и следственный судья должны определённо решить, что имеются достаточные основания для обвинения и для последующего направления дела в суд.

М. Леопольд относит к достоинствам данной модели осуществление так называемого «принципа четырех глаз»¹⁰⁰, состоящего в том, что, чем больше субъектов осуществляют контроль за законностью и способствуют предотвращению различных злоупотреблений и правонарушений, тем лучше (следует пояснить, что при буквальном истолковании этой метафоры речь идёт о паре глаз прокурора и паре глаз следственного судьи; в результате арифметического подсчёта образуются «четыре глаза»). Следует отметить и то, что это положение не связано исключительно с уголовно-процессуальной наукой и широко используется в налоговом, бюджетном, банковском и других отраслях швейцарского права¹⁰¹.

Оценивая недостатки данной модели, можно констатировать, что она в известной степени предполагает неопределённость правового статуса следственного судьи (*Juge d'instruction; Untersuchungsrichter*). С одной стороны, он уже не обладает тем высоким статусом, который у него был в модели следственного судьи I, с другой – он не низведён до обычного полицейского дознавателя, беспрекословно выполняющего указания прокурора в установленном законом порядке.

По мнению М. Леопольда, к её недостаткам относятся:

- 1) возможная неэффективность при передаче дела от одного субъекта, ведущего производство, к другому;
- 2) необходимость в судьях по вопросам заключения под стражу¹⁰².

¹⁰⁰ Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge – Besonderheiten. URL: http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹⁰¹ URL: <http://www.derbund.ch/bern/stadt/Waeltis-Welt-Aufgeweichtes-Vieraugenprinzip/story/29720504?comments=1> (последний просмотр сайта - 05.05.2013); <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=42709> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹⁰² Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge – Besonderheiten. URL: http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

Соглашаясь с первым утверждением, можно утверждать, что второе представляется достаточно спорным, поскольку теоретически и в других моделях организации досудебного производства возникает данная необходимость. Вместе с тем именно здесь данный вопрос приобретает особую актуальность ввиду ограниченности процессуальной самостоятельности следственного судьи¹⁰³.

Рассматривая данную модель с точки зрения сравнительного правоведения и истории права, можно утверждать, что она с учётом различных модификаций возникла в ряде стран Европы, в том числе в швейцарских кантонах, позже, чем модель следственных судей I, и направлена на смягчение безграничной власти данного участника процесса, отражала попытку найти процессуальный баланс между органами предварительного следствия и обвинения. Она существовала не только в швейцарских кантонах, но и *mutatis mutandis* близка к построению досудебного производства во Франции по Кодексу уголовного следствия 1808 г. Министр юстиции Российской империи И.Г. Щегловитов, сравнивая его с УУС 1864 г. (закреплённая в нём модель близка к модели прокуратуры I) пишет, что «наше предварительное следствие выгодно отличается от французского тем, что в нем нет того всемогущества прокуратуры, которая во Франции *поставлена во главе судебной полиции*»¹⁰⁴. Очевидно, данный автор подразумевает в том числе правомочие прокуратуры давать указания следственному судье по определённым в законе вопросам. И.Я. Фойницкий констатирует, что по Кодексу уголовного

¹⁰³ Вопрос о том, кто в различных моделях досудебного производства принимает решение о заключении под стражу, будет рассмотрен в последующих главах диссертационного исследования.

¹⁰⁴ Щегловитов И.Г. Влияние иностранных законодательств на составление Судебных уставов 20 ноября 1864 г. СПб., 1915. С. 50. При этом данный автор допускает некоторую неточность, указывая, что по Кодексу уголовного следствия 1808 г. французская прокуратура «располагает даже некоторыми следственными полномочиями» (Там же. С. 50). Такими полномочиями она не наделялась. Французское уголовно-процессуальное право, начиная с XIX века, основывается на строгом разграничении трёх процессуальных функций: уголовное преследование, предварительное следствие и судебное разбирательство, поэтому прокуратура ни в тот период, ни в настоящее время не обладает полномочиями производить следственные действия. Вместе с тем нельзя не заметить, что в рамках модели следственного судьи II, существовавшей в швейцарских кантонах, прокуратура могла давать следственному судье указания по определённым вопросам.

следствия 1808 г. *следственный судья «...как член судебной полиции подчинён прокурору»*¹⁰⁵.

С некоторыми изменениями модель следственного судьи II имела место и в ряде немецких княжеств накануне разработки и принятия УПК Германии 1877 г.¹⁰⁶

Модель прокуратуры I (die Staatsanwaltschaftsmodell I) характеризуется участием независимого следственного судьи, а также разделением досудебного производства на две части: дознание (*die Ermittlung*) и предварительное следствие (*die Untersuchung*). После получения информации о совершённом или готовящемся преступлении криминальная полиция (*die Kriminalpolizei*) ведёт дознание под руководством прокуратуры (*die Staatsanwaltschaft*). Затем прокуратура издаёт поручение о производстве предварительного следствия независимыми следственными судьями. В рамках такого порядка, в отличие от вышерассмотренных, следственный судья не может инициировать следствие *ex officio*. Как и в модели следственного судьи I, прокуратура на протяжении предварительного следствия не уполномочена давать ему какие-либо указания. По окончании предварительного следствия следственный судья снова передаёт дело прокуратуре, которая принимает решение об утверждении обвинительного заключения или прекращении производства по делу.

В отдельных кантонах предварительное следствие носит факультативный характер и имеет место не по всем категориям уголовных дел, а только по наиболее опасным для общества преступлениям¹⁰⁷. В остальных случаях после полицейского дознания и составления прокурором обвинительного заключения дело направляется непосредственно в суд на рассмотрение по существу. Данное обстоятельство во многом предопределяет доктринальное

¹⁰⁵ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. СПб. 1912. С. 454-455.

¹⁰⁶ До принятия УПК 1877 г. регулирование досудебного производства в немецких землях характеризовалось не меньшим разнообразием, чем в швейцарских кантонах перед принятием УПК 2007 г. (подробный анализ: Устав уголовного судопроизводства Германской империи // пер. И.Б. Соболева. СПб, 1878. С. V-VI).

¹⁰⁷ Нередко производство предварительного следствия поставлено в зависимость от дискреционного усмотрения прокурора.

название этой модели - *die Staatsanwaltschaftsmodell I* - следственного судьи в ней может и не быть¹⁰⁸.

Для точности следует обратить внимание на то, что, несмотря на название данной модели, следственные судьи также играют в ней важную роль: на них возложено производство следственных и иных процессуальных действий, избрание мер принуждения и т.д. При этом именно прокуратура принимает решение о дальнейшей «судьбе» уголовного дела, поэтому такая система называется «моделью прокуратуры I», а не «моделью следственных судей III».

Данная система для Швейцарии является относительно редкой и исторически сложилась в 5 кантонах: Ури (*Uri*) – в соответствии с УПК от 29 апреля 1980 г.¹⁰⁹, Ааргау (*Aargau*) - согласно Закону об осуществлении уголовного судопроизводства от 11 ноября 1958 г.¹¹⁰, Ноенбург (*Neuenburg*) – на основе УПК от 18 июня 1981 г.¹¹¹, Женева (*Genf*) – в соответствии с УПК от 29 сентября 1977 г.¹¹² и Юра (*Jura*) – согласно УПК от 13 декабря 1990 г.¹¹³

Оценивая достоинства данной модели, можно утверждать, что она предполагает чёткую дифференциацию досудебного производства. Следствие начинается лишь тогда, когда для этого имеются достаточные основания, установленные полицией, что явно способствует процессуальной экономии. Кроме того, при таком порядке обвиняемый имеет больше гарантий при избрании в отношении него мер принуждения: данный вопрос решает специальное должностное лицо, входящее в судейский корпус и полностью независимое, в том числе от органов обвинения.

¹⁰⁸ *die Staatsanwaltschaft* – прокуратура (нем.яз.).

¹⁰⁹ Анализ досудебного производства в кантоне Ури: Hauser R. Zur Revision von 1994 // ZStrR, 113. 1995; Regli R. Das umerische Strafverfahren. Freiburg. 1968.

¹¹⁰ Анализ досудебного производства в кантоне Ааргау: Brühlmeier B. Aargauische Strafprozessordnung (Kommentar). Aargau, 1980; Tschumper R. Zur Revision des aargauischen Gesetzes über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) // ZStrR. 1979, № 96. S. 77ff.

¹¹¹ Анализ досудебного производства в кантоне Ноенбург: http://www.ksbs-caps.ch/docs_bv_ra_ea/ne.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹¹² Анализ досудебного производства в кантоне Женева: Poncet P. Le nouveau Code de procedure penale genevois annote. Genève, 1978.

¹¹³ Анализ досудебного производства в кантоне Юра: Piquerez G. Commentaire du code de procedure penale. Freiburg. 1993.

М. Леопольд относит к достоинствам данной модели то, что она предполагает обладающий преимуществами отказ от независимых следственных судей в пользу специальных судей по вопросам заключения под стражу¹¹⁴. Очевидно, автор, анализируя современные тенденции, имеет ввиду возложение функций, связанных с судебным контролем, на особых должностных лиц, например, во Франции на основе закона от 15 июня 2000 г. создан институт судьи по свободам и заключениям.

Оценивая недостатки данной модели, можно констатировать, что передача дела от полиции и прокуратуры к следственному судье может способствовать затягиванию досудебного производства в связи с длительностью этой процедуры, возникновению процессуальных разногласий между данными органами, например, по вопросу о квалификации деяния, о допустимости доказательств, о необходимости избрания той или иной меры принуждения. Возможна волокита, вызванная тем, что обвиняемый обжалует по отдельности действия и следственного судьи, и прокуратуры. Досудебное производство объективно длится значительное дольше, что едва ли целесообразно при расследовании преступлений, не представляющих большой опасности для общества¹¹⁵.

М. Леопольд относит к недостаткам данной модели:

- 1) неэффективность, обусловленную тем, что в досудебных стадиях изменяется орган, ведущий производство по делу;
- 2) слабое участие суда в руководстве производством по делу¹¹⁶.

С данной точкой зрения можно согласиться лишь отчасти: сам по себе факт передачи дела от одного субъекта к другому ещё не свидетельствует о

¹¹⁴ Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge - Besonderheiten. URL: http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹¹⁵ Показательно, что проф. П. Гуидон работу «Уголовно-процессуальный кодекс Швейцарии. Основные идеи, новеллы и возможные практические последствия: взгляд из кантона Санкт-Галлен» (P. Guidon. Die Schweizerische Strafprozessordnung. Leitgedanken, Neuerungen und mögliche praktische Auswirkungen aus st.gallischer Sicht) завершает словами Манфреда Поммеля: «Это суеверие юриста, что справедливости тем больше, чем дольше длится процесс». URL: <http://st-galler-juristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹¹⁶ Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge - Besonderheiten. URL: http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

возможном наступлении вследствие этого каких-либо негативных последствий (в данном случае многое зависит от практики); в свою очередь сильная или слабая роль суда на данной стадии отражает борьбу процессуальных концепций, каждая из которых имеет преимущества и недостатки; многое зависит также от категории дела, поскольку в некоторых кантонах существовал нашедший отражение и в ныне действующем швейцарском УПК институт приказа о наказании, состоящий в том, что по отдельным категориям дел наказание может быть назначено прокурором вообще без участия суда¹¹⁷. В таком случае его роль сводится исключительно к осуществлению предварительного и последующего судебного контроля.

Рассматривая данную модель с точки зрения сравнительного правоведения и истории права, можно утверждать, что она близка к той, которую закрепляет УПК Франции 1958 г. После принятия данного Кодекса стадия дознания получила полное признание и была отделена от предварительного следствия¹¹⁸. Судебная полиция, получив информацию о совершённом или готовящемся преступлении, приступает к расследованию по своей инициативе или по требованию прокурора. Собранные материалы она представляет данному должностному лицу, и он уполномочен требовать открытия предварительного следствия¹¹⁹. Интересно, что швейцарские кантоны, исторически избравшие данную модель, географически расположены во франкоязычной части Швейцарии и находятся недалеко от французских границ.

Кроме того, в значительной мере она близка к модели досудебного производства, созданной в России в ходе судебной реформы 1864 г. и нормативно закреплённой в Уставе уголовного судопроизводства. Как пишет Л.В. Головкин, «русский судебный следователь» во многом обязан своим происхождением французскому следственному судье»¹²⁰ (правда при этом необ-

¹¹⁷ Подробный анализ данного института произведён во второй и третьей главе диссертационного исследования.

¹¹⁸ Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 41.

¹¹⁹ Французская модель досудебного производства обстоятельно анализируется в научных работах Л.В. Головкина, цитируемых в данной диссертации, поэтому нет необходимости останавливаться на ней подробно.

¹²⁰ Головкин Л.В. Там же. С. 5.

ходимо иметь ввиду, что с точки зрения швейцарской классификации порядков организации досудебного производства во времена разработки и принятия УУС 1864 г., который мы относим к модели прокуратуры I, во Франции действовала модель следственного судьи II).

В соответствии с Уставом уголовного судопроизводства, сначала производилось полицейское дознание, причём в отличие от дореформенного периода оно представляло собой процедуру, имевшую подготовительный характер по отношению к предварительному следствию. К задачам полиции, являвшейся главным органом дознания, относилось установление факта происшествия и наличия в нём признаков правонарушения. О всяком происшествии с очевидными признаками преступления или проступка, она немедленно сообщала судебному следователю и прокурору (ст. 250 УУС). Затем судебный следователь приступал к производству следствия, обладая полномочиями:

а) связанными с началом следствия. Он был уполномочен при наличии законных поводов «приступить к следствию» (ст. 289, 297), проверять, отменять и дополнять действия полиции по произведённому ею первоначальному исследованию (ст. 269), сообщать прокурору об отсутствии достаточных оснований к производству следствия (ст. 309) и т.д.

б) связанные с ведением следствия. Он мог самостоятельно производить осмотры и освидетельствования (ст. 315-335), собирать и сохранять вещественные доказательства (ст. 371-376), призывать и приводить обвиняемого к следствию (ст. 377-397) и т.д.

в) связанными с заключением следствия. Он был уполномочен по окончании предварительного следствия, предъявив обвиняемому следственное производство, спрашивать его: не желает ли он представить что-либо ещё в своё оправдание (ст. 476), объявлять участвующим в деле лицам о том, что следствие закончено, и отсылать всё производство к Прокурору и его товарищу (ст. 479), испрашивать через Прокурора разрешение Окружного суда на прекращение следствия (ст. 277).

Описанный выше порядок организации досудебного производства, как видно, близок к модели прокуратуры I.

Помимо этого, её с уверенностью можно назвать «старонемецкой», поскольку она существовала в Германии по УПК от 1 февраля 1877 г.: §§ 176-195 регламентировали «судебное предварительное следствие»¹²¹. Как правило, оно начиналось по требованию прокуратуры (абз. 3 п. 2 §176), обнаружившей признаки преступления посредством совершения следственных и иных процессуальных действий. По его окончании следственный судья передавал прокуратуре материалы дела (§ 195) и она была уполномочена выдвинуть «предложение об открытии главного производства посредством внесения обвинительного акта» в суд (§ 196). От данной модели Германия отказалась в 1974 г., когда состоялась так называемая «большая реформа уголовного процесса»¹²², упразднившая институт следственных судей, а также дифференциацию досудебного производства, связанную с её делением на дознание и предварительное следствие¹²³.

В рамках модели прокуратуры I организация досудебного производства по УУС 1864 г. и УПК Германии 1877 г. (StPO) во многом сходна. Согласно данным нормативно-правовым актам в их первоначальной редакции, предварительное следствие открывается и производится следователем (§ 182 StPO, ст. 289 УУС); о всяком следственном действии составляется протокол (§ 186 StPO, ст. 476 УУС); о заключении предварительного следствия обвиняемый поставляется в известность (§ 195 StPO, ст. 476 УУС); когда судебный следователь признает, что цель предварительного следствия достигнута, он отправляет дело прокуратуре для составления ею предложений (§ 195 StPO, ст. 478 УУС). Схожесть данных норм очевидна. Главное же различие между ними состояло в том, что в Германии следствие могло быть начато только в отношении установленного лица (§177¹²⁴), а по Уставу уголовного судопроизвод-

¹²¹ Устав уголовного судопроизводства Германской империи // пер. И.Б. Соболева. СПб., 1878. С. 38-41.

¹²² Strafprozessordnung. München, 2012. S. XVIII-XIX.

¹²³ Meyer-Goßner L. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. München, 2008. S. 648-651.

¹²⁴ § 177 УПК Германии: «Предложение прокуратуры об открытии предварительного следствия должно заключать в себе обозначение обвиняемого и вменяемого ему деяния».

ства допускалось открытие следствия и по факту обнаружения преступного деяния (ст. 297¹²⁵).

Также в настоящее время модель прокуратуры I существует в соседнем относительно Швейцарии княжестве Лихтенштейн на основе УПК от 18 октября 1988 г.¹²⁶, согласно которому сначала прокуратура ведет дознание (§ 21 и последующие), а затем следственный судья производит следствие и завершает его (§ 157 и последующие). Здесь же мы видим и ещё один признак, характерный для модели прокуратуры I: именно прокуратура уполномочена инициировать производство предварительного следствия (§ 21). Принципиальная позиция лихтенштейнского законодателя, касающаяся сохранения института следственных судей, находит отражение в частности в § 13 УПК, который устанавливает, что Суду земли (*das Landgericht*) подведомственны:

1. производство следствия (*die Führung der Untersuchung*);
2. рассмотрение дела по существу и постановление приговора в отношении всех уголовно-наказуемых деяний (*die Schlussverhandlung und die Urteilsfällung wegen aller strafbarer Handlungen*)¹²⁷.

Следовательно, в Лихтенштейне суд является органом, ведущим производство по делу, как в досудебных, так и в судебных стадиях процесса.

И всё же анализ современных тенденций развития зарубежного уголовного судопроизводства свидетельствует о том, что данная модель становится всё более редкой. Многие государства либо отказались от института следственных судей «французского типа», каким он был в частности в модели следственного судьи II и в модели прокуратуры I (например, с 1 января 2008 г. в УПК Австрии¹²⁸ отменены нормы об институте следственных судей

¹²⁵ Ст. 297 УУС содержала перечень «законных поводов к началу предварительного следствия» и многие из них не предполагали, что лицо, которому инкриминируются в вину уголовно-наказуемые деяния, уже установлено.

¹²⁶ Согласно ч. 1 § 21 УПК Лихтенштейна, «Прокуратура в отношении всех уголовно-наказуемых деяний, о которых ей становится известно и которые подлежат расследованию и наказанию не только по требованию потерпевшего, осуществляет уголовное преследование *ex officio* и побуждает суд к необходимости произвести следствие и назначить наказание».

¹²⁷ URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=234980 (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹²⁸ URL: http://www.jusline.at/252_StPO.html (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

и упразднено предварительное следствие)¹²⁹, либо его существенно модифицировали (Португалия, Нидерланды)¹³⁰. Цели данных преобразований – упрощение досудебного производства, более последовательная реализация принципа состязательности и др.

Модель прокуратуры II (die Staatsanwaltschaftsmodell II) предполагает принципиальное отсутствие института следственных судей. Прокуратура в такой системе является единственным субъектом, ведущим производство по делу на данной стадии. Никакие другие органы и должностные лица не вправе давать ей обязательные для исполнения указания. Прокуратура сначала возглавляет дознание, руководя полицией, а затем открывает предварительное следствие¹³¹, производит следственные действия, избирает меры принуждения (наиболее строгие и ограничивающие конституционные права граждан – с санкции суда), выдвигает обвинение, поддерживает его в суде.

Как отмечается в Послании Федерального собрания от 21.12.2005, посредством единства дознания, следствия и предъявления обвинения должен быть достигнут высокий уровень эффективности уголовного преследования¹³². Вместе с тем законодательство данных кантонов в противовес максимально возможной концентрации власти в руках прокуратуры значительно расширило институт судебного контроля и права стороны защиты.

Исторически такая модель сложилась в 6 кантонах: Базель-Штадт¹³³ – в соответствии с УПК от 8 января 1997 г.¹³⁴, Тичино - согласно УПК от 19 де-

¹²⁹ Omlin E. Art. 308 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 2048.

¹³⁰ Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 337-338.

¹³¹ Несмотря на то, что теперь предварительное следствие носит несудебный характер, составители УПК 2007 г. решили сохранить данный термин. Объяснение простое: прокуратура независима и обязана производить расследование, выражаясь языком отечественной терминологии, всесторонне, полно и объективно. Это вытекает из ч. 1 ст. 4 нового УПК Швейцарии: «Органы уголовного судопроизводства независимы в правоприменении и подчиняются только закону».

¹³² URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹³³ Немецко-язычные наименования данных кантонов приведены выше.

¹³⁴ Анализ досудебного производства в кантоне Базель-Штадт: Dubs H. Schwerpunkte einer Revision der Basler Strafprozessordnung // BJM. 1989, № 2.

кабря 1994 г.¹³⁵; отчасти к данной модели можно отнести Санкт-Галлен – на основе Закона об уголовном судопроизводстве от 1 июля 1999 г.¹³⁶, Золотурн – в соответствии с УПК от 7 июня 1970 г.¹³⁷ (до вступления в силу ныне действующего УПК от 1 августа 2005 г.) и Аппенцель-Иннерроден – согласно УПК от 27 апреля 1986 г.¹³⁸ В кантоне Базель-Ландшафт в соответствии с УПК от 3 июня 1999 г.¹³⁹ данная модель досудебного производства имела место по делам об экономических правонарушениях¹⁴⁰. Как отмечается в докладе «Из 29 сделай 1», родоначальниками данной модели, имеющей немецкие и итальянские корни, являются кантоны Базель и Тичино¹⁴¹.

Оценивая ее достоинства, можно утверждать, что она позволяет одному единственному органу власти – прокуратуре в максимальной степени сосредоточить свои усилия, направленные на раскрытие преступления. Эффективность расследования, действительно, предопределяется не количеством органов, которые в нём задействованы, а качеством их работы. Модель прокуратуры II создаёт необходимые предпосылки для этого. Кроме того, борьба с нарушениями общественного порядка, в том числе с теми, которые не представляют большой общественной опасности – это, скорее, полицейская и прокурорская деятельность, а не судебная.

М. Леопольд выделяет следующие достоинства данной модели:

- 1) увеличенное осознание прокуратурой своей ответственности;
- 2) эффективность, обусловленная тем, что в досудебных стадиях дело не переходит от одного лица, ведущего производство, к другому;

¹³⁵ Анализ досудебного производства в кантоне Тичино: Salvioni N. Codice di procedure penale della repubblica et cantone del Ticino. Locarno. 2000.

¹³⁶ См. выше.

¹³⁷ См. выше.

¹³⁸ См. выше.

¹³⁹ См. выше.

¹⁴⁰ Во многих швейцарских кантонах уголовное право разделено на две самостоятельные отрасли: собственно уголовное право (*das Strafrecht*) и уголовное экономическое право (*das wirtschaftliches Strafrecht*). Отсюда проистекают и соответствующие особенности уголовного судопроизводства по делам об экономических преступлениях. Подробный анализ: Bertossa C. Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen. Bern. 2003.

¹⁴¹ URL: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess/a29m1-d.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

3) возможность гибкой структуры органов досудебного производства, в частности с учётом величины кантона¹⁴².

Данные аргументы убедительно свидетельствуют в пользу такого порядка организации досудебного производства.

Оценивая недостатки данной модели, можно утверждать, что она неизбежно сталкивается с той же проблемой, что и модель следственных судей I. Речь идёт о практически неограниченной власти одного государственного органа в досудебном производстве. Причем если в модели следственных судей I следственные судьи, входящие в судейский корпус независимы, то в модели прокуратуры II все должностные лица (прокуроры) связаны ведомственной субординацией.

Недостатками данной модели, по мнению М. Леопольда, являются:

- 1) концентрация власти в руках прокуратуры;
- 2) предрасположенность к коррупции¹⁴³.

Данные аргументы, представляется, верны лишь отчасти, поскольку взяточничество и иные злоупотребления могут иметь место при любом построении досудебного производства; при этом в каждом государстве существует значительное количество посторонних факторов, обуславливающих коррупцию, которые не связаны с законодательным выбором того или иного порядка расследования уголовных дел.

Рассматривая данную модель с точки зрения сравнительного правоведения и истории права, можно утверждать, что в настоящее время она достаточно распространена и не собирается уступать свои позиции (в континентальных странах).

Современным символом данной модели выступает Германия. Следственные судьи, решающие в рамках судебного контроля вопрос о заключении под стражу (*der Ermittlungsrichter*), не меняют правовую природу немец-

¹⁴² Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge – Besonderheiten.URL: http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹⁴³ Там же.

кого досудебного производства. Начиная с 1974 г., в этой стране единственной формой досудебного производства стало дознание, проводимое полицией и прокуратурой (§§ 151 и последующие)¹⁴⁴, то есть как таковая дифференциация данной стадии в Германии в настоящее время отсутствует¹⁴⁵. При этом важно отметить, что Швейцария, в отличие от ФРГ, сохранила дуализм дознания и следствия, от которого Германия отказалась. С учётом данного обстоятельства возникает закономерный вопрос: одна ли эта модель? Учитывая, что в настоящее время и в ФРГ, и в Швейцарии всё досудебное производство находится в руках прокуратуры, с точки зрения данного критерия сравнения на него *mutatis mutandis* можно ответить утвердительно.

Аналогичная модель существует в Австрии, где с учетом изменений от 1 января 2008 г., внесенных УПК 1975 г.¹⁴⁶, прекратил существование институт следственных судей и введена модель, предполагающая прокурорское расследование¹⁴⁷.

Данная модель с определёнными модификациями, связанными с соотношением дознания и следствия, а также кругом органов, их осуществляющих, существовала *mutatis mutandis* и в нашей стране с 1928 по 2007 год: от момента, когда судьи были выведены из судейского корпуса, до создания Следственного комитета при Прокуратуре РФ (СКП), впоследствии - СК РФ, когда прокурор утратил полномочия по руководству предварительным следствием¹⁴⁸.

Вопрос о выборе модели досудебного производства в ходе обсуждения и принятия единого УПК Швейцарии вызвал продолжительные дискуссии. В

¹⁴⁴ Отказ от предварительного следствия в Германии и других странах во многом компенсируется развитым судебным контролем за дознанием.

¹⁴⁵ Meyer-Goßner L. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. München, 2008. S. 648-651.

¹⁴⁶ Strafprozessordnung. Wien, 2013.

¹⁴⁷ Seiler S. Strafprozessrecht. Wien, 2013. S. 169ff.

¹⁴⁸ Разумеется, с оговоркой о том, что в данный период следователи, помимо прокуратуры, действовали в составе ряда органов исполнительной власти (МВД, ФСБ, Госнаркоконтроль, Налоговая полиция – их перечень менялся), что не характерно для данной кантональной модели. Кроме того, дознание и следствие, в отличие от Швейцарии, рассматривались в данный период как параллельные (альтернативные), а не как последовательные формы предварительного производства.

заключительных парламентских дебатах модель прокуратуры II набрала 60% голосов. 15 кантонов высказались «за», 11 - «против»¹⁴⁹.

Как отмечается в литературе, мотивы сторонников разнообразны: большинство депутатов выступали за неё, поскольку они рассматривали модель прокуратуры II в качестве оптимальной, некоторые парламентарии отдавали ей предпочтение, так как новая дискуссия по данному вопросу представлялась им бессмысленной¹⁵⁰. По вопросу о том, какая модель обладала бы преимуществом по сравнению с моделью прокуратуры II, 12 участников дебатов (от 5 кантонов) высказались в пользу модели следственного судьи I, 13 (от 7 кантонов) - в пользу модели следственного судьи II и 4 участника дебатов (они не являлись представителями отдельных кантонов) выступили в пользу модели прокуратуры I¹⁵¹.

Многие парламентарии обращали внимание также на «относительное значение избрания модели»¹⁵², констатируя, что теоретически каждая из них соответствует правовому демократическому государству, при этом многое зависит от того, как она применяется на практике.

Анализ опубликованных материалов парламентских дебатов позволяет выявить наиболее важные аргументы сторонников модели прокуратуры II:

1) Такой порядок досудебного производства в большей степени соответствует правомерным интересам частных лиц. Потерпевший точно знает, куда ему следует обращаться – в Прокуратуру. По мнению швейцарских юристов, должен существовать только один, главный орган, отвечающий за соблюдение прав личности в досудебном производстве.

2) Ведение предварительного следствия прокуратурой, с самого начала и до предъявления обвинения, позволяет избежать возможных разногласий, расхождений в правовых позициях между данным органом и следственными

¹⁴⁹ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹⁵⁰ Там же.

¹⁵¹ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹⁵² Там же.

судьями в досудебном производстве, а, стало быть, и связанных с этим негативных последствий.

3) Данная модель более экономична, так как в связи с передачей дела от одного органа к другому при определенных обстоятельствах могут возникнуть значительные дополнительные расходы и затраты: как временные, так и финансовые. Особенно ярко это проявляется в объёмных и многоэпизодных делах. Папки с документами нужно перевести из одного здания в другое, после чего соответствующие должностные лица компетентного органа будут длительный срок изучать их. Если в отношении обвиняемого по такому делу избрано заключение под стражу, то вышеуказанные обстоятельства могут привести к нарушению его права на рассмотрение дела в разумный срок.

4) По мнению многих парламентариев, ожидания того, что следственные судьи, благодаря своему статусу, будут более беспристрастны и независимы, не оправдали себя. Право обвиняемого на защиту не расширяется и не сужается от того, что дело ведёт следственный судья. Данный процессуальный институт не выступает в качестве панацеи от всех болезней.

5) Независимые следственные судьи производят расследование самостоятельно, вне какой-либо иерархии. При этом, как подчёркивают швейцарские ученые, в ряде случаев иерархичность достаточно целесообразна, особенно при расследовании сложных и многоэпизодных уголовных дел для эффективной борьбы с организованной преступностью и её современными формами.

6) Модель прокуратуры II является более гибкой. Судебная система чётко определена в федеральном законодательстве; что же касается прокуратуры, то на основе закона она самостоятельно определяет свою организацию. По мнению ряда парламентариев, «подразумевается, что прокуратура должна быть структурируема в маленьком кантоне иначе, чем в большом по числен-

ности населения и территории кантоне, а также в зависимости от правонарушений, которые особенно затрагивают тот или иной кантон»¹⁵³.

7) Упразднение института следственных судей является общеевропейской тенденцией. Анализ иностранных законодательств показывает, что от него отказались: Россия (в 1928 г.), Германия (в 1974 г.), Италия (в 1989 г.), Австрия (в 2008 г.)¹⁵⁴ и т.д. Вопрос об отмене данного института периодически поднимают даже французские пеналисты¹⁵⁵ при том, что данное государство является его родоначальником (в рамках смешанного процесса).

8) Модель прокуратуры II в большей степени отвечает положениям новой Конституции Швейцарии, принятой в 1999 г., требованиям справедливого судебного разбирательства, содержащимся в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод¹⁵⁶, а также порядку «досудебного производства», установленному Римским Статутом постоянного Международного уголовного суда (*das Römer Statut des ständigen Internationalen Strafgerichtshofs*)¹⁵⁷, который незадолго до принятия УПК Швейцарии с оговорками ратифицирован этой страной¹⁵⁸.

Критическая оценка данных аргументов, как представляется, должна исходить из того, что все они относительны, поскольку их легко обернуть против модели прокуратуры II. Вместе с тем системный анализ позволяет выявить стройную систему доводов, свидетельствующую об обоснованности выбора, сделанного швейцарским законодателем в ходе разработки единого УПК 2007 г.

¹⁵³ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹⁵⁴ Omlin E. Art. 308 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 2048.

¹⁵⁵ Обзор источников: Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 114.

¹⁵⁶ Как отмечено в решении ЕСПЧ по делу «Губер против Швейцарии» от 23 октября 1990 г., «... практика Суда склоняется к тому, чтобы четко отличать следственные и судебные функции. Это, по его мнению, необходимо на данной стадии развития защиты прав человека в Европе». URL: http://base.garant.ru/25614_70/ (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹⁵⁷ Ст. 15 Римского статута Международного уголовного суда наделяет прокурора обширными полномочиями по ведению расследования. URL: <http://www.un.org/depts/german/internatrecht/roemstat1.html> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

¹⁵⁸ При этом следует констатировать, что международное право никогда не оказывало решающего воздействия на швейцарскую правовую систему. Так, данное государство вступило в ООН лишь 11 марта 2002 г. Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод Швейцария также ратифицировала позже, чем соседние государства (Италия, Франция, Германия); это произошло лишь 28 ноября 1974 г.

Таким образом, можно констатировать следующее.

1) В Швейцарии веками формировался уникальный уголовно-процессуальный феномен. Он состоит в том, что в одном относительно небольшом федеративном (конфедеративном)¹⁵⁹ государстве исторически сложились 4 совершенно различные системы досудебного производства, отражающие правовые и социокультурные особенности кантонов.

2) Рассмотренные модели обладают существенной спецификой. Уникальны ли они? Укладываются ли они в существующие научные доктринальные классификации? Конечно же, по своему типу они имеют континентальное происхождение: данный тезис фактически неоспорим даже с учетом того, что некоторые институты, существовавшие в отдельных кантонах в условиях европейской интеграции испытали незначительное влияние права Великобритании¹⁶⁰ и США (например, в Тургау, Нидвальдене, Аппенцель-Иннерродене УПК предусматривали процедуры, связанные с медиацией)¹⁶¹. Вместе с тем кантональные модели нельзя отнести в чистом виде ни к французской модели, ни к немецкой¹⁶². При этом произведенное в швейцарской науке при подготовке УПК обобщение существовавших в законодательстве кантонов порядков досудебного производства позволило выделить модели с судебным и несудебным предварительным следствием. Судебное предварительное следствие характерно для модели следственного судьи I, II и для модели прокуратуры I, а несудебное – для модели Прокуратуры II. При этом досудебное производство без предварительного следствия, о котором гово-

¹⁵⁹ В силу исторических традиций Швейцарию нередко называют конфедеративным государством, хотя она имеет все признаки, характерные для федерации (Королева-Бордоси Н.В. Основы конституционного права Швейцарии. Киев. 2011. С. 61).

¹⁶⁰ Так, английские корни института медиации показаны в работе: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 66-92. К слову говоря, английское право всё глубже пускает свои корни на европейском континенте: «После принятия УПК 1989 г. Италию однозначно стали относить в уголовно-процессуальной сфере к системе общего права. Португальские процессуалисты также не скрывают, что их УПК 1987 г. испытал значительное влияние англосаксонского процесса» (Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 112).

¹⁶¹ Hauser R. Schweri E. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2002. S. 304-305.

¹⁶² Подробный анализ французской и немецкой модели досудебного производства в сравнении приводится в частности в работе: Omlin E., Art. 308 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010S. 2148.

рит в частности Л.В. Головки¹⁶³ и которое характерно для нынешней Германии, в швейцарских кантонах не имело место.

3) Следующий вопрос состоит в том, можно ли утверждать, что любой вариант построения досудебных стадий в странах континентальной правовой семьи гармонично укладывается в одну из четырёх рассмотренных моделей? Ответ на него отрицателен.

К какой из существовавших ранее в Швейцарии моделей можно отнести, к примеру, организацию досудебного производства в современной России по УПК 2001 г.? Очевидно, она не вписывается ни в одну из них. С одной стороны, вследствие концептуального отсутствия следственных судей, отечественный подход дистанцирован от модели следственных судей I, II и модели прокуратуры I¹⁶⁴, с другой – от модели прокуратуры II он также отдален, поскольку УПК РФ 2001 г. не устанавливает монополии прокуратуры на ведение ни дознания, ни предварительного следствия; более того, её возможности оказывать воздействие на следователя крайне ограничены; прокурор не предъявляет обвинение; помимо этого, в современном российском уголовном процессе дознание и следствие, в отличие от модели прокуратуры II, не являются последовательно сменяющимися друг друга стадиями досудебного производства. Отсюда можно заключить, что организация досудебного производства по УПК РФ 2001 г. построена *sui generis*.

4) Вопрос о том, является ли переход от четырёх моделей досудебного производства к одной благом, не однозначен. С одной стороны, преимущества унификации очевидны: обеспечение правовой определённости, удобство

¹⁶³ См.: Головки Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 345-347.

¹⁶⁴ Отдельные авторы, в частности Н.Г. Муратова, рассматривают вопрос о необходимости возрождения института следственных судей в современной России. Периодически данная идея обсуждается и на государственном уровне: в 2003 г. соответствующее предложение озвучено на встрече В.В. Путина с представителями правозащитных организаций и правоохранительных органов (Российская газета. 10 декабря 2003 г.). Обстоятельным образом она обсуждалась в ходе общественных слушаний "Гражданское общество и судебная реформа", проведенных Советом при Президенте Российской Федерации по содействию и развитию институтов гражданского общества и правам человека 11 - 12 февраля 2005 г. Более полный перечень мероприятий, на которых поднимался этот вопрос приводится в частности в статьях: Ковтун Н.Н. Следственный судья в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция, № 9. 2010; Ковтун Н.Н. Следственный судья как субъект правовых отношений // Вопросы правоведения, N 1. 2012.

правоприменения, гармонизация системы органов уголовного преследования, упрощение взаимодействия между кантонами, повышение эффективности уголовно-правового механизма борьбы с преступностью, с другой – вследствие этой «локальной правовой глобализации» в масштабах отдельно взятой страны произошёл отказ от уникальной, самобытной системы моделей построения данной стадии процесса, каждая из которых формировалась веками с учётом исторических и компаративистических традиций¹⁶⁵.

При этом историческое значение данных моделей заключалось не только в том, чтобы современный швейцарский законодатель мог выбрать наиболее оптимальную из них – они являлись частью своеобразной, неповторимой правовой системы этой страны.

5) Аргументы в пользу модели прокуратуры II носят комплексный характер, связаны с обращением не только к институтам уголовно-процессуального права, но также и к международно-правовым и конституционно-правовым нормам, содержат в себе доводы как правовые, так выходящие за пределы юриспруденции. При этом данные аргументы основаны на комплексном сочетании преимуществ данной модели и недостатках других моделей.

¹⁶⁵ Также можно констатировать, что в мире стало меньше ещё на одно государство, характеризующееся уголовно-процессуальным федерализмом. После распада СССР в 1991 г. из государств с наиболее развитыми правовыми системами уголовно-процессуальный федерализм характерен, пожалуй, только для США (подробный анализ: Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 172-187). В Европе в настоящее время существуют 6 федераций, и среди них более нет ни одной страны, для которой был бы характерен данный подход. Отнесение регулирования различных вопросов, связанных с уголовным процессом, к ведению федерации закреплено в частности: в п. «о» ч. 1 ст. 71 *Конституции РФ* от 12 декабря 1993 г., в п. «а» ч. 10 ст. 70 *Основного закона ФРГ* от 23 мая 1949 г. (несмотря на то, что ч. 1 ст. 74 предусматривает, отнесение уголовного судопроизводства к так называемой «конкурирующей компетенции», земли *de facto* не осуществляют правотворчества в данной отрасли, поскольку, в силу ч. 1 ст. 72, они уполномочены на это, если только соответствующий правовой институт не будет урегулирован федерацией; к настоящему времени все уголовно-процессуальные вопросы регламентированы в общегосударственном УПК ФРГ), в ч. 1 ст. 123 *Конституции Швейцарии* от 18 апреля 1999 г., ч. 6 ст. 10 *Конституции Австрии* от 10 ноября 1920 г., в ч. 2 ст. 74 *Конституции Бельгии* от 17 февраля 1994 г., в п. «g» ч. 1 ст. 3 *Конституции Боснии и Герцеговины* от 14 декабря 1995 г.

§3. Проблема дуализма дознания и предварительного следствия по новому УПК Швейцарии

В рамках компаративистского анализа процессуалисты традиционно выделяют две основные формы предварительного расследования¹⁶⁶, к которым относятся дознание и предварительное следствие¹⁶⁷. В то время как последнее представляет собой элитарную, привилегированную форму, существующую далеко не во всех правовых порядках, дознание обычно рассматривается как классическая «процессуальная форма выражения полицейской деятельности»¹⁶⁸. Поскольку важнейшими функциями любого государства являются борьба с преступностью и поддержание общественного порядка, она существует в том или ином варианте фактически в любой правовой системе.

Вместе с тем, термин «дознание» не столь однозначен. Можно утверждать, что в сравнительно-правовом аспекте он обладает двумя, хотя и близкими, но вовсе не тождественными значениями. С одной стороны, его можно рассматривать как противоположность понятию «предварительное следствие». При таком подходе перед началом производства по делу уполномоченному органу необходимо определить его надлежащую форму и после этого приступить к сбору доказательств, избранию мер принуждения, совершению следственных и действий и т.д., руководствуясь относящимися именно к ней (а не к другой форме) правилами. Соответствующие нормы обычно предполагают более простой порядок производства по делу. По сути речь идёт о понимании дознания в том смысле, который нашёл своё отражение в УПК РФ 2001 г. и в большинстве других государств на постсоветском про-

¹⁶⁶ В данном случае мы используем термин «предварительное расследование», а не «досудебное производство», поскольку оно может быть и судебным (например, в некоторых кантональных моделях, существовавших до принятия УПК Швейцарии 2007 г.).

¹⁶⁷ Нередко швейцарские учёные используют в отношении досудебного производства понятие «следствие» (*die Untersuchung*) без указания на его предварительный характер (например, Hauser R., Schweri E. *Schweizerisches Strafprozessrecht*. Basel, 2002. S. 362). Аналогичную терминологию можно обнаружить и в тексте УПК, например, глава 3 титула 6 УПК озаглавлена как «Производство следствия» («*Durchführung der Untersuchung*»). Относительная неточность такого подхода состоит в том, что в уголовном процессе есть не только предварительное следствие (в досудебной стадии), но и окончательное (при рассмотрении дела по существу).

¹⁶⁸ Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 330-331.

странстве¹⁶⁹. При такой интерпретации данного термина в странах, где дифференциация досудебного производства отсутствует (например, в Австрии после реформы 2008 г.¹⁷⁰), вряд ли можно говорить о дознании (в российском значении этого понятия), поскольку ему не противопоставляется никакая другая форма организации указанной стадии. Термин «дознание» объективно становится синонимом «досудебного производства», поскольку это его единственная возможная форма. Никакой альтернативы ему закон не предусматривает. С другой стороны, если анализировать дознание безотносительно соотношения с иными формами или стадиями досудебного производства как классическую полицейскую деятельность, то, конечно же, оно существует фактически в любой правовой системе, в том числе в англосаксонских странах.

В отношении термина «предварительное следствие» в сравнительно-правовом аспекте также уместно отметить, что, с одной стороны, его можно рассматривать как противоположность «дознанию», однако если дифференциация досудебного производства в соответствующем правовом порядке отсутствует, то, как представляется, говорить о предварительном следствии нельзя в принципе, поскольку оно понимается в качестве элитарной и специальной, а не ординарной и единственной возможной формы досудебного производства¹⁷¹. Поэтому является правильным утверждение, что в Германии, начиная с 1974 г., после «большой реформы уголовного процесса» предварительное следствие более не имеет места и расследование производится только в форме полицейского дознания.

Поскольку в УПК Швейцарии 2007 г. сохранился дуализм дознания и предварительного следствия, в отношении предусмотренного в нем порядка организации досудебного производства можно говорить и о дознании, и о предварительном следствии в обоих проанализированных значениях.

¹⁶⁹ Прийти к такому выводу позволяет анализ УПК большинства государств СНГ.

¹⁷⁰ См. подр.: Seiler S. Strafprozessrecht. Wien, 2009. S. 167-199.

¹⁷¹ Конечно, мы не рассматриваем в данном случае гипотетические модели, в которых от начала и до конца предварительное следствие возложено на следственных судей; в настоящее время такой порядок почти не встречается.

Данный Кодекс, во многих аспектах опирающийся на рассмотренную в первой главе диссертационного исследования модель прокуратуры II, существовавшую в ряде кантонов и до его принятия, исходит из дифференциации досудебного производства, предполагающей его разделение на две составные части. В соответствии с абз. 1 ст. 299 УПК, предварительное производство (*das Vorverfahren*) состоит из полицейского дознания (*die Ermittlungsverfahren der Polizei*) и предварительного следствия, осуществляемого прокуратурой¹⁷² (*die Untersuchung der Staatsanwaltschaft*¹⁷³). Из этого логически вытекает, что речь идёт о двух самостоятельных стадиях уголовного процесса, относящихся к досудебному производству¹⁷⁴. К слову говоря, в швейцарской научной литературе они, как правило, рассматриваются по отдельности (в разных параграфах учебников, монографий, комментариев и т.д.)¹⁷⁵.

В качестве общего правила в этой стране сначала производится дознание, а затем прокурор выносит постановление об открытии предварительного

¹⁷² Важно отметить, что перевод данных терминов на русский язык не столь однозначен. В современной отечественной научной традиции понятие «*die Ermittlung*» чаще всего переводят как дознание, а «*die Untersuchung*» как предварительное следствие (примеры: Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 414; Бойльке В. Уголовно-процессуальное право // пер. на рус. яз. Плошкиной Я.М. Красноярск, 2004. С. 181; Молдован А.В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. Київ, 2010. С. 151). Такой перевод явно не безупречен, поскольку понятия «дознание» и «предварительное следствие» в русском языке и в отечественной юридической терминологии, содержащейся в УПК РФ, имеют несколько иной смысл. Отсюда следует, что термины «*die Ermittlung*» и «*die Untersuchung*» допустимо интерпретировать и по-другому, опираясь не на соответствующие аналоги в русском языке, а на их уголовно-процессуальный смысл. Например, понятие «*die Ermittlung*» вполне можно перевести как начальное, а термин «*die Untersuchung*» – как последующее или окончательное расследование. При интерпретации данных терминов не следует всецело полагаться на немецко-русские словари, поскольку это сугубо правовой вопрос. Очевидно, в данном случае во избежание компаративистической запутанности юристам необходимо договориться о терминах. Автор данного диссертационного исследования согласен с наиболее распространенным вариантом перевода, указанным выше.

¹⁷³ Соответственно, на государственных языках, принятых в Швейцарии: la procédure d'investigation de la police et de l'instruction conduite par le ministère public (фр. яз.), procedura investigativa della polizia e dell'istruzione da parte del pubblico ministero (ит. яз.), la procedura d'investigaziun da la polizia e da l'inquisiziun da la procura publica (рет.-ром. яз.). Информация с единого сайта швейцарских государственных органов: <http://www.ad.min.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

¹⁷⁴ Поскольку составители УПК Швейцарии отказались от института следственных судей, отныне в данном государстве все структурные части предварительного расследования являются досудебными.

¹⁷⁵ Примером является наиболее авторитетный немецко-язычный учебник М. Питта «Швейцарское уголовное-процессуальное право» (Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009). Раздел X: «Досудебное производство» (*das Vorverfahren*) включает в себя, в частности, § 4, озаглавленный «Полицейское дознание» (*die polizeiliche Ermittlungsverfahren*) и § 5 «Прокурорское следствие» (*die staatsanwaltschaftliche Untersuchung*). Кроме того, поскольку постатейные комментарии к УПК Швейцарии (Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010; Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010.) в структурном отношении совпадают с делением Кодекса на главы, вопросы дознания и предварительного следствия рассматриваются в них обособленно.

следствия (его вполне можно рассматривать в качестве аналога существующего на постсоветском пространстве постановления о возбуждении уголовного дела)¹⁷⁶ либо отказывает в его открытии. Такой подход швейцарского законодателя обусловлен тем, что возбуждение дела (преследования) не образует начальный этап уголовного процесса и по общему правилу оно может состояться только после расследования, произведенного полицией. Напротив, во многих постсоветских странах полноценная уголовно-процессуальная деятельность, не ограниченная узким кругом следственных действий и мер принуждения, начинается именно с принятия решения о возбуждении дела¹⁷⁷.

Для более полного представления о системе досудебного производства в Швейцарии необходимо иметь ввиду, что в этой стране, наряду с Уголовно-процессуальным кодексом (*Strafprozessordnung, StPO*) 2007 г., также действуют Ювенальный УПК (*Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, JStPO*¹⁷⁸) от 20.03.2009¹⁷⁹ и Военный УПК (*Militärstrafprozessordnung, MStPO*¹⁸⁰) от 23.03.1979¹⁸¹. Предусматривают ли они дуализм дознания и предварительного следствия?

Ювенальный УПК¹⁸² в ст. 30-31 исходит из того, что единственной возможной формой досудебного производства является предварительное следствие (*die Untersuchung*), осуществляемое специально уполномоченными следственными органами (*die Untersuchungsbehörde*). К ним относятся про-

¹⁷⁶ Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 285.

¹⁷⁷ По нашему мнению, неверно утверждать, что стадия возбуждения уголовного дела свойственна только отечественному правопорядку и странам СНГ. На наш взгляд, правильнее полагать, что во Франции, Германии, Австрии и других континентальных странах её нет лишь в российской интерпретации этой категории. Объективно в любом континентальном правопорядке закон предусматривает определённую процедуру, в ходе которой рассматривается вопрос о начале производства официальных процессуальных действий, обусловленных наличием достаточных данных, указывающих на признаки уголовно-наказуемого деяния.

¹⁷⁸ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20080702/index.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013). Кодекс регулирует уголовное судопроизводство в отношении несовершеннолетних (ст. 1).

¹⁷⁹ Концепция ювенального уголовно-процессуального права развивается в Швейцарии ещё с начала прошлого столетия.

¹⁸⁰ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20080702/index.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013). Кодекс регулирует уголовное судопроизводство в отношении военнослужащих, курсантов и некоторых иных лиц (ст. 26-32 Военного УПК).

¹⁸¹ К слову говоря, военное уголовно-процессуальное право развивается в Швейцарии ещё с XIV столетия (Пржевальский В.В. Объединение уголовного законодательства в Швейцарии. СПб, 1891. С. 23).

¹⁸² Нормы данного Кодекса подлежат применению, если обвиняемый является несовершеннолетним (ст. 1 Ювенального УПК).

куроры по делам несовершеннолетних (*der Jugendanwalt*) и судьи по делам несовершеннолетних (*der Jugendrichter*)¹⁸³. В соответствии с ч. 2 ст. 30 Ювенального УПК, на протяжении предварительного следствия данные органы выполняют задачи и функции, которые, согласно УПК Швейцарии 2007 г., на данной стадии процесса возложены на прокуратуру¹⁸⁴.

Военный УПК¹⁸⁵, в отличие от Ювенального, сохранил дифференциацию досудебного производства. Его формами, согласно ст. 100-118 данного Кодекса, являются предварительное собирание доказательств (*die vorläufigen Beweisaufnahme*) и предварительное следствие (*die Voruntersuchung*)¹⁸⁶. Впрочем, с сущностной стороны они максимально приближены друг к другу, поскольку, в соответствии с ч. 1 ст. 104 Военного УПК, предварительное собирание доказательств является расследованием (*das Ermittlungsverfahren*), производимым в форме и с использованием средств предварительного следствия. Различия между ними связаны в первую очередь с основаниями, или, как говорят швейцарские учёные, процессуальными предпосылками (*die Voraussetzungen*)¹⁸⁷. Предварительное следствие должно быть предписано, если лицо подозревается в совершении уголовно-наказуемого деяния и дисциплинарные меры воздействия не могут быть приняты во внимание (ч. 1 ст. 103), а предварительное собирание доказательств – если не выполнены отдельные предпосылки для открытия предварительного следствия (ч. 1 ст. 102).

Отсюда вывод: в данных Кодексах подход законодателя к дифференциации досудебного производства не совсем совпадает с тем, который нашёл

¹⁸³ Hug C., Schläfi P. Art. 30 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 2997.

¹⁸⁴ В частности, речь идет о розыске обвиняемого, производстве следственных действий, избрании мер принуждения.

¹⁸⁵ Нормы данного Кодекса подлежат применению, если обвиняемый является военнослужащим.

¹⁸⁶ В контексте терминологии обозначение стадий досудебного производства в Ювенальном и Военном УПК не совпадают. В частности в последнем законодатель использует вместо привычного термина «*die Untersuchung*» однокоренное понятие «*die Voruntersuchung*» (дословный перевод – «предрасследование»).

¹⁸⁷ Особенность правовой науки в Австрии, Германии и Швейцарии – тщательно разработанное учение о предпосылках процесса: Beulke W. Strafprozessrecht. Augsburg, 2008. S. 171-181; Hartman A., Schmidt R. Strafprozessrecht. Hannover, 2008. S. 47-49; Rüegger P. Art. 307 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 2144.

отражение в УПК 2007 г. Впрочем, швейцарские ученые, как правило, рассматривают ювенальное и военное уголовно-процессуальное право в качестве относительно обособленных отраслей¹⁸⁸, поэтому не будем останавливаться на них подробно.

Какого соотношение дознания и предварительного следствия в Швейцарии по УПК 2007 г.? На первый взгляд, всё кажется очевидным: сначала полиция начинает уголовный процесс посредством дознания, а затем прокуратура при наличии установленных в законе предпосылок производит предварительное следствие. Однако углубление в этот вопрос показывает, что дифференциация досудебного производства в данном Кодексе сконструирована значительно сложнее ввиду присущих ей специфических свойств. Рассмотрим их в сравнительно-правовом контексте.

Первая особенность заключается в том, что в Швейцарии далеко не всегда имеет место описанная выше последовательность¹⁸⁹, потому что предварительное следствие может начаться и без предшествующего ему дознания. Такой вывод следует из толкования п. «а» ч. 1 ст. 309 УПК, в соответствии с которой «прокуратура открывает предварительное следствие, если из сведений, которыми располагает полиция и из полицейских рапортов, из заявления о преступном деянии или *из ее собственных данных* вытекают достаточные подозрения о совершении преступного деяния».

При таком законодательном подходе материалы, собранные в ходе полицейского дознания, являются лишь одним из источников информации, при поступлении которой прокуратура может начать предварительное следствие. К примеру, если произошло очевидное преступное деяние, в частности, захват заложников, уполномоченные сотрудники прокуратуры могут прибыть

¹⁸⁸ Доказательство: в большинстве швейцарских учебников, озаглавленных «Уголовно-процессуальное право», военный и ювенальный уголовный процесс не анализируются. Как правило, авторы либо вообще не упоминают их (например, Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009), либо затрагивают данный вопрос исключительно в разделе «Источники права» (к примеру: Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009. S. 5-9), обходя его стороной в других структурных частях научной работы.

¹⁸⁹ Представляется, что независимо от последовательности, с которой производятся дознание и предварительное следствие, их можно в равной степени рассматривать и как формы предварительного расследования, и как его стадии.

на место его совершения и сразу же приступить к предварительному следствию. Отсюда можно сделать вывод о факультативном характере дознания в швейцарском уголовном процессе.

Комплексное рассмотрение данного вопроса и анализ швейцарской научной литературы показывают, что прокуратура в этой стране лишь в редких случаях приступает к предварительному следствию без предшествующего ему дознания¹⁹⁰. Именно полицейские рапорты обычно являются источником информации о совершённом и готовящемся преступном деянии. Такое положение дел имело место и раньше, до принятия УПК 2007 г. Анализируя роль полиции в уголовном процессе кантонов, в которых предварительное расследование возлагалось на следственных судей, М. Питт пишет, что «по существу только в результате случайного стечения обстоятельств может возникнуть ситуация, в которой следственный судья изначально, без участия полиции, привлёк бы кого-либо к ответственности»¹⁹¹. Впрочем, исключать такую ситуацию нельзя. Эта мысль является верной и в отношении нынешнего порядка организации швейцарского процесса, в котором место следственных судей в досудебном производстве занимает прокуратура.

Во Франции, где дознание также может быть факультативным, оно практически всегда *de facto* предшествует предварительному следствию¹⁹². Вместе с тем, можно представить ситуацию, когда в случае совершения громкого преступления, например, террористического акта, прокурор, прибыв на место событий, сразу же направит следственному судье требование о производстве следствия. В то же время во Франции оно проводится «лишь по некоторым уголовным делам, составляющим не очень значительную часть от общего количества преступлений»¹⁹³. Следовательно, рассмотренные подходы близки друг к другу.

¹⁹⁰ Landshut N. Art. 309 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1543-1545.

¹⁹¹ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 58-59.

¹⁹² См.: Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 29.

¹⁹³ Там же. С. 55.

Что касается предварительного следствия, то по общему правилу оно обязательно и может отсутствовать лишь в упрощенном производстве. Согласно ч. 4 ст. 309 УПК этой страны, прокуратура отказывается от открытия предварительного следствия, если она незамедлительно издает постановление об отказе от возбуждения уголовного преследования или приказ о наказании. Анализ данного Кодекса и научной доктрины показывает, что этот процессуальный документ издаётся прокуратурой не в начале предварительного следствия, а *до него и вместо него*, а, значит, постановление приказа о наказании влечет прекращение не предварительного следствия, а именно дознания.

Вторая особенность заключается в том, что в данном правопорядке разграничение названных выше форм досудебного производства имеет достаточно гибкий характер; образно говоря, между ними нет каменной стены. Как справедливо отмечают швейцарские учёные, изначально кажущееся жёстким обособление дознания и предварительного следствия при внимательном рассмотрении в значительной степени оказывается фикцией. Так, по мнению докторов права Кристофа Риедо и Герхарда Фиолки, представляющих фрибурскую научную школу, «внушаемое деление его на две части является лишь мнимым»¹⁹⁴. Авторы объясняют свою точку зрения следующими аргументами:

1) «Между полицейским дознанием и предварительным следствием, осуществляемым прокуратурой, хотя и существуют терминологические различия, однако при этом... прокуратура... возглавляет полицейское дознание, производит предварительное следствие и предъявляет обвинение...»¹⁹⁵.

Действительно, можно ли рассматривать швейцарское дознание как самостоятельную стадию процесса, если согласно ч. 2 ст. 16 УПК прокуратура «руководит предварительным производством»? Как мы видим, законода-

¹⁹⁴ Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 13-14.

¹⁹⁵ Riedo C., Fiolka G., op.cit., s. 13-14.

тель делает акцент на все его этапы, а не только на предварительное следствие, осуществление которого является прерогативой данного органа власти. В Послании Федерального собрания от 21.12.2005 отмечается, что, «поскольку УПК возлагает на прокуратуру ответственность за дознание, следствие и соответствующие решения о прекращении производства по делу или выдвижение обвинения, она в этой стадии неизбежно должна занимать сильное положение»¹⁹⁶.

Системный анализ Кодекса показывает, что в отношении полицейского дознания прокуратура осуществляет общее руководство расследованием, а во время прокурорского следствия она превращается в единственного субъекта, уполномоченного принимать процессуальные решения по делу и направлять его ход. Косвенно это подтверждается ещё и тем, что у дознания и предварительного следствия в Швейцарии общие цели. Согласно ч. 2 ст. 299 УПК, *в предварительном производстве*, исходя из существующих подозрений о совершении уголовно-наказуемого деяния, производится собирание сведений и доказательств, чтобы установить наличие оснований для:

- а. издания приказа о наказании;
- б. предъявления государственного обвинения;
- с. прекращения производства по делу.

Отсюда вывод: помимо задач, решаемых на каждой из этих стадий, у них существуют общие цели, достижению которых подчинено досудебное производство в целом.

2) «Между полицией и прокуратурой никогда не может произойти изменение органа, ведущего производство по делу, следовательно, термин «полицейское дознание» понимается не в качестве отдельной фазы предварительного производства, а как полицейская деятельность в пределах её полномочий»¹⁹⁷.

¹⁹⁶ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

¹⁹⁷ Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 13-14.

Из особенности, названной выше, проистекает вывод: на протяжении обеих досудебных стадий дело фактически находится в руках одного субъекта, а не двух. Как пишет М. Питт, «полиция отныне является вспомогательным учреждением по отношению к органу, ведущему производство по делу (к прокуратуре)»¹⁹⁸. Сначала в ходе дознания полиция обладает определенной степенью самостоятельности, а затем на стадии предварительного следствия она лишь помогает прокуратуре.

Проще говоря, на стадии дознания папка с полицейскими материалами может находиться и в полицейском участке (иногда рассматриваемые органы итак находятся в одном здании), но единственная цель, с которой она формируется – определить, имеются ли основания передать дело прокурору для решения им вопроса об открытии предварительного следствия. Как отмечается в Послании Федерального собрания от 21.12.2005, характерным для лежащей в основе УПК Швейцарии модели прокуратуры II, является одноставное предварительное производство (*das eingliedriges Vorverfahren*); полицейское дознание и прокурорское следствие рассматриваются в единстве¹⁹⁹.

Согласно ст. 307 УПК Швейцарии, полиция информирует прокуратуру незамедлительно о тяжких уголовно-наказуемых деяниях, а также о других серьезных происшествиях. Прокуратуры федерации и кантонов вправе освободить её от обязанности информирования посредством частного указания²⁰⁰. Анализ данной нормы наводит на мысль о том, что такие отношения *de facto* носят внутриведомственный, неформальный характер.

Вместе с тем неизбежно возникает следующий вопрос. Если, как пишут данные авторы, орган, ведущий производство по делу, в досудебных стадиях процесса не изменяется, то о каком субъекте идёт речь: только о прокуратуре или о полиции тоже? Несмотря на то, что УПК Швейцарии не дает однозначного ответа, думается, что, поскольку хотя бы некоторые полномочия полиция осуществляет самостоятельно, например, она вправе принять заявление и

¹⁹⁸ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 60.

¹⁹⁹ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

²⁰⁰ УПК не определяет, в какой форме должен быть составлен этот документ: в устной или в письменной.

начать расследование преступления по собственной инициативе, то её также можно рассматривать в качестве органа, ведущего производство по делу. Вместе с тем, не следует забывать, что в Базеле и некоторых других кантонах полиция кантона является лишь одним из департаментов прокуратуры и не существует в качестве отдельного учреждения²⁰¹. В такой модели она даже теоретически не может выступать в качестве органа, ведущего производство по делу, поскольку в организационном отношении представляет собой лишь часть другого органа власти.

И всё же, если сравнить статус полиции Швейцарии и Германии, то можно обнаружить различие. В Германии полиция – это, образно говоря, «руки прокуратуры»; в свою очередь в Швейцарии полиция хотя бы в незначительной степени обладает автономией от неё.

3) «Уже полицейское дознание находится под надзором и формальным руководством прокуратуры. Она может давать полиции поручения и указания..., имеет право быть информированной со стороны полиции об уголовно-наказуемых деяниях... и уполномочена принимать дело к своему производству в любое время»²⁰².

И в самом деле УПК Швейцарии устанавливает, что прокуратура не просто пассивно ожидает, когда поступят из полиции материалы для принятия по ним процессуального решения, а уже на стадии полицейского дознания может активно влиять на его ход. Так, по смыслу ч. 2 ст. 15 и ч. 1 ст. 306 данного Кодекса, полиция расследует преступления не только по собственной инициативе или по заявлению частных лиц и государственных органов, но и *по поручению прокуратуры*²⁰³. Согласно ч. 2 ст. 307 УПК, она вправе в любое время давать указания и поручения полиции или принимать дело к

²⁰¹ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

²⁰² Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 13-14.

²⁰³ Истолкование ст. 4 УПК Швейцарии во взаимосвязи со ст. 14 данного Кодекса позволяет сделать вывод, что полиция – это единственный орган уголовного судопроизводства (уголовного преследования), на который не распространяется принцип независимости и подчинения только закону, поскольку прокуратура вправе давать ей указания, которые она обязана выполнять.

своему производству. В связи с этим можно прийти к выводу, что на стадии дознания полиция и прокуратура фактически осуществляют его совместно; более того – прокуратура напрямую руководит полицией, которая в функциональном отношении является её вспомогательным органом.

В этом находит своё выражение получившая глубокое теоретическое обоснование в Швейцарии²⁰⁴, Германии²⁰⁵ и Австрии²⁰⁶ концепция прокуратуры как «госпожи» досудебного производства (*die Staatsanwaltschaft als «Herrin» des Vorverfahrens*), состоящая в том, что ни один другой государственный орган не обладает столь обширными полномочиями на данной стадии уголовного процесса²⁰⁷. Среди них на первое место выходит так называемая монополия на возбуждение уголовного преследования (*die Staatsanwaltschaftsmonopol*) с целью его расследования и последующей передачи в суд. Именно по этому критерию организация предварительного производства во всех трёх названных государствах может быть отнесена к рассмотренной выше модели прокуратуры II (даже с учётом того, что Швейцария в УПК 2007 г. сохранила дуализм дознания и предварительного следствия, а Германия в 1974 г. и Австрия в 2008 г. отказались от дифференциации досудебного производства).

И всё же возникает вопрос: зачем швейцарский законодатель в рамках модели прокуратуры II сохранил предварительное следствие, осуществляемое прокуратурой? Разработчики Кодекса могли бы и отказаться от дуализма досудебного производства и установить дознание под руководством прокуратуры в качестве его единственной возможной формы (по образцу УПК Германии после 1974 г.)²⁰⁸.

²⁰⁴ Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 13-14.

²⁰⁵ Beulke W. Strafprozessrecht. Augsburg, 2008. S. 52; Hartman A., Schmidt R. Strafprozessrecht. Hannover, 2008. S. 218; Roxin C. Einführung // Strafprozessordnung. München, 2009. S. X.

²⁰⁶ Seiler S. Strafprozessrecht. Wien, 2009. S. 79-82, 173-174.

²⁰⁷ К слову говоря, швейцарскую прокуратуру нельзя отнести ни к одной из ветвей власти.

²⁰⁸ Такую модель также можно обнаружить в утратившем силу УПК Цюриха от 4 мая 1919 г. URL: [http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/A6639F0E16F958BCC12573B500315F5D/\\$file/321_4.5.19_59.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/A6639F0E16F958BCC12573B500315F5D/$file/321_4.5.19_59.pdf) (последний просмотр сайта - 05.08.2014).

Во-первых, это может быть связано с швейцарскими правовыми традициями. Выше показано, что в одних кантонах предварительное следствие было судебным (модели следственных судей I и II, модель прокуратуры I), в других – внесудебным (модель прокуратуры II). В обоих случаях оно считалось предварительным следствием (*die Voruntersuchung*). В данном случае законодатель счел возможным сохранить и терминологию, и стадию процесса, о которой идет речь. Учитывая, насколько консервативна швейцарская правовая система²⁰⁹ (разработка единого УПК заняла больше двух столетий), это неудивительно.

Во-вторых, предварительное следствие понимается как элитарная форма досудебного производства. В связи с этим при наличии достаточных оснований подозревать лицо в совершении преступления предварительное следствие будет производиться лишь тогда, когда в ходе дознания в силу предусмотренных законом обстоятельств невозможно издать приказ о наказании²¹⁰ (за исключением случая, когда уголовный процесс начался сразу с предварительного следствия). Это способствует процессуальной экономии и соблюдению разумных сроков судебного разбирательства.

В-третьих, сохранение предварительного следствия связано с рассмотренным выше доктринальным принципом «четырех глаз»²¹¹. Чем больше субъектов проверят доказательства вины лица, тем меньше вероятность осуждения невиновного. Полицейское дознание является своего рода «подготовительным производством» (*das vorbereitendes Verfahren*), в то время как УПК устанавливает приоритет предварительного следствия (*das Primat des Untersuchungsverfahrens*)²¹². Таким образом, вопрос о виновности лица в досудебном производстве исследуется дважды: и в ходе дознания (изначально), и

²⁰⁹ Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung / Jusletter 15. September 2008. URL: http://st-gallerjuristenverein.ch/P_Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf; (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

²¹⁰ Подробный анализ института приказа о наказании – в § 3 гл. 2 диссертационного исследования.

²¹¹ Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge – Besonderheiten. URL: http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

²¹² Landshut N. Art. 299 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1484.

в ходе предварительного следствия (в последующем). При этом, как отмечается в Послании Федерального собрания от 21.12.2005 (Р. 2.6.3.1.), «в ходе предварительного следствия нужно окончательно решить, есть ли фактические и юридические основания для направления дела в суд»²¹³, в то время как в ходе дознания такая задача вовсе не ставится – во многом именно это объясняет дуализм досудебного производства по новому УПК Швейцарии.

В-четвертых, вопрос о сохранении предварительного следствия связан с институтами доказательств и доказывания. В современном швейцарском уголовном процессе доказательственное значение могут иметь сведения и материалы, собранные полицией. Вместе с тем в ходе предварительного следствия прокуратура осуществляет их проверку и оценку, а также собирает новые доказательства. При этом она должна выявлять с равной тщательностью как обстоятельства, свидетельствующие о виновности обвиняемого, так и обстоятельства, свидетельствующие о его невиновности (ст. 6 УПК). Данное требование распространяется и на полицию, но при этом дополнительный контроль прокуратуры придает собранным доказательствам большую легитимность. Швейцарские юристы часто используют выражение «авторитет доказательств» (*der Autoritat des Beweismittel*)²¹⁴. Можно утверждать, что он выше у тех доказательств, которые собраны и проверены прокуратурой²¹⁵.

Как пишет Н. Ландсхут, по смыслу абз. 1 ст. 311 УПК, прокуратура на стадии предварительного следствия принципиальным образом производит процессуальные действия, а, в особенности, собирает доказательства *самостоятельно*²¹⁶ (выделено - Н. Ландсхутом). Она может давать полиции поручения в отношении лишь отдельных дополнительных расследований, но при

²¹³ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 05.09.2013).

²¹⁴ Wohlers W. Art. 10 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 85.

²¹⁵ Данный тезис можно обосновать тем, что в Швейцарии, как и в России, требования к должностным лицам прокуратуры выше, чем к сотрудникам полиции (необходимо высшее юридическое образование и т.д.), следовательно, они смогут более квалифицированно произвести доказывание. Кроме того, прокуратура, в отличие от полиции поддерживает государственное обвинение в суде, в связи с чем несет повышенную ответственность при собирании и оценке доказательств в досудебном производстве.

²¹⁶ Landshut N. Art. 311 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1555.

этом лично производит собирание, проверку и оценку доказательств. Кроме того, по смыслу ст. 6 УПК прокуратура, действуя *ex officio*, не связана имеющимися в деле полицейскими материалами и протоколами. По мнению швейцарских юристов, следственная максима²¹⁷ и предусмотренные в УПК средства ее реализации отвечают интересам установления материальной истины в уголовном процессе²¹⁸, а в конечном итоге – интересам правосудия в целом.

В-пятых, сохранение и дознания, и предварительного следствия необходимо для защиты лиц от необоснованного применения мер принуждения. В то время как большинство из них допустимы уже в ходе дознания²¹⁹, заключение под стражу возможно только после открытия предварительного следствия. К такому выводу позволяет прийти ч. 1 ст. 221 УПК, согласно которой «... заключение под стражу, допустимо только тогда, когда обвиняемый *настоятельно подозревается (dringend verdächtig)* в совершении преступления или уголовного проступка». В свою очередь *достаточные подозрения (hinreichender Tatverdacht)* в совершении преступного деяния, согласно п. «а» ч. 1 ст. 309 УПК, уже являются основанием для немедленного открытия прокуратурой предварительного следствия.

Таким образом, комплексный анализ данного вопроса позволяет определить причины сохранения дуализма дознания и предварительного следствия в едином УПК Швейцарии.

Третья особенность заключается в том, что в Швейцарии, в отличие от некоторых других стран, включая Россию, соотношение рассматриваемых досудебных стадий предопределяется традиционным пониманием дознания как «материального открытия производства» («*die materielle Einlei-*

²¹⁷ Ст. 6 УПК Швейцарии подлежит применению и в ходе дознания, и на предварительном следствии; она обязательна и для полиции, и для прокуратуры.

²¹⁸ Wohlers W. Art. 6 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 47.

²¹⁹ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 172.

tung des Vorverfahrens»²²⁰), а предварительного следствия как «формального открытия производства» («*die formelle Einleitung des Vorverfahrens*»²²¹).

В Швейцарии, к примеру, в отличие от большинства постсоветских стран, для проведения дознания не требуется вынесение специального постановления. В соответствии со ст. 300 УПК, предварительное производство начинается в частности посредством «осуществляемой полицией деятельности по расследованию». Получив информацию о совершённом или готовящемся преступном деянии, полиция по данному факту приступает к дознанию. Широкий круг вопросов, связанный с составлением рапортов, отчётов о выезде на место происшествия решается преимущественно не в УПК или федеральных законах, а на ведомственном уровне.

В связи с этим швейцарские учёные часто обращают внимание на то, что регулирование вопросов, связанных с организацией производства дознания, производится не только в уголовно-процессуальном (*das Strafprozessrecht*), но и в административном праве (*das Verwaltungsrecht*), поскольку на федеральном уровне полиция в контексте конституционного принципа разделения властей на три ветви является одним из органов исполнительной власти (при этом в некоторых кантонах она является структурным подразделением прокуратуры).

В свою очередь предварительное следствие, понимаемое как «формальное открытие производства», предполагает необходимость вынесения прокуратурой специального постановления (*die Verfügung*), в котором должны быть указаны обвиняемый и инкриминируемое ему преступное деяние (ч. 3 ст. 309)²²². УПК детально регламентирует форму и содержание данного документа. После этого расследование дела по-настоящему входит в уголовно-процессуальное русло: могут производиться любые следственные дей-

²²⁰ Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 13-14.

²²¹ Riedo C., Fiolka G., op.cit., s. 19.

²²² Таким образом, данный документ устанавливает пределы производства по делу не только *in rem*, но и *in personam*.

ствия (уже с участием обвиняемого) и избираться в отношении него (в ряде случаев с санкции суда) меры принуждения и т.д.²²³

Четвертая особенность заключается в том, что в Швейцарии законодатель в УПК 2007 г. не дифференцирует процедуру дознания.

В настоящее время общеевропейской тенденцией стало выделение в рамках этой стадии специальных упрощённых процедур (при этом необходимо иметь в виду, что дознание само по себе является упрощённой формой по отношению к предварительному следствию, если законодатель предусматривает их дуализм). К примеру, УПК Франции 1958 г. различает дознание очевидных преступлений и первоначальное дознание. Отдельные учёные выделяют и другие формы. Так, анализируя его нормы, процессуалисты Мерль и Витю пишут также о «дознании по делам о посягательствах на безопасность государства». Профессор Расса разграничивает «дознание сомнительной смерти» и так называемую «проверку личности» как самостоятельные формы данной стадии процесса²²⁴. Как справедливо отмечает Л.В. Головкин, по отношению друг к другу они находятся в состоянии конкуренции²²⁵. В отношении каждой из форм дознания УПК Франции устанавливает соответствующий правовой режим и правила ее производства.

В российском УПК на основе закона N 23-ФЗ от 4 марта 2013 г.²²⁶ появилось так называемое дознание в сокращённой форме (гл. 32.1). Законодатель, очевидно, с целью ускорения процесса и реализации принципа разумных сроков с некоторым ущербом для конституционных прав личности значительно упрощает процедуру доказывания (ст. 226.5), в том числе при

²²³ Конечно, барьеров для производства следственных действий и избрания мер принуждения нет и в ходе дознания (не допускаются только досудебное и судебное заключение под стражу), но оно проводится лишь до тех пор, пока в отношении лица не установлены достаточные подозрения. Сразу после этого должно начаться предварительное следствие.

²²⁴ См.: Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 29.

²²⁵ Там же. С. 39.

²²⁶ Федеральный закон от 04.03.2013 N 23-ФЗ "О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" // «Собрание законодательства РФ», 04.03.2013, N 9, ст. 875.

последующем рассмотрении дела в суде (ст. 226.9.), предусматривает более сжатые сроки производства дознания (ст. 226.6) и т.д.

В свою очередь для нового УПК Швейцарии такой подход не характерен. В главе 2 раздела 1 титула 6 содержится единое правовое регулирование дознания. Очевидно, это связано с желанием законодателя в равной степени защищать права и свободы граждан при производстве полицией процессуальных действий. Такой же подход характерен и для предварительного следствия.

Пятая особенность построения досудебного производства Швейцарии состоит в том, что законодатель в УПК 2007 г. не дифференцирует формы досудебного производства, которые должны начаться после возбуждения дела²²⁷. Кодекс безальтернативно предусматривает только предварительное следствие. По этому параметру он существенно отличается от УПК, принятых в последнее десятилетие на постсоветском пространстве. В то время как в странах СНГ за редкими исключениями²²⁸ после возбуждения дела производится, исходя из тяжести уголовно-наказуемого деяния, объекта преступного посягательства и иных критериев, либо дознание, либо предварительное следствие, швейцарский УПК не предусматривает такую дифференциацию. После возбуждения дела посредством издания прокуратурой постановления об открытии предварительного следствия она приступает к его производству.

Логика рассмотренного построения уголовного процесса предполагает, что дифференциация форм досудебного производства в Швейцарии является не «параллельной», как в России и большинстве стран СНГ, а «последовательной»: сначала имеет место дознание, затем – предварительное следствие.

²²⁷ Договоримся о том, что в швейцарском уголовном процессе возбуждением дела мы будем называть издание прокуратурой постановления об открытии предварительного следствия (ст. 309 УПК), а возбуждением уголовного преследования – любую деятельность полиции и прокуратуры по изобличению лица, в отношении которого имеется информация о его причастности к совершению преступления (ст. 111 УПК). В обоих случаях данные категории вовсе не идентичны их отечественным аналогам, в связи с чем приведенные выше суждения отражают авторское усмотрение диссертанта.

²²⁸ Анализ УПК Грузии, Киргизии, Латвии и Молдовы, показывает, что законодатели этих государств отказались от деления досудебного производства на дознание и предварительное следствие в отечественной интерпретации данных категорий. К примеру, согласно ст. 100 УПК Грузии от 9 октября 2009 г., «в случае получения информации о преступлении следователь, прокурор обязаны начать следствие».

Шестая особенность относится к специфике юридической техники УПК Швейцарии 2007 г. Титул 6 «Предварительное производство» (*das Vorverfahren*) содержит всего 28 статей²²⁹ в связи с тем, что законодатель почитал необходимым вынести «за скобки» практически все нормы, связанные со следственными действиями. Столь короткой главы о предварительном расследовании не найти больше, пожалуй, ни в одном европейском УПК, в том числе на постсоветском пространстве²³⁰, за исключением Латвии и Молдовы²³¹. Как правило, нормы о досудебном производстве занимают в континентальных УПК не меньше места, чем общие положения²³². Очевидно, рассматриваемый подход является результатом научного влияния. Конечно, с прагматической точки зрения данный прием юридической техники невозможно однозначно охарактеризовать либо положительно, либо отрицательно, но, на наш взгляд, он выглядит рациональным способом обобщения правового материала. Поскольку следственные действия производятся и в досудебном, и в судебном производстве, законодатель обоснованно перенес этот институт в общую часть Кодекса.

Таким образом, можно утверждать, что существующая в Швейцарии в настоящее время дифференциация досудебного производства по целому ряду признаков выделяется среди других европейских правопорядков и имеет существенную специфику, связанную с соотношением дознания и предварительного следствия. Избранные составителями УПК 2007 г. подходы к организации досудебного производства отражают своеобразие швейцарской пра-

²²⁹ Ст. 299-327 УПК Швейцарии 2007 г.

²³⁰ Ст. 204-297 УПК Азербайджана от 14 июля 2000 г., ст. 175-290 УПК Армении от 1 сентября 1998 г., ст. 166-266 УПК Белоруссии от 16 июля 1999 г., ст. 100-181 УПК Грузии от 9 октября 2009 г., ст. 177-289 УПК Казахстана от 13 декабря 1997 г., ст. 213-220 УПК Киргизии от 30 июня 1999 г., ст. 140-226.9 УПК России от 18 декабря 2001 г., ст. 140-250 УПК Таджикистана от 3 декабря 2009 г., ст. 206-329 УПК Туркменистана от 1 июля 2009 г., ст. 321-388 УПК Узбекистана от 22 сентября 1994 г., ст. 214-313 УПК Украины от 13 апреля 2012 г., ст. 219-338 Модельного УПК для государств - участников СНГ от 17 февраля 1996 г.

²³¹ В Латвии УПК от 21 апреля 2005 г. содержит объемную общую часть (ст. 1-383) и в сравнении с ней относительно краткую главу о досудебном производстве (384-438). То же можно сказать и про УПК Молдовы от 14 марта 2003 г. (ст. 1-251 и соответственно ст. 252-313).

²³² С некоторой долей условности большинство европейских УПК можно разделить на общую и особенную часть. Например, в УПК Франции общей частью можно считать ст. 1-52; в свою очередь нормы о предварительном производстве находятся в особенной части – ст. 53-230; в УПК Австрии: соответственно §§ 1-90 и §§ 91-209b.

вово́й мысли и достойны пристального внимания со стороны отечественной науки.

Глава 2

Дознание в современном уголовном процессе Швейцарии

§1. Понятие дознания и его начало в уголовном процессе Швейцарии

Какое значение в швейцарском уголовно-процессуальном праве имеет термин «дознание»? При внимательном рассмотрении данного вопроса можно констатировать, что составители УПК 2007 г. стремились избегать легальных определений понятий, обозначающих стадии уголовного судопроизводства²³³. Такая же особенность характерна и для правовой доктрины. Как правило, учёные этой страны не используют указанный способ разъяснения выражений. В важнейших научных работах, в которых анализируется дознание, нам не удалось найти ни одного чётко сформулированного определения (даже в соответствующих разделах двух фундаментальных комментариев к УПК Швейцарии: Базельском²³⁴ и Цюрихском²³⁵), объем каждого из которых превышает две тысячи страниц. Вместо дефиниций учёные прибегают к описанию, анализу, синтезу и другим приёмам разъяснения выражений. Наиболее обстоятельный анализ дознания можно обнаружить в частности в работах Г. Альбертини, В. Фера и В. Возера²³⁶, а также Г. Моргера²³⁷, С. Блеттера²³⁸ и других процессуалистов.

В связи с данной особенностью доктрины в конце этой главы мы формулируем определение дознания в швейцарском правовом порядке самостоятельно.

Итак, дознание в Швейцарии представляет собой, прежде всего, одну из *стадий* уголовного судопроизводства²³⁹. Как известно, любая из них ха-

²³³ Такой подход существует и в других странах. Легальные определения стадий досудебного производства отсутствуют в частности в УПК Франции, Германии, Швейцарии, Австрии, Лихтенштейна и т.д.

²³⁴ Riedo C., Falkner A. Art. 300 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 2019-2145.

²³⁵ Landshut N. Art. 306-307 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1511-1531.

²³⁶ Albertini G., Fehr B., Voser B. Polizeiliche Ermittlung. Zürich, 2008.

²³⁷ Morger G. Die Rolle der Polizei im Untersuchungsverfahren // ZStrR. 1985, № 1.

²³⁸ Blätter S. Die Stellung der Polizei im neuen schweizerischen Strafverfahren // ZStrR. 2007, № 2; Blätter S. Einsatz von verdeckten Ermittlern aus polizeiliche Sicht // AJP. 2002, № 13.

²³⁹ Не вдаваясь в дискуссию о соотношении стадий и этапов уголовного процесса, отметим, что швейцарские юристы часто используют термин «фазы» (*die Phasen*) судопроизводства», например: Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität

рактируется моментом, с которого она начинается, целями, участниками, процессуальными действиями, возможным принуждением, которое направлено на их обеспечение, а также итоговыми решениями. Дознание, урегулированное в УПК Швейцарии 2007 г., обладает всеми данными признаками. Исходя из этой структуры, в дальнейшем оно будет проанализировано как составная часть швейцарского уголовного судопроизводства. При этом с методологической точки зрения представляется необходимым избегать двух крайностей: с одной стороны – чрезмерной описательности, поскольку это диссертация, а не энциклопедия, а с другой – определяя место швейцарских процессуальных конструкций в рамках сравнительно-правовых моделей, нельзя упустить относящиеся к ним важные детали.

Как отмечено выше, уголовное судопроизводство в этом государстве может начаться либо с дознания, либо с предварительного следствия. В данном параграфе будут рассмотрены вопросы, связанные с открытием дознания как одной из двух форм (стадий) досудебного производства.

Швейцарская и западно-европейская доктрина, в отличие от отечественной²⁴⁰, не разграничивают поводы и основания, при наличии которых возможно начало полицейского дознания, рассматривая их воедино. При этом, чтобы более точно передать сущность анализируемых институтов, мы будем использовать российскую терминологию.

В соответствии со ст. 306 УПК Швейцарии, полиция на основе заявлений, указаний прокуратуры или по собственным данным устанавливает посредством дознания обстоятельства, связанные с уголовно-наказуемым деянием.

Поводы, как видно из данной статьи, представляют собой содержащуюся в определённых источниках информацию о совершённом или готовя-

der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 13-14.; Landshut N. Art. 299 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1480.

²⁴⁰ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации // под ред. П.А. Лупинской. М., 2009. С. 454-457; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации // под ред. И.Л. Петрухина, И.Б. Михайловской. М., 2010. С. 329-330.

щемся преступлении. УПК Швейцарии предусматривает три возможные повода для начала дознания по делу.

Первым из них выступает заявление. В соответствии со ст. 301 данного Кодекса, каждое лицо имеет право сообщить в органы уголовного судопроизводства письменно или устно об уголовно-наказуемом деянии. В обязательном порядке оно подлежит занесению в протокол. Для УПК Швейцарии характерно выделение заявителя в качестве отдельного участника судопроизводства, наделённого процессуальным статусом (ст. 301), который образуют как права, так и обязанности. Основное право данного лица – получить в компетентных органах информацию о том, начался ли уголовный процесс и как он завершился. Важная гарантия прав заявителей, в том числе тех, которые в будущем приобретут статус потерпевшего, состоит в том, что они могут сообщить о преступном деянии в любой государственный орган, даже не обладающий уголовно-процессуальной компетенцией²⁴¹; в этом случае заявление *ex officio* должно быть передано в надлежащий правоохранительный орган. Полиция и прокуратура информируют заявителя о его правах исчерпывающим образом (*umfassend*)²⁴².

Указания прокуратуры и собственные данные полиции также выступают традиционными поводами для начала дознания. К. Риедо и Г. Фиолка считают, что речь идёт об одном поводе, а не о двух самостоятельных. По их мнению, им являются «собственные данные органов уголовного преследования» (*auf eigenen Feststellungen der Strafverfolgungsbehörden*)²⁴³. Соответствующая информация отражается в различных полицейских рапортах и отчётах. С этой точкой зрения можно согласиться, поскольку сведения о со-

²⁴¹ Швейцарские юристы делают этот вывод на основе расширительного толкования ст. 302 УПК, согласно которой потерпевший вправе обратиться в любой государственный орган (даже не обязательно в правоохранительный).

²⁴² Важно отметить и то, что перечень прав заявителя является строго закрытым. Согласно ч. 3 ст. 301 УПК, никакие последующие процессуальные права не предоставляются заявителю, который не является потерпевшим или гражданским истцом. Очевидно, такой подход законодателя связан с принципом тайны следствия и формальной определенности.

²⁴³ Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 14.

вершённом или готовящемся преступлении объективно попадают в полицию либо от частных лиц, либо от государственных органов. *Tertium non datur*.

Несмотря на то, что УПК Швейцарии не сформулировал чёткое *основание* для начала полицейского дознания, в качестве него многие процессуалисты называют «начальное подозрение» (*der Anfangsverdacht*)²⁴⁴, или «простое подозрение» (*der einfacher Verdacht*)²⁴⁵. Как отмечает профессор Н. Оберхольцер, оно предполагается, если признаки указывают на то, что совершено преступление. Предположительной является определённая вероятность уголовно-наказуемых действий. Неопределённое предположение о том, что будто бы совершено преступление, наоборот, не может обосновывать начальное подозрение²⁴⁶: государственные органы должны на основании конкретного признака достигнуть понимания того, очевидно ли деяние. Поскольку начальное подозрение не всегда направлено на конкретного человека, дознание может также вестись в отношении неустановленного лица²⁴⁷.

Швейцарская процессуальная наука выработала относящийся в том числе к основаниям для начала дознания доктринальный принцип «*in dubio pro duriore*». Его название имеет региональный окрас, поскольку, к примеру, немецкие и австрийские учёные в своих работах его, как правило, не выделяют. Однозначного перевода на русский язык у данного латинского выражения нет²⁴⁸, но, исходя из значения, предаваемого ему доктриной, уместно обозначить его так: «при сомнении – по наиболее строгому варианту». Он противопоставляется другому гораздо более известному со времен римского права принципу правосудия – «*in dubio pro reo*» («при сомнении – в пользу обвиняемого»). В соответствии с правилом «*in dubio pro duriore*», если у по-

²⁴⁴ Landshut N. Art. 299 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1484.

²⁴⁵ Riedo C., Falkner A. Art. 300 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 2070.

²⁴⁶ Riedo C., Falkner A. Art. 300, op.cit., s. 2070-2071.

²⁴⁷ Riedo C., Falkner A. Art. 300, op.cit., s. 2070-2071.

²⁴⁸ Перевод данного выражения отсутствует даже в таких авторитетных изданиях, как: Латинско-русский и русско-латинский словарь // сост. А.В. Победоносцев, Г.Г. Козлова, А.А. Глухов, А.М. Белов М., 2004; Крылатые латинские выражения // сост. Цыбульник Ю.С. М., 2006. В связи с этим его необходимо перевести по отдельным словам: *in* - в; *dubio* - сомнение; *pro* - за; *duriore* – тяжелее, суровее (однокоренное слово используется в хорошо известном выражении *dura lex sed lex* – закон суров, но это закон). URL: <http://translate.google.com/> (последний просмотр – 0.5.09.2013).

лиции есть сомнения, начинать ли дознание, если прокурор сомневается, нужно ли составлять постановление об открытии производства по делу, а также по каким статьям предъявлять обвинение, то, соответственно, полиция обязана начать дознание, прокурор должен составить постановление об открытии производства по делу и предъявить обвинение в наиболее тяжком преступлении (если имеются определенные основания полагать, что обвиняемый, возможно, совершил менее тяжкое преступное деяние). В свою очередь, когда судья предписывает меру принуждения, в том числе заключение под стражу, или постановляет приговор, он должен исходить из презумпции невиновности (ст. 10 УПК, ст. 32 Конституции Швейцарии) и все сомнения истолковывать в пользу обвиняемого в рамках принципа «*in dubio pro reo*»²⁴⁹.

Концепция «*in dubio pro duriore*», как представляется, имеет под собой логическое основание. Поскольку дознание осуществляется в досудебном производстве и на этой стадии производится лишь предварительное исследование обстоятельств и органы уголовного преследования ещё вовсе не утверждают императивным образом о виновности кого-либо в преступном деянии, то в целях защиты потерпевшего, а также интересов общества и государства, необходимо максимально полно исследовать обстоятельства дела. Если в ходе дознания полиция (и прокуратура) каждый раз будут во всем сомневаться и вместо активных мер по расследованию демонстрировать пассивное бездействие в отношении возможных правонарушений (лишь бы только не ограничить чьи-либо права), то тогда, вероятно, ни одно дело так и не будет возбуждено и не попадет в суд для его рассмотрения по существу. Исходя из данного доктринального швейцарского принципа, на стадии дознания от органов, ведущих производство расследования, нельзя требовать высокой степени доказанности принимаемых ими решений; в разумных пределах даже допускаются ошибки, иначе полномасштабная борьба с преступ-

²⁴⁹ Интересно, что швейцарский законодатель, обозначив основания для вынесения постановления об открытии предварительного следствия (ст. 309), для заключения под стражу (ст. 211), для предъявления обвинения (ст. 324), при этом четко не указал, что является основанием для вынесения обвинительного приговора (ст. 348-351).

ностью будет невозможна. Отсюда вывод: данные принципы («*in dubio pro reo*» и «*in dubio pro duriore*») уравнивают друг друга.

Итак, с какого конкретно момента в Швейцарии начинается дознание? Исключительная важность данного вопроса состоит в том, что до этой отправной точки нормы УПК ещё не подлежат применению, следовательно, пострадавшие, очевидцы и т.д. пока ещё не обладают предусмотренными в Кодексе правами и обязанностями, а государственные органы не вправе их ограничивать. Эта проблема не раз находила отражение в решениях швейцарского Верховного суда по уголовным делам (*das Bundesgericht*). В одном из решений им отмечено, что уголовное судопроизводство в материальном смысле начинается, когда полиции посредством собирания сведений или иным образом становятся известны обстоятельства, дающие основания подозревать лицо в совершении уголовно-наказуемого деяния²⁵⁰. Как следует из ещё одного решения, для этого уже достаточно принятия заявления о преступлении или жалобы по делам частного обвинения компетентным государственным органом, если только они не являются полностью безосновательными²⁵¹. Напротив, при получении и перенаправлении заявления о преступлении или жалобы по делам частного обвинения некомпетентным государственным органом в надлежащее учреждение – дознание (и уголовное судопроизводство) ещё не начинаются²⁵². С данным утверждением можно согласиться, поскольку до момента получения информации компетентным органом ещё не совершаются предусмотренные в УПК процессуальные действия и не избираются меры принуждения. Скорее, речь идёт о конституционно-правовом институте обращений граждан в органы власти (ст. 33 Основного закона Швейцарии).

²⁵⁰ BGE. 114. IV. 76, 77; 86 IV 128; 75 V 139, 140ff.

²⁵¹ BGE. 116. IV. 83, 86; 114 IV 78, 78; 109 IV 56, 57ff.

²⁵² BGE. 106. IV. 31, 34.

§2. Основные участники уголовного процесса на стадии дознания

УПК 2007 г., следуя устоявшимся в этой стране научным традициям, излагает выработанную в швейцарской доктрине классификацию участников²⁵³ уголовного судопроизводства²⁵⁴. К ним относятся:

1) органы уголовного преследования (*die Strafverfolgungsbehörden*): полиция, прокуратура и органы, осуществляющие производство по уголовным делам о нарушениях²⁵⁵ (ст. 12);

2) суды (*die Gerichte*): суды по вопросам мер принуждения, суды первой инстанции, суды по вопросам обжалования, апелляционные суды (ст. 13);

3) стороны (*die Parteien*): обвиняемый²⁵⁶; участники, представляющие частное обвинение; при рассмотрении дела по существу и в проверочных стадиях производства – прокуратура (ст. 104); о том, почему отдельно УПК не упоминает защитника, будет сказано далее;

4) иные участники (*die andere Verfahrensbeteiligte*): потерпевший, заявитель, свидетель, лицо, являющееся источником сведений, эксперт, третье лицо, обременённое процессуальными действиями (ст. 105).

Данная классификация позволяет сделать три вывода.

²⁵³ Говоря об участниках уголовного процесса, следует отметить, что яркой особенностью швейцарской правовой системы является стремление законодателя обеспечить всеобъемлющем образом гендерное равенство. В связи с этим во многих нормативных актах: от Конституции и до подзаконных распоряжений – большинство терминов, обозначающих отдельные категории лиц, употреблены как в женском, так и в мужском роде, причем слово в женском роде всегда стоит на первом месте (например: прокурор-женщина и прокурор-мужчина, потерпевшая-женщина и потерпевший-мужчина, свидетель-женщина и свидетель-мужчина и т.д.). Одним из немногих исключений является обвиняемый (*die beschuldigte Person*), поскольку данный термин употребляется в одинаковой форме в отношении и обвиняемых-мужчин, и обвиняемых-женщин.

²⁵⁴ Швейцарские учёные в немецко-язычных работах обычно не используют термин «субъекты уголовного судопроизводства», а употребляют понятие «*die Verfahrensbeteiligten*» – участники производства (например: Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009. S. 69). Этот же подход характерен и для официального немецко-язычного текста УПК 2007 г. (ст. 3, 73, 77, 97, 312, 321 и 417).

²⁵⁵ Речь идет о различных органах исполнительной власти, осуществляющих производство по уголовным делам о нарушениях. Их процессуальная деятельность не входит в предмет настоящего исследования. Вместе с тем можно провести аналогию с перечнем органов, указанных в гл. 23 КоАП РФ.

²⁵⁶ Сразу же сделаем важное пояснение. В соответствии с ч. 1 ст. 111 УПК Швейцарии, «в качестве обвиняемого выступает лицо, которое в заявлении о преступлении, в жалобе по делу частного обвинения или в ходе процессуальных действий государственных органов уголовного судопроизводства в связи с совершением уголовно-наказуемого деяния подозревается, преследуется или обвиняется». Особенность современного швейцарского уголовного процесса состоит в том, что законодатель не разделяет статусы подозреваемого и обвиняемого. Следовательно, с точки зрения данного Кодекса уже в момент подачи заявления о преступлении можно говорить о появлении в процессе обвиняемого.

Во-первых, швейцарский законодатель, выделяя среди других участников судопроизводства, стороны и суд, опирается на принцип состязательности и придает важное значение функциям, которые они выполняют (обвинение – защита – рассмотрение дела). Вместе с тем, в отличие от России, где законодатель, по мнению многих ученых²⁵⁷, установил состязательность в качестве общепроцессуального принципа (ст. 15 УПК), действующего в ходе всего уголовного судопроизводства, в Швейцарии она предполагается лишь в судебных стадиях, поскольку в ходе предварительного следствия прокуратура не является стороной (п. «с» ч. 1 ст. 104 УПК). Характер предварительного следствия в этой стране, напротив, определяется в силу ст. 6 данного Кодекса принципом следствия (*der Untersuchungsgrundsatz*), или, как его иногда называют франко-язычные пеналисты, следственной максимой (*Maxime de l'instruction*).

Во-вторых, представленная классификация участников уголовного процесса позволяет отнести его к смешанному типу, поскольку прокуратура является стороной только в судебных стадиях процесса, а в досудебном производстве о сторонах говорить можно лишь с некоторой долей условности, поскольку органами, ведущими производство по делу и принимающими властные решения, выступают только полиция и прокуратура, а обвиняемый и защитник могут лишь заявлять определённые ходатайства, обжаловать их действия и т.д., не обладая при этом юридически властными полномочиями.

В-третьих, сам факт наличия в данном Кодексе классификации участников процесса говорит о тесной взаимосвязи швейцарской науки и законодательства. В УПК Германии она отсутствует и встречается только в право-

²⁵⁷ Как справедливо пишет первый заместитель Председателя Верховного Суда РФ В.И. Радченко, «новым уголовно-процессуальным законодательством разрешен, по нашему мнению, многолетний спор об отнесении состязательности к числу начал, определяющих организацию судопроизводства лишь в судебном разбирательстве или распространяющим свое действие на уголовное судопроизводство в целом. В настоящее время *всеобщность* действия принципа состязательности находит свое выражение в тех полномочиях, которыми закон наделяет субъектов уголовно-процессуальной деятельности, в тех производствах на досудебных стадиях процесса, когда стороны обращаются к суду для разрешения возникших противоречий» (Уголовный процес // под ред. В.И. Радченко. СПС «Консультант Плюс», 2013).

вой доктрине²⁵⁸. УПК Австрии и Лихтенштейна, хотя и излагают участников судопроизводства в определённой последовательности, но явно выраженной классификации не содержат.

Рассмотрим участников процесса, играющих ключевую роль на стадии дознания: полицию, прокуратуру и «защитника первого часа». Статус иных субъектов в силу авторского усмотрения будет проанализирован в главе о предварительном следствии, поскольку в ходе именно этой стадии они выполняют свои важнейшие функции²⁵⁹.

Полиция (*die Polizei*)

Правовой и процессуальный статус швейцарской полиции определяется в УПК 2007 г., в Федеральном законе об организации органов уголовного судопроизводства Федерации (*das Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes*) от 19 марта 2010 г.²⁶⁰ и в нормативных правовых актах кантонов, которые обязаны ему соответствовать²⁶¹. В качестве примера можно привести Закон о полиции от 23 апреля 2007 г., действующий в Цюрихе²⁶². Отдельного Федерального закона о полиции в Швейцарии нет.

Структура швейцарской полиции предусмотрена в ст. 4 Федерального закона об организации органов уголовного судопроизводства. В соответствии с данным правовым актом она включает в себя четыре группы государственных органов. Выполнение полицейских задач возлагается на: 1) Федеральную уголовную полицию, 2) другие подразделения федеральных органов полиции, поскольку федеральное право предусматривает, что они выполняют задачи в рамках уголовного преследования, 3) иные государственные органы,

²⁵⁸ Beulke W. Strafprozessrecht. Augsburg, 2008. S. 31-113; Hartman A., Schmidt R. Strafprozessrecht. Hannover, 2008. S. 49-92.

²⁵⁹ Суд по вопросам мер принуждения, несмотря на то, что он осуществляет контроль уже на стадии дознания, также будет рассмотрен в третьей главе диссертационного исследования, поскольку его статус неотделим от данных мер и их целесообразно рассмотреть совместно.

²⁶⁰ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20072377/index.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

²⁶¹ Вместе с тем кантоны обладают достаточно обширной компетенцией относительно того, какую модель организации полиции выбрать.

²⁶² URL: [http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/167BDE965CA92519C12575D800431484/\\$file/550.1_23.4.07_65.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/167BDE965CA92519C12575D800431484/$file/550.1_23.4.07_65.pdf) (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

поскольку федеральное право устанавливает, что они осуществляют задачи в рамках уголовного преследования²⁶³; 4) кантональные полицейские силы, которые во взаимодействии с органами уголовного судопроизводства федерации выполняют задачи в рамках уголовного преследования²⁶⁴. Таким образом, полицейские учреждения подразделяются главным образом на федеральные и кантональные; кроме того, данные органы можно разграничить на собственно полицейские – выполнение соответствующих функций является их основной и по сути единственной задачей – и вспомогательные, которые осуществляют другие виды деятельности (например, таможенную, пограничную, природоохранную и т.д.), но при определённых обстоятельствах также осуществляют и полицейские функции.

На федеральном уровне полиция является частью Министерства юстиции и полиции Швейцарии. Вместе с тем кантоны самостоятельно определяют ведомственную принадлежность данного органа власти. В настоящее время в этой стране сложились две основные модели организации данного правоохранительного органа. Так называемая «Базельская модель» (*das Basler Modell*)²⁶⁵ предполагает, что кантональная полиция органически инкорпорирована в состав прокуратуры и не является отдельным государственным органом. Она представляет собой структурное подразделение прокуратуры с вытекающими отсюда юрисдикционными последствиями. В ряде других кантонов полиция, наоборот, обособлена от неё в организационном отношении. Кроме того, федеральное законодательство допускает создание в кантонах полицейских подразделений, выполняющих узко направленные задачи, причём специализация может проводится и в функциональном, и в территориальном отношении.

²⁶³ В частности речь идет о различных органах исполнительной власти. И, хотя они не являются полицией в отечественном понимании данной категории, швейцарский законодатель в данном случае рассматривает их в качестве полиции.

²⁶⁴ В некоторых кантонах также существует муниципальная полиция (*die kommunalen Polizeien*), в частности, в Цюрихе (§ 2 Цюрихского Закона о полиции), которая занимается охраной общественного порядка в пределах данной территориальной единицы.

²⁶⁵ Blätter S. Die Stellung der Polizei im neuen schweizerischen Strafverfahren // ZStrR. 2007, № 2. S. 242ff.

Законодательство большинства швейцарских кантонов разграничивает криминальную полицию (*die Kriminalpolizei*) и полицию общественной безопасности (*die Sicherheitspolizei*)²⁶⁶. Различие между ними связано, в первую очередь, с их предназначением. По мнению господствующей швейцарской доктрины, главная функция полиции общественной безопасности – превентивная, то есть связанная с предотвращением правонарушений; в свою очередь, на криминальную полицию возложено «расследование и восстановление события конкретного правонарушения и только опосредованным образом – предотвращение будущих деликтов»²⁶⁷ и борьба с преступностью²⁶⁸.

Важное практическое значение имеет доктринальная классификация полицейской деятельности на самостоятельную и несамостоятельную. В первом случае учёные подразумевают такие действия, которые полиция предпринимает по собственной инициативе, во втором – по поручению прокуратуры или суда. Вместе с тем, как отмечает М. Питт, классическим в сфере деятельности, осуществляемой криминальной полицией, является вопрос о том, как долго этот правоохранительный орган при производстве расследования может действовать самостоятельно, не информируя другие учреждения, прежде всего, прокуратуру о своей деятельности?²⁶⁹ До принятия в Швейцарии единого УПК федеральные и кантональные законы, регулировавшие уголовное судопроизводство, как правило, ограничивали полицейскую деятельность так называемым «первичным вмешательством»²⁷⁰. Например, такая норма ранее содержалась в § 3 УПК кантона Базель-Штадт²⁷¹. В настоящее

²⁶⁶ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 58.

²⁶⁷ Seelmann K. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Basel, 2007. S. 19ff.

²⁶⁸ По официальным данным в Швейцарии в 2011 г. зарегистрированы 692 954 уголовно-наказуемых деяния. Из них 81% образуют нарушения УК, 13% - Закона о наркотических средствах, 5% - Закона об иностранцах; 1% - иных законов. Около половины уголовно-наказуемых деяний – это преступления против собственности. Раскрываемость преступлений против жизни составляет 97%, а против собственности - 16%. В сравнении с 2010 годом количество преступлений против собственности выросло на 6%, против жизни и здоровья уменьшилось на 7%, против половой неприкосновенности снизилось на 3%. URL: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/01/pan.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

²⁶⁹ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 58-59.

²⁷⁰ Pieth M., op.cit., s. 58.

²⁷¹ Pieth M., op.cit., s. 58.

время большинство швейцарских учёных²⁷², следуя правовым традициям, со ссылкой на УПК 2007 г. приходят к выводу, что полиция уполномочена производить только *первичное* собирание, установление и сохранение следов преступления и принимать меры, которые не могут быть отложены. Как только подозрение в отношении определённого лица²⁷³ усилилось (выражаясь языком ст. 309 УПК Швейцарии, стало «достаточным»), компетенция по расследованию должна незамедлительно перейти к прокуратуре. В данном случае образно можно провести аналогию с переходом от общего расследования (*inquisitio generalis*) к специальному (*inquisitio specialis*), который существовал в Швейцарии по Каролине.

На стадии дознания полиция осуществляет тесное взаимодействие с прокуратурой, информирует её об уголовно-наказуемых деяниях и выполняет поступившие от неё поручения.

Прокуратура (*die Staatsanwaltschaft*)

В организационном отношении прокуратура состоит из Федерального прокурора, его заместителей, а также руководящих и иных прокуроров (ст. 7-12 Закона об органах уголовного судопроизводства Федерации). К задачам Федерального прокурора закон относит в частности:

- а) квалифицированно производимое и эффективное уголовное преследование по делам, относящимся к юрисдикции Федерации;
- б) построение оптимальной организации данного органа власти;
- в) эффективное использование персонала, а также финансовых и имущественных ресурсов.

Выполнение данных задач производится с помощью нижестоящих органов прокуратуры и относящихся к ним должностных лиц.

²⁷² Landshut N. Art. 306-307 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1511-1531.

²⁷³ Сноска о том, как понимается обвиняемый по УПК Швейцарии 2007 г., на с. 81.

Организация Федеральной прокуратуры в Швейцарии в сравнительно-правовом контексте имеет три существенные особенности, представляющие интерес с сравнительно-правовым аспекте.

Во-первых, она не является частью Министерства юстиции и полиции²⁷⁴ Швейцарии (*das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement*)²⁷⁵, не относится к органам исполнительной власти²⁷⁶ и признается самостоятельным и независимым государственным учреждением (ст. 7-8 Закона об организации органов уголовного судопроизводства Федерации).

Во-вторых, швейцарская прокуратура надзирает только за полицией (ст. 15 УПК) и не осуществляет общий надзор за соблюдением законности в государстве в отечественном понимании данной категории. Такой подход объясняется тем, что в этой стране существует специально уполномоченное для данной цели учреждение – Надзорный государственный орган (*die Aufsichtsbehörde*), статус которого определяется в ст. 23-31 Закона об организации органов уголовного судопроизводства Федерации²⁷⁷. Более того, он вправе оказывать воздействие на должностных лиц прокуратуры²⁷⁸. Данное

²⁷⁴ В некоторых кантонах полиция инкорпорирована в состав Прокуратуры.

²⁷⁵ Структура Министерства юстиции и полиции Швейцарии в виде схемы представлена на сайте данного органа: http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/die_oe/organigramm_ejpd.html (последний просмотр - 20.05.2014).

²⁷⁶ Как справедливо отмечают С.П. Щерба и В.Н. Додонов, по данным Совета Европы (см.: Европейские судебные системы. Брюссель, Выпуск - 2008, на англ. яз.), место и структура органов прокуратуры в государствах - членах Совета Европы различны. В Австрии, Франции, Польше и Турции прокуратура находится в ведении министерства юстиции ...однако в большинстве стран она представляет собой самостоятельный государственный орган: Андорра, Кипр, Чешская Республика, Дания, Эстония, Финляндия, Хорватия, Исландия, Латвия, Мальта, Норвегия, Португалия, Румыния, Словения, Испания, Швеция, Швейцария (Щерба С., Додонов В. Полномочия прокуроров на досудебных стадиях в уголовном процессе Германии, Франции, Англии, Италии и Испании // Законность, 2011. N 6. С. 53 - 57).

²⁷⁷ Согласно ст. 23 Федерального закона об органах уголовного судопроизводства Федерации, Надзорный государственный орган избирается Федеральным собранием Швейцарии и состоит из 7 членов: 1 судья Федерального суда, 1 судья Федерального уголовного суда, 2 адвоката, 3 лица, не являющихся судьями и адвокатами. Срок полномочий каждого из них – 4 года (ст. 25). Данный орган, в соответствии со ст. 29, 30 этого правового акта, осуществляет надзор за прокуратурой (полномочиями по надзору за другими государственными органами указанный закон Надзорный государственный орган не наделяет), а также представляет Федеральному собранию предложения об отстранении от должности Генерального прокурора и его заместителей.

²⁷⁸ Согласно ст. 30 Федерального закона об органах уголовного судопроизводства Федерации, Надзорный государственный орган вправе истребовать справки и дополнительные доклады у Федеральной прокуратуры о её деятельности и проводить инспекции. Лица, которым государственным надзорным органом поручено получение справок или проведение инспекции, имеют право ознакомления с процессуальными актами, поскольку это необходимо для выполнения их задач. При этом они вправе использовать полученные сведения только в общей и обезличенной форме. Более того, согласно ст. 31 данного закона, Надзорный государственный орган вправе по отношению к сотрудникам Федеральной прокуратуры в случае нарушения ими обязанностей сделать предостережение или замечание или предписать сокращение заработной платы.

обстоятельство позволяет говорить о функционировании данного органа власти не по современному российскому²⁷⁹, а по западно-европейскому образцу, при котором основная задача прокуратуры сводится к представлению интересов государства в суде; общенадзорными функциями при таком подходе она чаще всего не обладает.

И, в-третьих, прокуратура в Швейцарии является главным органом досудебного производства, о чём свидетельствуют её полномочия и выделяемый в доктрине статус «госпожи» досудебного производства (ст. 15-16, 299-327 УПК) на всём его протяжении. Доказательства данного тезиса приведены во второй и третьей главе диссертационного исследования.

«Защитник первого часа» («Anwalt der ersten Stunde»)²⁸⁰

Одним из принципиальных новшеств УПК 2007 г. стал допуск защитника в уголовный процесс ещё до первого допроса задержанного лица (ст. 159). В связи с этим швейцарские юристы говорят о так называемом «защитнике первого часа»²⁸¹ (по смыслу данное выражение можно также перевести – «защитник с первого часа», поскольку, как правило, это лицо продолжает выполнять свои функции и в дальнейшем). Само доктринальное обозначение этого участника судопроизводства указывает, когда именно он приобретает свой статус.

До 2007 г. допуск защитника в процесс до первого допроса предусматривался «лишь в немногочисленных кантональных УПК»²⁸². Верховный суд

²⁷⁹ После 1864 года российская прокуратура утратила многие надзорные полномочия, что позволяет провести аналогию между ней и современной швейцарской прокуратурой. См. подр.: Ястребов Б.В. Прокурорский надзор. М., 2013. С. 43; Лукожев Х.М. История возникновения и развития государственного обвинения в России // История государства и права", 2011, N 23. СПС «Консультант Плюс», 2014.

²⁸⁰ Данное название включает в себе метафору, поскольку защитник может отстаивать интересы своего доверителя не только в первый час задержания, но и в последующие часы.

²⁸¹ Профессор Хуго Каменцинд символично озаглавил одну из своих статей в журнале «Anwaltsrevue» ярким названием: «Защитник первого часа» - центральная часть нового Уголовно-процессуального кодекса Швейцарии» (Camenzind H. «Anwalt der ersten Stunde» – ein zentraler Teil der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung // Anwaltsrevue. 2007, № 8. S. 328-332). Автор развивает мысль о том, что данная новелла – одна из главных в Кодексе.

²⁸² Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September 2008. URL: <http://stgallerjuristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf> (последний просмотр сайта - 30.01.2014; Zalunardo R. Ansicht eines Praktikers zu «Teilnahmerecht der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren» // Plädoyer. 1995, № 4. S. 19ff.

Швейцарии констатировал, что из абз. 2 ст. 31 Конституции²⁸³ вовсе не проистекает право задержанного на общение с защитником²⁸⁴.

С чем связана данная новелла? Как отмечено выше, модель прокуратуры II привела к концентрации обширной власти в руках данного государственного органа. В связи с этим в целях создания определённого баланса между полицией и прокуратурой, с одной стороны, и обвиняемым, с другой, законодатель разработал определённые процессуальные механизмы, в частности предусмотрел участие в деле «защитника первого часа».

В ходе парламентских дебатов по обсуждению УПК вопрос о том, целесообразно ли предоставить задержанному лицу право общаться с защитником до первого допроса вызвал острые дискуссии. Во многом это объяснялось тем, что в разработке Кодекса и его обсуждении в Федеральном собрании принимали участие действующие работники как адвокатуры²⁸⁵, так и органов уголовного преследования²⁸⁶.

Одним из главных противников данного института является цюрихский прокурор и известный швейцарский учёный Ульрих Ведер. Накануне принятия УПК он опубликовал статью в авторитетном журнале «*Neue Zürcher Zeitung*», в которой утверждал, что наделение задержанных лиц правом на помощь защитника «было бы не в интересах исследования того, что необходимо установить при производстве по уголовному делу»²⁸⁷. По его мнению, «сторона защиты, на которую обществом возложена важная правозащитная функция, в данном случае осуществляет строго одностороннее соблюдение интересов своего доверителя, занимается дачей «нужных» реко-

²⁸³ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/201303030000/101.pdf> (последний просмотр сайта - 22.10.2013). «Каждое лицо, лишённое свободы, имеет право на то, чтобы ему незамедлительно и на понятном для него языке были разъяснены причины лишения свободы и его права. Оно должно иметь возможность пользоваться своими правами. Оно, в частности, имеет право на оповещение ближайших членов семьи». До принятия УПК 2007 г. в большинстве кантонов основания задержания ему сообщали не защитник, а сотрудники правоохранительных органов, которые произвели данное процессуальное действие.

²⁸⁴ BGE. 104 Ia 17, 20ff.

²⁸⁵ В том числе адвокаты: Томас Фингерхут, Ивона Гриссер, Натан Ландсхут, Сара Арквинт, Флориан Бауман, Ирена Бернхард, Рене Кисслинг.

²⁸⁶ В том числе прокуроры: Томас Хансякоб, Штефан Хаймгартнер, Маркус Хуг, Мартин Бюргиссер, Карл Хенни, Хорст Шмитт.

²⁸⁷ Weder U. Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde», Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess // NZZ, № 284 vom 06.12.2006. S. 15.

мендаций обвиняемому», «она ориентируется с самого начала не на расследование преступного деяния²⁸⁸, а на соблюдение собственного интереса в виде благоприятного исхода уголовного процесса»²⁸⁹. По этой причине, как утверждает У. Ведер, в целях оптимальной организации досудебного производства ни при каких обстоятельствах задержанному не должно предоставляться право «беседовать перед первым допросом «с глазу на глаз» с защитником»; «если допустить такой контакт, высказывания обвиняемого будут отфильтрованы естественными тактическими соображениями, что значительно снизит их доказательственную ценность и затруднит обнаружение истины»²⁹⁰. Оценивая данные аргументы, можно констатировать, что в целом в них есть определённая логика. Однако, как говорили римские юристы, *abusus non tollit usum* (злоупотребление не исключает правильного употребления). Даже если отдельные защитники действуют недобросовестно, то это вовсе не значит, что от данного института необходимо отказаться в принципе.

Впрочем, сторонников рассмотренного нововведения значительно больше, чем противников. По мнению профессора Хуго Каменцинда, участие в процессе «защитника первого часа» является составной частью принципа справедливого судебного разбирательства²⁹¹. По его мнению, первый полицейский допрос «развил значительный стигматизирующий и преюдиционный (предрешающий) эффект» (дословно: *einen erheblichen stigmatisierenden und präjudizierenden Effekt*)²⁹². Профессор Петер Попп обращает внимание на «личные слабости заключенного под стражу обвиняемого, которые нередко приводят к самооговору и одновременно с этим - к ошибочным приговорам; эти недостатки можно было бы выровнять присутствием защитника, облада-

²⁸⁸ При изучении данного суждения У. Ведера («*die sich nicht primär an der Aufklärung der Straftat orientieren, sondern am eigenen Interesse eines günstigen Ausgangs des Strafprozesses*») возникает вопрос: а разве у защиты есть обязанность «расследовать преступление»? УПК Швейцарии 2007 г. не содержит на это никаких указаний. Впрочем, Кодекс использует более мягкие термины: не «*die Ermittlung*» или «*die Untersuchung*», а именно «*die Aufklärung*». Перевод данного выражения: выяснение, раскрытие, разъяснение и т.д. (Немецко-русский юридический словарь. Издание компании Abbyy Lingvo. М, 2010. С. 44).

²⁸⁹ Weder U. Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde», Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess // NZZ, № 284 vom 06.12.2006. S. 15.

²⁹⁰ Weder U., op.cit., s. 15.

²⁹¹ Camenzind H. «Anwalt der ersten Stunde» – ein zentraler Teil der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung // Anwaltsrevue. 2007, № 8. S. 328.

²⁹² Camenzind H., op.cit., s. 328.

ющего контрольными²⁹³ функциями»²⁹⁴. По мнению К. Риедо и Г. Фиолки, введение права на защитника при первом полицейском допросе имеет большое практическое значение: «минимизируется риск того, что неосведомлённый в юриспруденции обвиняемый под давлением непривычной обстановки допроса даст неблагоприятные для себя ложные показания, которые позднее будет тяжело исправить, и это может усложнить или замедлить производство»²⁹⁵.

Действительно, право лица на защиту в современном уголовно-процессуальном праве европейских стран стало основополагающим принципом. В связи с этим лицо должно иметь право на юридическую помощь на протяжении всего производства по делу, а не с определённого формализованного момента. В первые часы после задержания для него особенно важна моральная и правовая поддержка со стороны адвоката²⁹⁶. Запрет получать помощь защитника теоретически может приводить к неблагоприятным последствиям: задержанный, имеющий юридическое образование, находится в значительно более выгодном положении, чем лицо, у которого его нет, поскольку знает, какие у него есть права. В отсутствии защитника полиция действует почти бесконтрольно, осознавая, что именно сейчас необходимо приложить все усилия, чтобы заполучить признательные показания лица²⁹⁷ и зафиксировать их²⁹⁸, поскольку затем в присутствии защитника это будет сделать гораздо сложнее.

²⁹³ «...durch die kontrollierende Präsenz eines Anwaltes». Дословный перевод: «посредством присутствия контролирующего защитника». Поскольку этот участник не обладает властными полномочиями по отношению к полиции, П. Попп, очевидно, имеет ввиду возможность заявлять возражения, а также обжаловать процессуальные решения и действия данного органа власти.

²⁹⁴ Popp P. Zur Notwendigkeit des «Anwalts der ersten Stunde» // *Anwaltsrevue*. 2007, № 6. S. 266.

²⁹⁵ Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 21-22.

²⁹⁶ Уместно отметить, что в швейцарском уголовном процессе гарантией качества оказываемой юридической помощи является существующая в качестве общего правила адвокатская монополия. В соответствии с ч. 5 ст. 127 УПК, защитниками обвиняемого являются адвокаты, которые уполномочены в соответствии с Законом об адвокатуре от 23 июня 2000 г. представлять стороны в судебных органах.

²⁹⁷ Можно предположить, что данные показания не всегда будут достоверны. Возможен самооговор.

²⁹⁸ К слову говоря, в УПК Швейцарии нет правила, предусмотренного в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ. Конечно, в этой стране, как и в любом развитом правовом порядке, во время допроса запрещены пытки, насилие и т.д., однако ст. 141 устанавливает, что «доказательства, которые органы уголовного судопроизводства получили уголовно-наказуемым способом или с нарушением предписаний о действительности, не могут применяться,

Соглашаясь с доводами данных авторов, представляется уместным привести ещё несколько аргументов в пользу этого института в сравнительно-правовом аспекте:

1) В Европе практически не осталось государств, в которых задержанный не имеет право на юридическую помощь²⁹⁹. В России защитник появился в досудебном производстве с момента задержания в 1992 г. и прочно занял своё место³⁰⁰. Право лица на общение с адвокатом в любой момент процесса рассматривается во многих европейских УПК в качестве одной из основ уголовного судопроизводства.

2) ЕСПЧ неоднократно указывал на то, что лишение задержанного права на юридическую помощь не соответствует ст. 6 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод. В связи с этим в швейцарской научной литературе уделяется большое внимание решению ЕСПЧ по делу «Салдуз против Турции» («*Salduz v. Turkey*»), в котором суд указал на то, что отсутствие в процессе «защитника первого часа» уже само по себе является нарушением данной Конвенции³⁰¹.

за исключением случая, когда это необходимо для раскрытия тяжких преступлений» (ч. 2); кроме того, «доказательства, при получении которых нарушены только административные предписания, допустимы» (ч. 3) (очевидно, речь идёт про внутриведомственные акты). Данная норма, содержащаяся в УПК многих швейцарских кантонов, неоднократно попадала в поле зрения ЕСПЧ. В качестве примера можно привести решение по делу «Шенк против Швейцарии» от 12 июля 1988 г. Из фабулы дела следует, что этот гражданин, живший в кантоне Во, приговорен к 10 годам лишения свободы за попытку найти киллера для убийства бывшей супруги. Основным доказательством по делу выступала магнитофонная запись телефонных переговоров, которая получена незаконно. После вступления приговора в силу Федеральный Суд Швейцарии констатировал, что ведение записи является не просто незаконным, но и содержит в себе признаки преступления (ст. 179-ter УК), однако в связи с тяжестью предъявленного обвинения она может использоваться в суде. ЕСПЧ постановил тринадцатью голосами против четырех, что не имело место нарушение п. 1 ст. 6 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод // СПС «Консультант Плюс», 2013.

²⁹⁹ Долгое время консерватизмом отличалась Франция, однако, согласно изменениям, внесённым в ст. 70 УПК Законом от 4 января 1993 г., если на стадии дознания прокурор издал приказ о приводе подозреваемого и последний по своей инициативе прибыл с защитником, то прокурор не вправе отказать ему в возможности присутствовать на допросе. В свою очередь на предварительном следствии в этой стране он появился ещё в 1897 г.

³⁰⁰ Как справедливо пишет А.А. Давлетов, «в советский период подозреваемый вообще не имел права на адвоката-защитника, а у обвиняемого оно появлялось лишь по завершении предварительного расследования, т.е. фактически использовалось лишь в суде» (Давлетов А.А. Состязательность в современном уголовном процессе России // Бизнес, Менеджмент и Право, 2012, N 2. С. 65-68).

³⁰¹ «...ст. 6 Европейской конвенции по защите прав человека требует с целью обеспечения практического и эффективного осуществления права на справедливое судебное разбирательство в качестве общего правила, чтобы защитник имел доступ уже на первый полицейский допрос, если только нет убедительных обстоятельств ограничить это право. Даже если такие обстоятельства исключительным образом существуют, то ограничение этого права несоразмерным образом может причинить вред гарантиям обвиняемого, предусмотренным ст. 6 Европейской конвенции по защите прав человека. Правам, связанным с защитой, причи-

Сущность рассматриваемого института заключается в следующем. В соответствии с абз. 1 ст. 159 УПК, обвиняемый уже при первом полицейском допросе имеет право на то, чтобы защитник мог присутствовать и задавать вопросы. Никаких исключений из этого правила Кодекс не предусматривает, и оно распространяет своё действие на всех лиц (даже подозреваемых в террористических актах и других тяжких преступлениях). В соответствии с абз. 2 ст. 159 УПК, при полицейских допросах задержанного лица данный участник процесса обладает правом свободно общаться со своим защитником. Как пишет П. Гуидон, по смыслу данной нормы защитнику должна быть предоставлена возможность коротко поговорить с обвиняемым *перед* допросом или во время перерыва³⁰². В противном случае эффективность защиты существенно снизится³⁰³. При этом в Послании Федерального собрания уточняется, что поскольку максимальная продолжительность срока задержания составляет лишь 24 часа (ст. 219 абз. 4 Кодекса), допускается только краткое обсуждение³⁰⁴. На это же обращает внимание профессор Л. Эрни³⁰⁵. Кроме того, в абз. 3 ст. 159 УПК чётко установлено, что осуществление данных прав не открывает возможности требовать перенесения допроса. В противном случае защитники и обвиняемые посредством заявления ходатайств об отложении допроса могли бы добиться истечения срока уголовно-процессуального задержания, составляющего 24 часа. Вместе с тем, в Послании обращается внимание на необходимость правильного применения абз. 3 ст. 159 УПК: данная норма не должна приводить к тому, что право на защиту станет бессодержательным³⁰⁶.

няется безвозвратный ущерб, если при полицейском допросе в отсутствие защитника самостоятельно данные показания ложатся в основу осуждения лица» // СПС «Консультант Плюс», 2013.

³⁰² Интересно, что УПК Швейцарии не содержит указания на право задержанного общаться с защитником *до начала* допроса. Данное положение сформулировано в швейцарской процессуальной науке.

³⁰³ Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September 2008. URL: <http://stgallerjuristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf> (последний просмотр сайта - 30.01.2014).

³⁰⁴ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

³⁰⁵ Erni L. Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde» // ZStrR. 2007, № 125. S. 229.

³⁰⁶ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

Таким образом, рассмотренная выше новелла создаёт надёжную правовую основу для защиты задержанных лиц и баланс полноте прокурорской власти, на которой основывается избранная составителями УПК Швейцарии 2007 г. «модель прокуратуры II».

§3. Следственные действия, меры принуждения на стадии дознания и его окончание

Поскольку уже на стадии дознания происходит установление юридически значимых обстоятельств дела, неизбежно возникает вопрос о том, вправе ли полиция производить следственные действия и избирать меры принуждения?

С одной стороны, УПК в ч. 3 ст. 306 устанавливает, что в своей деятельности полиция руководствуется предписаниями о предварительном следствии и о доказательствах. Законодатель этим принципиально подчёркивает, что на данной стадии процесса фактически не существует ограничений по производству следственных действий и избранию мер принуждения. В рассматриваемом правовом порядке нет формализованного перечня, устанавливающего, что одни из них допустимы только в ходе предварительного следствия, а другие – можно производить уже на стадии дознания. Одновременно с этим ведется полноценное доказывание. Составленные полицией протоколы и изъятые при производстве следственных действий предметы могут быть использованы в суде при постановлении оправдательного или обвинительного приговора.

Вместе с тем, необходимо учитывать, что в Швейцарии дознание производится либо в отношении ещё неустановленного субъекта, либо в отношении лица, которое уже известно, но против него ещё нет «достаточных подозрений» (ст. 309). Как только они появляются, должно начаться предварительное следствие. Это предопределяет специфику следственных действий. На стадии дознания, как правило, проводятся те из них, которые не предполагают участия обвиняемого (например, осмотр места происшествия) или

требуют его присутствия, но подозрение в отношении него ещё недостаточное (к примеру, первоначальный полицейский допрос).

УПК Швейцарии, следуя традициям кантонов, в которых ранее существовала модель прокуратуры II, устанавливает, что на стадии дознания полиция, главным образом:

- a. сохраняет и оценивает следы и доказательства;
- b. разыскивает потерпевших и подозреваемых, а также опрашивает их;
- c. подвергает подозреваемых предварительному задержанию, уголовно-процессуальному задержанию³⁰⁷ или объявляет их в розыск³⁰⁸ (ч. 2 ст. 306)³⁰⁹.

М. Питт классифицирует процессуальные действия полиции на стадии дознания, разделяя их на три основные группы:

во-первых, данный правоохранительный орган использует классические методы розыска (наблюдение³¹⁰ и т.д.);

во-вторых, полиция наделена компетенцией, связанной с производством опросов (*die Befragungskompetenzen*)³¹¹ (в отношении обвиняемого, лиц, являющихся источниками сведений³¹², свидетелей и т.д.);

³⁰⁷ Различие между ними подробно проанализировано в главе 3 диссертационного исследования.

³⁰⁸ Порядок проведения розыска урегулирован в УПК Швейцарии в ст. 210-211.

³⁰⁹ Несмотря на то, что полиция в этом государстве является одной из образцовых в Европе, ее действия также становятся предметом рассмотрения ЕСПЧ. Громкий резонанс в этой стране вызвало решение по делу «Скавунцо-Хагер против Швейцарии» от 7 февраля 2006 г. Из фабулы следует, что гражданин скончался три дня спустя после того, как это его арестовали двое сотрудников полиции. На момент производства ареста этот человек находился в крайне возбужденном состоянии. Когда его усадили в полицейский автомобиль, он впал в истерику, выскочил из него, яростно сопротивлялся. Сотрудники полиции поймали данное лицо, а затем задержанный потерял сознание. На место происшествия быстро прибыли реаниматологи, которым удалось привести его в чувства, но по пути в больницу он вновь потерял сознание и больше не приходил в него. Швейцарский прокурор отказал в возбуждении дела. ЕСПЧ усмотрел нарушение п. 1 ст. 2 ЕКПЧ, указав, что власти приняли данное решение на основании лишь того, что степень наркотической интоксикации потерпевшего в любом случае привела бы к его смерти; при этом они даже не поставили перед экспертами вопрос, могла ли сила, примененная сотрудниками полиции, - хотя и не смертоносная сама по себе - тем не менее причинить или, по меньшей мере, ускорить смерть потерпевшего. Не установлен полностью и точный способ, использованный для пресечения действий потерпевшего, включая то, как полицейские прижали подозреваемого к земле и применялись ли наручники. Наконец, органы государственного обвинения должны были задаться вопросом, могли ли знать сотрудники полиции о физически беспомощном состоянии подозреваемого. Родственникам умершего присудили компенсацию в размере 12 тыс. евро // СПС «Консультант Плюс», 2013.

³¹⁰ В § 3 гл. 3 диссертационного исследования показано, что в Швейцарии не существует обособленной оперативно-розыскной деятельности.

³¹¹ Поскольку допрос в швейцарском УПК обозначается термином «*die Einvernahmen*», очевидно, М. Питт имеет ввиду неформализованные процессуальные действия полиции, которые можно назвать опросом.

³¹² Данный процессуальный статус проанализирован в третьей главе диссертационного исследования.

в-третьих, она обладает полномочиями при предварительном и уголовно-процессуальном задержании³¹³, а также необходимой компетенцией по избранию мер принуждения и совершению следственных действий (обыск в жилище, личный обыск и осмотр вещей, взятие образцов крови, изъятие)³¹⁴.

Действия полиции могут быть обжалованы в суд.

Экспертиза допускается на стадии дознания, но только по инициативе прокуратуры (ч. 1 ст. 182 УПК). Это связано с тем, что на данной стадии полиция производит только первоначальное исследование обстоятельств дела.

Как отмечено в § 3 главы 1 диссертационного исследования, досудебное и тем более судебное заключение под стражу на стадии дознания невозможны.

Можно констатировать, что рассмотренные выше процессуальные действия полиции имеют первоначальный характер, отражающий полицейское дознание как материальное (неформализованное) открытие производства, поскольку оно не требует издания какого-либо специального постановления. Задача полиции – без излишних формальностей проверить поступившую информацию о преступлении.

Поскольку большинство следственных действий и мер принуждения соответственно производятся и избираются на стадии предварительного следствия, то они рассмотрены в главе 3 данного диссертационного исследования. Каких-либо особенностей, находящих свое выражение на стадии дознания, данный Кодекс не предусматривает.

УПК Швейцарии установил, что, как только полиция закончила проводить дознание, ей необходимо самостоятельно принять одно из двух возможных процессуальных решений: либо передать материалы дела в прокуратуру, либо не делать этого и прекратить проведение полицейских мероприятий *de facto*, причём даже без вынесения какого-либо специального постановления. На основе каких критериев принимаются данные решения?

³¹³ Соотношение предварительного и уголовно-процессуального задержания раскрыто в главе 3 диссертационного исследования.

³¹⁴ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 172.

В соответствии с ч. 3 ст. 307 УПК, полиция непрерывно фиксирует в письменных отчётах выявленные обстоятельства и принимаемые ею меры, а также передает по окончании дознания соответствующие рапорты прокуратуре вместе с заявлениями, протоколами, другими актами, а также со всеми изъятыми предметами и имущественными ценностями. Вместе с тем, возможно и другое решение – не передавать материалы дела прокуратуре, если одновременно наличествуют два условия:

а) к последующим процессуальным действиям прокуратуры однозначно нет повода и

б) не избирались меры принуждения и не предпринимались следственные действия на протяжении дознания.

Анализ данной нормы показывает, что первое основание является оценочным и предполагает в известной степени дискреционное усмотрение полиции, второе же, наоборот, формализовано и конкретно. При его буквальном истолковании, если полиция произвела задержание (ст. 215-216) или осмотр места происшествия (ст. 193), то уже в любом случае необходимо передавать материалы дела в прокуратуру³¹⁵.

После этого прокуратура должна принять одно из двух процессуальных решений. Ими являются либо возбуждение дела³¹⁶ (в этом случае она издает постановление об открытии предварительного следствия)³¹⁷, либо отказ от его возбуждения (выносится постановление об отказе в открытии предварительного следствия). В свою очередь второе решение может быть представлено также двумя документами:

постановлением о «простом» отказе от возбуждения уголовного преследования;

приказом о наказании.

³¹⁵ Landshut N. Art. 307 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1530.

³¹⁶ Сноска о значении терминов «возбуждение уголовного дела» и «возбуждение уголовного преследования» в швейцарском правопорядке – на с. 72.

³¹⁷ Данное обстоятельство сближает швейцарское дознание и российскую стадию возбуждения уголовного дела.

Не образует отдельной формы окончания дознания применение института медиации, поскольку она имеет вспомогательный характер и в любом случае прокурор принимает одно из двух решений, названных выше.

Предусматривает ли УПК Швейцарии сроки, в рамках которых должны быть приняты процессуальные решения об окончании дознания? С точки зрения сравнительного правоведения, можно обнаружить два основных подхода к решению данного вопроса. Восточно-европейская модель, распространённая в большинстве стран СНГ³¹⁸, предполагает, что сроки дознания ограничены. Как только они истекают, орган, ведущий производство по делу, обязан принять одно из решений, указанных в законе (как собственно и в России). Западно-европейская модель, наоборот, предполагает, что субъект, производящий дознание, как правило, не связан жесткими сроками. Так, УПК Франции (ст. 53-78.5) вообще не устанавливает сроки дознания, что характерно и для соседней Германии (§§151-211). Швейцарский законодатель следует западно-европейскому подходу. В главе о полицейском дознании (ст. 306-307) никакие сроки не установлены. Очевидно, это связано с несколькими причинами. Во-первых, в данном правопорядке не существует какого-либо формального акта, с издания которого начинается полицейское дознание. Следовательно, было бы не ясно, с какого момента их нужно исчислять. Во-вторых, дознание как классическая полицейская деятельность по борьбе с преступностью осуществляется непрерывно, поэтому законодатель счел нецелесообразным формализовывать сроки проведения отдельных полицейских мероприятий (охрана общественного порядка, патрулирование, выявление правонарушений).

³¹⁸ Ст. 86.2.13, 214.3.3 УПК Азербайджана от 14 июля 2000 г., ст. 197 УПК Армении от 1 сентября 1998 г., ст. 188 УПК Белоруссии от 16 июля 1999 г., ст. 285 УПК Казахстана от 13 декабря 1997 г., ст. 405-406 УК Латвии от 21 апреля 2005 г., ст. 280-284 УПК Молдовы от 14 марта 2003, ст. 233 УПК России от 18 декабря 2001 г., ст. 155 УПК Таджикистана от 3 декабря 2009 г., ст. 237 УПК Туркменистана от 1 июля 2009 г., ст. 341 УПК Узбекистана от 22 сентября 1994 г., ст. 238 Модельного УПК для государств - участников СНГ от 17 февраля 1996 г. В свою очередь Грузия, Киргизия, Латвия, Молдова, как следует из УПК этих стран, отказались от дуализма дознания и следствия.

Данный Кодекс не предусматривает возможности приостановления производства по делу на стадии дознания³¹⁹. Во-первых, УПК Швейцарии не устанавливает сроков дознания (как и предварительного следствия). Кроме того, дознание – это начальная стадия процесса. Для приостановления требуются существенные причины, предполагающие наличие указанных в законе обстоятельств (ст. 314 УПК). Они могут появиться только на стадии предварительного следствия.

Рассмотрим формы окончания дознания в швейцарском уголовном судопроизводстве.

Открытие предварительного следствия

При наличии установленных в законе оснований и при отсутствии процессуальных препятствий прокуратура открывает предварительное следствие, возбуждая уголовное дело³²⁰ в отношении определённого, ранее установленного лица. В связи с этим швейцарские юристы говорят о формальном открытии производства по делу.

Терминологически в качестве субъекта, от которого исходит вышеназванный акт, в УПК обозначен не прокурор (*der Staatsanwalt*), а прокуратура (*die Staatsanwaltschaft*). Тем самым законодатель в связи с особой важностью данного постановления подчёркивает, что оно исходит именно от государственного органа, а не от отдельного должностного лица.

В сравнительно-правовом аспекте можно выделить несколько подходов к решению вопроса о том, кто уполномочен возбуждать дела публичного обвинения. В рамках западно-европейской модели, которая принята во Франции, Германии, Австрии и т.д. существует так называемая прокурорская монополия, в соответствии с которой только один государственный орган –

³¹⁹ Профессор Н. Ландсхут пишет: «Приостановление представляет собой промежуточное распоряжение, которое приводит к тому, что *предварительное следствие* не может производиться далее вплоть до его формальной отмены» (Landshut N. Art. 314 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1569).

³²⁰ Сноска о значении терминов «возбуждение уголовного дела» и «возбуждение уголовного преследования» в швейцарском правовом порядке – на с.72.

прокуратура – уполномочен открывать производство по делу. Её можно условно назвать монархической моделью. В свою очередь восточно-европейская модель, принятая во многих странах СНГ³²¹, наоборот, исходит из того, что сразу несколько государственных органов обладают возможностью возбудить дело (открыть производство); прокуратура, как правило, входит в их перечень, но никакой монополией не обладает³²². Её можно обозначить как поликратическую модель. Швейцарская уголовно-процессуальная система основывается на западно-европейском подходе, поскольку только прокуратура уполномочена на открытие предварительного следствия. По делам публичного обвинения передать дело на рассмотрение в суд вправе исключительно прокуратура, поскольку, по ст. 9 УПК этой страны, преступное деяние может стать предметом судебного разбирательства только в том случае, если прокуратура предъявила обвинение против определенного лица на основе точно описанных фактов в компетентный суд. В связи с этим швейцарские пеналисты выделяют принцип обвинения, или аккузационный принцип процесса³²³.

В отношении дел частного обвинения к настоящему времени сложились два основных подхода: в рамках французского – потерпевший, совершив определённые действия, вправе стать инициатором уголовного преследования по всем делам без исключения (ч. 2 ст. 1 УПК Франции), в рамках немецкого – только в отношении чётко названных в законе преступных деяний, круг которых достаточно узок (§ 130 и др. УПК ФРГ, регламентирующие производство по жалобе). Составители УПК Швейцарии 2007 г., следуя германскому подходу, решили сохранить систему, установленную в УК

³²¹ Ст. 38 УПК Азербайджана от 14 июля 2000 г., ст. 27 УПК Армении от 1 сентября 1998 г., ст. 27 УПК Белоруссии от 16 июля 1999 г., ст. 34 УПК Грузии от 9 октября 2009 г., ст. 186 УПК Казахстана от 13 декабря 1997 г., ст. 156 УПК Киргизии от 30 июня 1999 г., ст. 371 УК Латвии от 21 апреля 2005 г., ст. 28 УПК Молдовы от 14 марта 2003, ст. 21 УПК России от 18 декабря 2001 г., ст. 26 УПК Таджикистана от 3 декабря 2009 г., ст. 206 УПК Туркменистана от 1 июля 2009 г., ст. 331 УПК Узбекистана от 22 сентября 1994 г., ст. 31 Модельного УПК для государств - участников СНГ от 17 февраля 1996 г.

³²² Российский уголовный процесс в данном случае не вписывается ни в одну из этих моделей, поскольку прокурор в соответствии с Федеральным законом от 5 июня 2007 г. утратил право возбуждать уголовное дело.

³²³ Wohlers W. Art. 9 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 69; Niggli M., Heimgartner S. Art. 9 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 135.

1937 г.³²⁴ В соответствии с нормами материального уголовного права, если деяние преследуется только по жалобе³²⁵, то её вправе заявить любое заинтересованное лицо (ст. 30 УК³²⁶). Реализация данного права ограничена трёхмесячным сроком. Отзыв жалобы возможен до момента вынесения приговора кантональным судом второй инстанции (ст. 31 УК).

Швейцарская прокуратура, в соответствии со ст. 309 УПК, открывает предварительное следствие, если: а) из сведений, которыми располагает полиция и из полицейских рапортов, из заявления о преступном деянии или из ее собственных данных вытекают достаточные подозрения о совершении преступного деяния; б) она предписывает меры принуждения; с) её в соответствии с ч. 1 статьи 307 Кодекса³²⁷ проинформировала полиция. Наличие всех вышеуказанных обстоятельств не требуется, достаточно хотя бы одного из них. Толкование данной нормы позволяет установить, что пункты «а» и «б» содержат в себе оценочные категории, связанные с достаточностью подозрений. В свою очередь пункт «с» безальтернативен: если полиция проинформировала прокуратуру о «тяжком уголовно-наказуемом деянии» или ином «серьёзном происшествии», то этого уже достаточно для вынесения ею постановления об открытии предварительного следствия.

В сравнительно-правовом аспекте можно обнаружить несколько подходов к выделению основополагающих принципов принятия решения о возбуждении уголовного дела (преследования). Ими являются легальность и целесообразность. Принцип легальности, состоящий в том, что уполномочен-

³²⁴ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

³²⁵ Перечень «деяний, преследуемых только по жалобе», в Швейцарии значительно шире, нежели круг дел частного обвинения в России. В соответствии с УК Швейцарии к ним также относятся: неправомерное приращение (ст. 137), растрата имущества родственников (ст. 138), кража, совершенная в отношении имущества родственника (ч. 4 ст. 139), уничтожение документов родственников (ч. 2 ст. 254) и т.д.

³²⁶ Интересная особенность юридической техники УК Швейцарии – законодатель при внесении в него изменений нередко меняет нумерацию статей: по состоянию на 2009 г. это была не 31-ая, а 28-ая статья (Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн. 11. М., 2009. С. 286-290).

³²⁷ «Полиция информирует прокуратуру незамедлительно о тяжких уголовно-наказуемых деяниях, а равно как и о других серьезных происшествиях. Прокуратуры федерации и кантонов вправе освободить ее от обязанности информирования посредством частного указания» (ч. 1 ст. 307 УПК). Как мы видим, третье основание открытия предварительного следствия является специальным по отношению к первому (в части поступления информации из полиции).

ное должностное лицо в случае обнаружения признаков преступления всегда обязано дать делу ход, становится архаизмом уголовного судопроизводства. Даже в Германии, которая ещё не так давно считалась его символом, после так называемой «большой реформы уголовного процесса» 1974 г. он отошёл на второй план. И хотя УПК этой страны сохранил знаменитый § 152³²⁸, в целом ряде случаев, в частности по делам об уголовных проступках и по делам несовершеннолетних, допускаются отступления от него³²⁹. Он приобрёл, скорее, символическое значение. Принцип целесообразности, основоположником которого выступает Франция³³⁰ (он получил распространение в большинстве современных государств Европы), наоборот, предполагает дискреционное усмотрение уполномоченного лица³³¹ при принятии решения о том, возбуждать ли уголовное дело (преследование). Поскольку данные принципы подробнейшим образом проанализированы в дореволюционной, советской и современной отечественной литературе³³², нет необходимости останавливаться на их рассмотрении подробно, и мы сразу обратимся к новейшему опыту Швейцарии.

УПК 2007 г. основан на сочетании данных принципов при безусловном господстве целесообразности. С одной стороны, в соответствии с ч. 1 ст. 7 Кодекса, органы уголовного судопроизводства обязаны в пределах их компетенции начать и вести производство, если станут им известны преступные деяния или обстоятельства, дающие основания для подозрения в их соверше-

³²⁸ § 152. Органы обвинения, принцип легальности: «1. Государственное обвинение предъявляется прокуратурой. 2. Она обязана, если законом не предусмотрено иное, принимать меры в отношении всех уголовно наказуемых деяний, поскольку для этого имеются достаточные фактические основания» (пер. на рус. яз. — Авт.).

³²⁹ Подробный анализ: Филимонов Б.А. Основы уголовного процесса Германии. М., 1994. С. 12-13.

³³⁰ Ст. 40 УПК Франции: «Прокурор республики получает жалобы и доносы и оценивает, какие принять по ним решения» (Уголовно-процессуальный кодекс Франции 1958 г. // пер. на рус. яз. Л.В. Головкин. М., 1995. С. 31).

³³¹ В сравнительно-правовом отношении можно с интересом констатировать, что уполномоченным лицом может быть не только следователь, дознаватель или прокурор. Например, согласно ч. 6 § 2 УПК Лихтенштейна, публичное обвинение теряет силу, если Князь предписывает, что в отношении уголовно-наказуемого деяния не должно быть начато производство по делу или уже начатое производство подлежит прекращению.

³³² Случевский К.В. Учебник русского уголовного процесса. М., 2008. С. 26-27; Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. СПб, 1995. С. 480-481; Козлова А.Н. Публичность как принцип уголовного судопроизводства. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. М., 2007. С. 12; Гончан Ю.А. Правоотношения субъектов уголовного преследования на стадии возбуждения уголовного дела // Адвокат. 2008, № 5. С. 36-39.

нии. Вместе с тем, ст. 8 УПК содержит две группы оснований, когда прокуратура вправе не открывать уголовное дело, а также должна прекратить его, если оно уже ведется. В первую группу входят уголовно-правовые основания: малозначительность вины или последствий деяния (ст. 52 УК), а во вторую - процессуальные: возмещение вреда, если имеются предпосылки для условного осуждения и при этом публичный интерес и интерес потерпевшего к уголовному преследованию незначителен (ст. 53 УК), а также, если лицо, совершившее уголовно-наказуемое деяние, затронуто непосредственными последствиями его действий настолько серьезно, что наказание было бы несоразмерным (ст. 54 УК).

В сравнительно-правовом аспекте можно выделить несколько подходов к вопросу о том, как постановление о возбуждении уголовного дела (применительно к Швейцарии – постановление об открытии предварительного следствия) ограничивает пределы производства³³³. В рамках французской модели, получившей распространение во Франции, Бельгии и т.д., данный акт формирует их только *in rem*, то есть по кругу фактов. Это значит, что после возбуждения дела орган, ведущий производство, связан лишь кругом расследуемых событий, и при этом вправе предъявить обвинение любому лицу. В рамках германской модели, нашедшей отражение в ФРГ, Австрии и других странах, постановление о возбуждении уголовного дела ограничивает его пределы не только *in rem*, но и *in personam*, поскольку всегда принимается в отношении конкретного лица. Если оно не установлено, дело так не будет «открыто». На постсоветском пространстве существуют и смешанные варианты, когда дело может возбуждаться как по факту, так и в отношении конкретного лица (пример: ст. 175 УПК Беларуси). Составители УПК Швейцарии в качестве общего ориентира остановились на германском подходе к построению данного института, поскольку в соответствии с ч. 3 ст. 309 Кодек-

³³³ Подробный теоретический анализ: Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 286-290; Жидкова Е.И. Формирование пределов производства по делу в досудебных стадиях уголовного процесса. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. М., 2007. С. 9.

са, прокуратура открывает следствие постановлением, в котором должны быть указаны обвиняемый и инкриминируемое ему преступное деяние. В связи с этим неизбежно возникает вопрос о том, как быть, если в рамках данного дела обнаружатся новые соучастники или ранее неизвестные эпизоды преступной деятельности? Никаких технических препятствий для расширения или сужения пределов производства по делу в Швейцарии нет: ч. 2 ст. 312 УПК разрешает прокуратуре в случае необходимости расширить пределы производства по делу *in personam* или *in rem*, а на основании норм о прекращении уголовного дела (преследования) она уполномочена их сузить. При этом ей требуется издать специальное постановление, в связи с чем речь идет именно о германском подходе, а не о французском. Отсюда вывод: в Швейцарии постановление об открытии предварительного следствия устанавливает пределы производства по делу *in rem* и *in personam* лишь предварительно.

Такой подход хорошо вписывается в швейцарскую процессуальную логику и свидетельствует о широте полномочий прокуратуры, которая и по этому критерию является «госпожой» досудебного производства.

Отказ от открытия предварительного следствия

Как уже отмечено выше, отказ от открытия предварительного следствия представлен двумя возможными решениями прокуратуры, которые она принимает в соответствии с УПК. Рассмотрим их.

а) «Простой» отказ от возбуждения уголовного преследования

Первым вариантом является решение прокуратуры о так называемом «простом» отказе³³⁴ от возбуждения уголовного преследования. Оно оформляется посредством вынесения специального документа: «*die Nichtanhandnahmeverfügung*». Дословный перевод: «Постановление о непринятии в руки»

³³⁴ Необходимо иметь в виду, что в Швейцарии отказ от возбуждения дела в каких бы то ни было формах не препятствует прокурору при необходимости собирать доказательства дальше и при наличии указанных в законе обстоятельств возобновить производство (данный вопрос будет подробно рассмотрен далее).

(*die Verfügung* - постановление; *nicht* – нет, *die Hand* – рука, *annehmen* - принимать). Поскольку в связи с его изданием уголовное дело окончательно прекращается, можно говорить о «простом», или безусловном отказе.

Прокурор выносит данное постановление, если из жалобы или из полицейского рапорта установлено, что: а) нет достаточных данных о наличии состава преступного деяния или предпосылки процесса³³⁵ выполнены неоднозначно; б) имеют место обстоятельства, препятствующие ведению процесса; в) необходимо отказаться от уголовного преследования по основаниям, предусмотренным в статье 8 УПК. Данные основания можно условно разделить на несколько групп. Первую из них образуют материально-правовые основания, связанные с поощрением позитивного посткриминального поведения лица; главным образом, речь идёт о добросовестном возмещении причинённого ущерба. УПК в данном случае отсылает правоприменителя к ст. 52, 53, 54 УК, которые рассмотрены выше. Вторая группа связана с процессуально-правовыми основаниями целесообразности. Согласно ч. 2 ст. 8 УПК, прокуратура отказывается от уголовного преследования, если этому не противостоят преобладающие интересы частного обвинения, при условии, что: а) преступление по своей тяжести не имеет существенного значения в сравнении с другим деянием, совершенным обвиняемым, для установления размера наказания или иной меры уголовно-правового характера; б) предположительно не сравнимы по тяжести последующее дополнительное наказание с ранее вступившим в законную силу уже назначенным наказанием. Третья группа оснований возможна по делам, осложнённым иностранным элементом: а) наказание, назначенное за рубежом, необходимо засчитать, поскольку оно соответствует ожидаемому наказанию за преследуемое преступное деяние; б) если преступное деяние уже расследуется иностранными органами власти или им передается уголовное преследование. Как бы то ни было

³³⁵ В Швейцарии, как и в Германии на уровне уголовного права и уголовного процесса тщательно разработано учение о предпосылках наказуемости уголовно-правовых деяний и о предпосылках процесса (Beulke W. Strafprozessrecht. Augsburg. 2008. S. 171-180; Omlin E. Art. 310 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 2163-2170).

третья группа оснований всё равно опирается на соображения, связанные с целесообразностью.

В сравнительно-правовом аспекте можно выделить несколько подходов к вопросу о том, обладает ли принятое в досудебных стадиях решение о прекращении производства по делу, силой *res judicata* (лат. яз.: «разрешенное дело»), состоящей в том, что наличие данного документа (если он только не отменен) исключает возможность повторения процесса по тому же факту³³⁶. Восточно-европейская модель, условно назовём её так, в полной мере наделяет решение прокурора (в зависимости от правопорядка это может быть постановление следователя, дознавателя или иного должностного лица) данным свойством³³⁷. Напротив, западно-европейская модель³³⁸, существующая, в частности, в Германии, отрицает такое качество постановления о прекращении дела³³⁹. Швейцарский законодатель занял по данному вопросу промежуточную позицию. С одной стороны, в соответствии со ст. 320 УПК, вступившее в законную силу распоряжение равнозначно оправдательному приговору. Однако данное положение необходимо рассматривать в качестве общей нормы, поскольку названное постановление эквивалентно приговору не по всем признакам. Доказательство этому мы находим в ст. 323 Кодекса. В соответствии с ней, прокуратура предписывает возобновить производство по делу, которое окончено вступившим в законную силу распоряжением о прекращении производства, если ей становятся известны новые доказательства

³³⁶ Данная правовая категория известна ещё со времен римского права. Она встречается, в частности, в следующих фрагментах Дигест Юстиниана: D.1.5.25, D.12.2.28.8, D.20.1.3.1, D.26.7.46.5, D.27.9.3.3, D.36.1.67.2, D.49.1.14.1, D.27.10.7.2, D.44.4.1, D.47.23.3 (Дигесты Юстиниана. Том VIII // под ред. Л.Л. Кофанова. М., 2006. С. 525).

³³⁷ К примеру, согласно п. 5 ч. 1 ст. 27 УПК РФ, уголовное преследование в отношении подозреваемого или обвиняемого прекращается в связи с наличием в отношении него неотмененного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела. В соответствии со ст. 65.1 УПК Азербайджана от 14 июля 2000 г., неотмененное постановление органа, осуществляющего уголовный процесс, не допускает принятия нового постановления по тому же самому вопросу. В силу п. 8 ч. 1 ст. 35 УПК Армении от 1 сентября 1998 г., к обстоятельствам, исключающим производство по уголовному делу и уголовное преследование, относится наличие в отношении лица неотмененного постановления органа дознания, следователя и прокурора об отказе от осуществления уголовного преследования по тому же обвинению.

³³⁸ Само собой, Англия не входит в эту группу, поскольку решение полиции об отказе от дальнейшего производства по делу вообще не оформляется каким-либо документом.

³³⁹ Во Франции дело обстоит несколько сложнее, чем в соседней Германии: решение прокурора не имеет силы *res judicata*; в свою очередь соответствующее решение следственного судьи в значительной степени обладает ею, поскольку в данном случае речь идёт о судебном решении.

или факты. Единственное предусмотренное в законе формальное ограничение – данные факты должны свидетельствовать о необходимости привлечения обвиняемого к уголовной ответственности и не вытекать из ранее совершенных процессуальных действий. Таким образом, законодатель попытался совместить две рассмотренные модели в одной таким образом, чтобы постановление об отказе в возбуждении уголовного преследования, с одной стороны, в целом имело силу *res judicata*, а, с другой – не препятствовало прокурору после его вынесения собирать доказательства дальше и в случае их получения инициировать дальнейшее движение дела³⁴⁰. Очевидным недостатком такого подхода является неопределенность момента окончания процесса: после издания прокурором постановления о его прекращении не ясно, завершился он или нет.

В сравнительно-правовом аспекте можно выделить несколько подходов к вопросу о том, допускается ли обжалование постановления об отказе в возбуждении дела. В государствах, где потерпевший вправе инициировать уголовный процесс самостоятельно почти по любому делу, обычно он не наделяется правом обжаловать решение прокурора. В качестве общего правила такой подход существует во Франции. В свою очередь в государствах, в которых частное обвинение ограничено узким кругом дел (Германия, Австрия), законодатель в целях защиты прав потерпевшего, в том числе на доступ к правосудию, как правило, предусматривает возможность обжаловать постановление об отказе в возбуждении дела, в том числе посредством обращения к институту судебного контроля. В соответствии с ч. 2 ст. 322 УПК Швейцарии, стороны³⁴¹ вправе обжаловать постановление о прекращении производства по делу в апелляционный суд в течение 10 суток. В зависимости от норм, действующих в кантонах, им может быть вышестоящий прокурор или

³⁴⁰ Можно обнаружить определенное сходство современного швейцарского подхода с советским. В случае обнаружения новых данных прокурор мог отменить постановление о прекращении уголовного дела (М.С. Строгович. Уголовный процесс. М., 1946. С. 321).

³⁴¹ УПК Швейцарии допускает непоследовательность: с одной стороны, в силу п. «с» ч. 1 ст. 104, прокуратура является стороной только в судебных стадиях процесса (из этого можно сделать вывод, что в досудебном производстве нет сторон и нет состязательности), а с другой – ст. 322, указывая на субъектов, имеющих право обжаловать постановление о прекращении производства, использует термин стороны (*die Partei*).

суд. По истечении данного срока постановление вступает в законную силу³⁴² и уже не подлежит обжалованию.

б) Приказ о наказании

Второе возможное решение – издание приказа о наказании (*der Strafbefehl*). С точки зрения отечественной процессуальной логики – это действительно необычная конструкция. Как прокурор без участия суда и к тому же ещё до возбуждения дела³⁴³ может самостоятельно назначить обвиняемому уголовное наказание? На первый взгляд, данный институт нас просто шокирует. Чтобы с научной точки зрения беспристрастно оценить эту юридическую конструкцию, необходимо посмотреть на нее комплексно.

Сущность предусмотренной в УПК Швейцарии модели приказа о наказании в общих чертах заключается в следующем. Если обвиняемый в предварительном производстве признал обстоятельства, свидетельствующие о его виновности, или иным образом прояснил их в достаточной мере, то прокуратура издает приказ о наказании, поскольку она, с зачетом возможного ожидаемого условного наказания, однозначно останавливается на одном из следующих наказаний³⁴⁴:

а. менее тяжкий штраф (*die Busse*); УПК не указывает его верхний предел (в отличие от наказаний, указанных ниже), поэтому необходимо ориентироваться на нормы УК³⁴⁵;

б. уголовный штраф (*die Geldstrafe*) не более чем в размере 180 суточных ставок³⁴⁶;

³⁴² Как следует из этой нормы, в Швейцарии вступает в законную силу не только приговор, но и равнозначный ему акт - постановление об отказе в возбуждении уголовного преследования, а также приказ о наказании, что будет показано далее.

³⁴³ Сноска о значении терминов «возбуждение уголовного дела» и «возбуждение уголовного преследования» в швейцарском правопорядке – на с.72.

³⁴⁴ По официальным данным в Швейцарии в 2011 г. 87% осуждённых приговорены к штрафу (удивительно, но из них 83% – условно), 9% - к лишению свободы, 3% - к общественным работам. URL: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/01/pan.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

³⁴⁵ В соответствии с УК Швейцарии, менее тяжкий штраф назначается юридическим лицам за совершение преступлений и уголовных проступков в размере до 5.000.000 франков (ст. 102 УК) и физическим лицам за совершение уголовных нарушений в размере до 10.000 франков (ст. 106 УК).

³⁴⁶ В соответствии со ст. 34 УК Швейцарии, одна суточная ставка составляет 3.000 франков. Максимальное количество ставок, к выплате которых может быть приговорён подсудимый – 360. Может возникнуть во-

с. общественные работы (*die gemeinnützige Arbeit*) не более 720 часов³⁴⁷;
d. лишение свободы (*die Freiheitsstrafe*) не свыше 6 месяцев³⁴⁸ (ч. 1 ст. 352 УПК).

Если в течение 10 суток со стороны обвиняемого, иных заинтересованных лиц, а также вышестоящих органов прокуратуры не последовало возражений, то приказ о наказании становится равнозначным приговору (ч. 1 ст. 354 УПК). Если же они заявили о своём несогласии с ним, то прокуратура собирает дополнительные доказательства, которые требуются для разрешения возражения (УПК Швейцарии не содержит указания на том, что в этом случае должно начаться предварительное следствие), и принимает одно из четырёх возможных решений:

- a. оставить приказ о наказании в силе;
- b. прекратить производство;
- c. издать новый приказ о наказании³⁴⁹;
- d. предъявить обвинение в суд первой инстанции³⁵⁰.

Если прокуратура приняла решение оставить в силе приказ о наказании, то она передает процессуальные документы в суд первой инстанции для рассмотрения дела по существу (ч. 1 ст. 356 УПК)³⁵¹. Данный орган либо оставляет приказ о наказании в силе, либо признаёт его недействительным и направляет дело обратно в прокуратуру для производства предварительного следствия в общем порядке.

прос, почему же термин «*die Busse*» мы переводим как «менее тяжкий штраф»? Во-первых, для физических лиц он, действительно, в большинстве случаев меньше, чем уголовный штраф, исчисляемый в ставках, а для юридических лиц его верхний предел не является критической суммой, поскольку швейцарское гражданское право устанавливает достаточно высокий размер уставного капитала - не менее 20 тыс. франков (ст. 773 и абз. 1 ст. 774 Закона 1911 г. об обязательном праве). URL: http://www.admin.ch/opc/de/classifiedcompilation/19110009/_/201305280000/_220.pdf (последний просмотр сайта - 22.10.2013). При расчете штрафа принимается во внимание размер уставного капитала. Во-вторых, швейцарский «КоАП», будучи *a priori* более мягким Кодексом, использует именно этот термин (*die Busse*), а, например, не *die Geldstrafe* из Уголовного кодекса.

³⁴⁷ Согласно ст. 37 УК Швейцарии, общественные работы назначаются в количестве от 180 до 720 часов.

³⁴⁸ В соответствии со ст. 40 УК Швейцарии, лишение свободы назначается на срок от 6 месяцев до 20 лет. В случаях, прямо предусмотренных Кодексом, лишение свободы может быть пожизненным (*lebenslänglich*).

³⁴⁹ По смыслу УПК Швейцарии в данном документе прокуратура может исправить или дополнить первоначальный приказ о наказании.

³⁵⁰ В случаях, обозначенных п. b) и d), подлежат применению общие правила о прекращении производства по делу и о предъявлении обвинения в суд первой инстанции. Какая-либо специфика им не свойственна.

³⁵¹ По смыслу УПК Швейцарии, данном случае речь идет не сколько о рассмотрении дела по существу, сколько о проверке законности и обоснованности приказа о наказании.

Какова правовая природа приказа о наказании? Очевидно, он имеет общие корни с гражданско-процессуальным приказным производством³⁵², которое предусмотрено в большинстве континентальных ГПК. Его логика состоит в том, что уполномоченный орган (в данном случае - суд) в отношении бесспорных требований издает адресуемый правонарушителю приказ, который последний должен исполнить (он также вправе возразить против него – тогда дело будет рассматриваться в общем порядке). Различие приказа в гражданском и уголовном процессе состоит, в первую очередь, в содержании документа и в субъекте, который вправе его издать. Как бы то ни было им является орган, ведущий производство по делу, а поскольку в гражданском процессе оно с самого начала находится в «руках» суда, никакого другого субъекта, уполномоченного издать приказ о наказании, нет и быть не может. В свою очередь в уголовном процессе швейцарский законодатель дифференцирует данную процедуру: сначала приказ о наказании издает прокуратура, а затем в случае возражения дело направляется в суд, но, скорее, не для разрешения дела по существу, а для проверки законности издания данного акта и его утверждения.

В связи с этим неизбежно возникает следующий вопрос. Если в гражданском судопроизводстве данный институт является уместным и логичным, то не противоречит ли он основополагающим принципам уголовного процесса и не нарушает ли он основные права обвиняемого, связанные с защитой, и выработанные на протяжении веков гарантии прав личности? Анализ данного института позволяет применительно к Швейцарии ответить на него отрицательно, исходя, как минимум, из 8 аргументов.

1) Самое главное: для вступления в силу приказа о наказании, постановленного прокурором без участия суда, в обязательном порядке требуется согласие обвиняемого. При наличии возражений в конечном итоге наказание

³⁵² Подробный анализ проблем, связанных с приказным производством в гражданском процессе, приводится в частности в работах: Масленникова Н.И. Судебный приказ // Российский юридический журнал. 1996. N 3. С. 40; Царегородцева Е.А. Способы оптимизации гражданского судопроизводства: дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 150.

всё равно санкционируется или назначается судом, поэтому говорить о нарушении права лица на доступ к правосудию нельзя.

2) Если, на первый взгляд, вызывает недоумение возможность назначения наказания швейцарскими прокурорами, то почему же нас не удивляет то, что, согласно КоАП РФ, наказания уполномочены назначать более 70 органов исполнительной власти (ст. 23.2-23.79)? При этом верхний предел штрафа по данному Кодексу в нынешней редакции от 23 июля 2013 г. составляет для физических лиц – 300 тыс. рублей, для должностных лиц – до 1 млн. рублей, для юридических лиц – 60 (шестьдесят) (!!!) млн. рублей (ч. 1 ст. 3.5)³⁵³. Российские административные наказания, носящие имущественный характер, не только вполне сопоставимы с уголовными наказаниями, и в случае, показанном выше, иногда могут превышать их по своей суровости. Конечно, наиболее строгие наказания, предусмотренные в КоАП, назначаются только судом (например, административный арест) и в силу ст. 46 Конституции любое решение органа исполнительной власти может быть обжаловано в суд, однако такой подход к конструированию санкций является необоснованным, поскольку в производстве по административным делам законодателем не установлены многие гарантии права на защиту, существующие лишь в области уголовного процесса (даже презумпция невиновности, согласно примечанию к ст. 1.5 КоАП РФ, действует не во всех случаях).

К слову говоря, в Швейцарии тоже есть «КоАП» - Федеральный закон об административном уголовном праве от 22 марта 1974 г. (*das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*)³⁵⁴, устанавливающий максимальный размер штрафа в сумме 5.000 франков³⁵⁵ (ст. 7). Следовательно, в обеих странах наиболее строгие административные наказания (в виде штрафа) вполне сопо-

³⁵³ То, что в первом случае речь идёт про уголовный процесс, а во втором - про административный, как представляется, значения не имеет. Лицу, с которого взыскивают штраф, не столь важно, в рамках какой формальной процедуры это происходит; в любом случае он теряет свои денежные средства и испытывает эмоционально-психологические переживания и негативные финансовые последствия.

³⁵⁴ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19740066/index.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

³⁵⁵ По состоянию на 02.07.2014 г. курс швейцарского франка по отношению к рублю составлял 38,5792 рублей. Следовательно, 5 тыс. шв. франков – это 192 тысяч 896 рублей. Информация с официального сайта ЦБ РФ: http://www.cbr.ru/currency_base/daily.aspx?date_req=02.07.2014.

ставимы с уголовными. Данный тезис делает аргументы против приказа о наказании несостоятельными, поскольку в уголовном процессе гарантий прав личности объективно больше, чем в административном.

3) Институт приказного производства в уголовном процессе Швейцарии направлен на соблюдение принципа разумных сроков. Их нарушение является одной из важнейших проблем правосудия по уголовным делам, пожалуй, в большинстве современных стран. Наименование ст. 5 УПК этой страны говорит само за себя: «требование ускорения» (*das Beschleunigungsgebot*)³⁵⁶. Приказное производство объективно сокращает сроки процесса уже хотя бы потому, что в случае согласия обвиняемого с приказом о наказании рассмотрение дела в суде не начинается.

4) Недостатки данного института, связанные с некоторыми ограничениями права на защиту (например, отсутствие беспристрастного, справедливого, гласного, состязательного судебного разбирательства), во многом компенсируются развитым институтом судебного контроля за законностью следственных действий и мер принуждения, а также за счет того, что в досудебном производстве, прокуратура, постановляющая приказ о наказании, ни в коем случае не может быть отнесена к стороне обвинения. В УПК содержится прямое категоричное указание на то, что она является стороной (*die Partei*) только при рассмотрении дела в суде первой инстанции и в проверочных производствах (п. «с» ч. 1 ст. 104). Если использовать отечественную (советскую) процессуальную терминологию, швейцарская прокуратура обязана проводить расследование *всесторонне, полно и объективно*. Такой вывод можно сделать на основе ст. 4 УПК, согласно которой органы уголовного судопроизводства независимы в правоприменении и подчиняются только закону. Швейцарский прокурор в досудебных стадиях, образно выражаясь – это фактически беспристрастный судья, который, постановляя приказ о наказа-

³⁵⁶ Ст. 5 УПК Швейцарии: «1. Органы уголовного судопроизводства незамедлительно принимают уголовное дело к своему производству и доводят его без необоснованной волокиты до окончания. 2. Если обвиняемый находится в заключении, то в отношении него производство ведется в первую очередь».

нии, *de facto* разрешает дело по существу³⁵⁷. При этом он обязан принимать во внимание ключевые принципы уголовного судопроизводства, в частности: уважение человеческого достоинства и требование добросовестности (ст. 3), следственное начало (ст. 6), сочетание принципов легальности (ст. 7) и целесообразности (ст. 8) уголовного преследования, презумпция невиновности (ст. 10)³⁵⁸, оценка доказательств по внутреннему убеждению (ст. 10), запрет повторного уголовного преследования (ст. 11). Следовательно, основополагающие начала уголовного процесса сохраняются и в приказном производстве³⁵⁹.

5) Целесообразно привести и «сравнительно-правовой» аргумент. Приказное производство существует в уголовном процессе не только Швейцарии, но и соседних государств, в частности в Германии (§§ 407-412 УПК). Правда немецкий законодатель занимает более осторожную позицию. Если в Швейцарии возможно постановить приказ о наказании вообще без участия суда – последний занимается в первую очередь контролем за законностью данной процедуры – то в Германии издать приказ о наказании сама прокуратура не уполномочена. В соответствии с § 407, она вправе заявить ходатайство о постановлении данного приказа в суд, «если по результатам дознания не считает проведение судебного разбирательства необходимым». Стало быть, его издание – прерогатива исключительно суда. Санкции, которые можно предписать в приказе о наказании, в Германии значительно мягче, чем

³⁵⁷ Законодатель неслучайно поместил главу, регулирующую приказное производство, не в титул 6 («Досудебное производство»), а в титул 8 («Особое производство»), который излагается сразу же после норм о рассмотрении дела по существу. Составители Кодекса как бы поставили эти процедуры последовательно в один ряд.

³⁵⁸ В данном случае презумпция невиновности приобретает содержание, нуждающееся в уточнении. В соответствии с ч. 1 ст. 10 УПК, каждое лицо до вступления в законную силу приговора считается невиновным. Одновременно с этим, ч. 3 ст. 354 Кодекса устанавливает, что если законное возражение против приказа о наказании не последовало, то он имеет юридическую силу, равную приговору. В связи с этим в рамках швейцарской модели презумпции невиновности обвиняемый считается невиновным до вступления в законную силу не только приговора, но и приказа о наказании, поскольку он приравнен к приговору.

³⁵⁹ Отсюда вывод: различия приказного производства и рассмотрения дела по существу в суде первой инстанции состоят не в том, какие принципы применяет орган, ведущий производство по делу, а в соответствующих процедурах. В то время как УПК Швейцарии подробно определяет правила рассмотрения дела в суде (ст. 328-351), порядок издания прокуратурой приказа о наказании в данном Кодексе фактически не регламентирован и является неформальным. Закон устанавливает форму и содержание приказа (ст. 353), а, как он должен быть постановлен (требуется ли торжественная обстановка, присутствуют ли при этом обвиняемый и защитник и т.д.), составители Кодекса оставили на усмотрение прокуратуры.

в Швейцарии³⁶⁰, прежде всего, за счет отсутствия среди них лишения свободы. Судья должен удовлетворить ходатайство прокуратуры, если вынесению приказа о назначении наказания не препятствуют какие-либо сомнения (ч. 3 § 408). В иных случаях дело рассматривается по существу. В немецкой модели института приказа о наказании снова дает о себе знать германская концепция активного суда, практически всегда действующего *ex officio*. Судья от имени данного органа самостоятельно решает, есть ли у него уверенность в виновности данного лица³⁶¹; при этом он не мотивирует свою позицию. Отсюда и основное различие данного института в ФРГ и в Швейцарии: немецкий судья не связан ходатайством прокуратуры.

6) Кроме того, большинство современных ГПК европейских стран также предусматривают приказное производство или иные процедуры, которые, несмотря на терминологические различия, имеют смежные черты. ГПК Швейцарии³⁶², принятый 19 декабря 2008 г., дифференцируя порядок рассмотрения дел³⁶³, устанавливает, что в «упрощенном порядке»³⁶⁴ могут быть рассмотрены споры на сумму до 30.000 франков (ст. 243). ГПК РФ в нормах о приказном производстве (ст. 121-130) вообще не называет верхнего предела суммы, которая может быть взыскана в пользу заявителя. При этом данный порядок рассмотрения дела занимает прочное место в гражданском процессе как России, так и Швейцарии, и его отмена в обозримом будущем, можно

³⁶⁰ В соответствии с п. «1-3» ч. 2 § 407 УПК ФРГ, суд вправе предписать такие меры, как: 1. денежный штраф, предостережение с уголовно-правовой оговоркой, запрет вождения, конфискация, изъятие, уничтожение имущества, приведение в негодность, опубликование информации об осуждении и менее тяжкий штраф в отношении юридических лиц или объединений физических лиц, 2. изъятие разрешения на вождение транспортного средства на срок не более двух лет, 2а. запрет содержания или ухаживания, а также продажи или иного профессионального обращения с животными в отношении всех или только определенных биологических видов на срок от одного до трех лет, 3. отказ от наказания».

³⁶¹ Кроме того, судья назначает рассмотрение дела по существу, если он намерен изменить юридическую квалификацию деяния, заявленную в ходатайстве о назначении наказания или применить иное, чем заявлено в ходатайстве, уголовно-правовое последствие совершения деяния, но прокуратура настаивает на своем ходатайстве (ч. 3 § 408).

³⁶² URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

³⁶³ Среди особых процедур по рассмотрению дела новый ГПК Швейцарии предусматривает в ст. 243-247 упрощенное производство (*das vereinfachte Verfahren*) и в ст. 248-270 суммарное производство (*das summarische Verfahren*). В связи с ограниченностью объема данной работы, к сожалению, не представляется возможным подробно проанализировать их.

³⁶⁴ По ряду признаков данный институт имеет сходные черты с приказом о наказании.

предположить, не предвидится³⁶⁵. При этом ГПК не предусматривают и не должны предусматривать гарантии прав ответчика на одном уровне с уголовно-процессуальными гарантиями прав обвиняемого³⁶⁶, поскольку лицу, к которому предъявлен иск, не угрожает государственное обвинение и наказание³⁶⁷.

7) По нашему мнению, данный институт не противоречит Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Анализ практики ЕСПЧ показывает, что данный орган относится к нему лояльно. Во всяком случае нам не удалось обнаружить ни одного решения, вынесенного им против Швейцарии, в котором утверждалось бы о его несоответствии нормам международного права. В связи с тем, что в приказном производстве соблюдаются вышеназванные принципы УПК 2007 г., основанные на ст. 6 Конвенции, какие-либо противоречия отсутствуют.

8) Нельзя умолчать об ещё одном, скорее, символичном, но вместе с тем важном аргументе. Приказное производство предусматривалось в «Проекте раздела УПК РФ об ускоренных формах уголовного судопроизводства, которые подготовлены Межведомственной рабочей группой для обсуждения на парламентских слушаниях 16 января 2001 г.»³⁶⁸. Ст. 360.12 данного проекта закрепляла право прокурора издать «уголовный приказ» (небольшое терминологическое различие с швейцарским «приказом о наказании» значения не имеет) при одновременном наличии двух условий: дело подсудно единоличному судье и максимальное наказание за данное преступление не может превышать 1 год лишения свободы. Уголовный приказ незамедлительно поступает к судье, который в течение 48 часов обязан либо утвердить его, либо

³⁶⁵ Критика приказного производства в гражданском процессе также встречается в научной литературе, например: Федоранич С. Необжалуемое определение // ЭЖ-Юрист, 2013, N 49. СПС «Консультант Плюс», 2014; Редких С.В. К вопросу о пробелах законодательного регулирования приказного производства // Арбитражный и гражданский процесс, 2013, N 2. СПС «Консультант Плюс», 2014.

³⁶⁶ Иной подход приведет к стиранию различий между гражданским и уголовным процессом.

³⁶⁷ В Швейцарии не получила развитие французская дуалистическая концепция, предполагающая, что уголовно-процессуальное право регулирует публичный и гражданский иск.

³⁶⁸ Уроки уголовного правосудия в России // отв. редакторы А.Е. Лебедев, Е.Б. Мизулина. М., 2007. С. 770-774. Интересно, что среди экспертов Совета Европы, которые давали заключение на проект УПК РФ 2001 г., был известный швейцарский профессор Стефан Трексель, бывший президент Европейской комиссии по правам человека (Уроки уголовного правосудия в России // отв. редакторы А.Е. Лебедев, Е.Б. Мизулина. М., 2007. С. 393-442).

отклонить и возвратить обратно прокурору³⁶⁹. Очевидно, речь идёт о немецкой модели приказа о наказании, которая раскрыта выше.

В результате обсуждения данный институт всё же не сохранился в окончательной редакции Кодекса, вынесенной на рассмотрение Государственной Думы. В любом случае можно сделать вывод о том, что попытки его внедрения в российскую уголовно-процессуальную систему предпринимались и, очевидно, продолжатся в будущем, поскольку имплементация различных упрощённых, дифференцированных форм стало одной из её ведущих тенденций.

Приведя аргументы в пользу данного института, будет не лишним изложить соображения относительного целесообразности внедрения в отечественный уголовный процесс швейцарской модели приказа о наказании. Думается, что соответствующие положения УПК 2007 г. российскому законодателью необходимо знать и принимать во внимание при реформировании судопроизводства, однако заимствовать данную юридическую конструкцию в настоящее время нет необходимости. На наш взгляд, институт приказа о наказании в его швейцарской модификации может иметь место только в наиболее развитых правовых системах, в которых низкий уровень преступности сочетается с высокой правовой культурой как граждан, так и сотрудников правоохранительных органов.

Положительно оценивая роль российской прокуратуры в борьбе с преступностью, расширять её полномочия за счет приказа о наказании, пожалуй, преждевременно. Кроме того, данный институт не соответствует российской модели принципов разделения властей, презумпции невиновности и состязательности.

³⁶⁹ Порядок данной процедуры определялся в ст. 360.12 Проекта УПК.

с) Медиация как альтернатива открытию предварительного следствия

Одной из тенденций развития уголовного судопроизводства в европейских странах стало постепенное внедрение института медиации, состоящего в том, что, прежде чем принять решение о возбуждении уголовного преследования, соответствующий государственный орган либо *самостоятельно*³⁷⁰, либо посредством обращения к профессиональному медиатору совершает действия, направленные на примирение потерпевшего и лица, подлежащего уголовному преследованию³⁷¹. При этом в одних странах данный институт урегулирован в УПК (например, ст. 41-1 УПК Франции), в других – в отдельных законодательных актах, в том числе по вопросам ювенального судопроизводства (Англия, Ирландия), а в третьих – не получив юридического признания, существует *de facto* (за рамками процессуально-правового регулирования)³⁷².

В Швейцарии история медиации (*die Mediation*) уходит корнями в глубокое прошлое. Не будет преувеличением утверждение, что ее первые ростки появились еще в Средние века и нашли свое отражение в знаменитом институте «обещания хранить мир» (*die Friedensangelobung*). Данная правовая конструкция заключалась в следующем. Если в присутствии должностного лица, в том числе судебного ведомства, начиналась ссора, то на него возлагалась обязанность немедленно принять меры по примирению этих лиц. Он должен был предложить им прекратить враждебные действия и дать торжественную клятву о соблюдении «вечного мира» по отношению друг к другу. Данная обязанность распространялась не только на ссорившихся, но и на их родственников. Дореволюционный проф. В.В. Пржевальский указывает, что этот

³⁷⁰ Из этого логически следует, что привлечение третьей незаинтересованной стороны не является обязательным признаком медиации. С данным утверждением можно согласиться, особенно если понимать медиацию в широком смысле.

³⁷¹ См.: Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 321-322.

³⁷² В качестве примера можно привести Россию, «где практика медиации делает первые шаги, пусть и очень робкие, хотя законом этот уголовно-процессуальный институт пока не урегулирован» (Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 322).

институт «оказал в высшей степени благотворное влияние на развитие публичного характера западно-европейского уголовного права и сильно содействовал укреплению правового порядка»³⁷³. Косвенная связь с современным институтом медиации налицо.

При обсуждении проекта единого УПК в Парламенте велись интенсивные дискуссии о том, нужно ли его закрепить в данном Кодексе. У медиации имелись не только сторонники, но и противники. В результате дебатов в Федеральном собрании область действия данного института была значительно сокращена³⁷⁴. Многие швейцарские процессуалисты считают, что модель этой правовой конструкции, закреплённую в УПК 2007 г., вообще нельзя считать медиацией³⁷⁵, поскольку составители Кодекса отказались от привлечения к ее проведению независимого посредника, но мы с опорой на сравни-

³⁷³ Пржевальский В.В. Объединение уголовного законодательства в Швейцарии. СПб, 1891. С.60.

³⁷⁴ Здесь необходимо сделать существеннейшее примечание! В первоначальном проекте УПК, который является частью Послания Федерального собрания, предполагалось, что в него войдут два самостоятельных процессуальных института: «примирение» (*der Vergleich*) (ст. 316) и «медиация» (*die Mediation*) (ст. 317). Научный анализ позволяет выделить 9 различий между ними. Во-первых, у них разные цели. Главная цель «примирения» – это ускорение процесса, а медиации – снятие возникшего в обществе конфликта («сделать социальные ответы на преступность более разнообразными»). Во-вторых, «примирение» – это система процессуальных действий, совершаемых исключительно «внутри» уголовного дела, а «медиация», наоборот, «вынесена за рамки уголовного процесса» и «производится параллельно с ним» (или вместо него, если уголовное дело приостановлено с целью проведения медиации). В-третьих, «примирение» проводится органами судопроизводства и их должностными лицами, а медиация возлагается на компетентного специалиста (*der Mediatorin oder Mediator*), который «стоит вне уголовного процесса» и обычно является сотрудником общественной организации. Четвертое различие: «медиация» предполагает, что её участники занимают горизонтальное положение (*ein horizontales Verhältnis*) по отношению друг к другу, между ними существует юридическое равенство, а в случае «примирения» – прокуратура обладает властными полномочиями; она стоит над участниками процесса. Пятое различие: «медиация» предполагает климат доверия (*das Vertrauensklima*), рамки диалога (*der Raum des Dialogs*) и взаимное заслушивание (*die gegenseitige Zuhören*), а в отношении «примирения» такой указание в Проекте УПК отсутствует. Конечно, это не значит, что эти черты ему принципиально не свойственны, но они могут быть, а могут и не иметь место. В свою очередь медиация без вышеперечисленных особенностей, относящихся к обстановке переговоров, невозможна. Шестое различие: «медиация» является формой особой «мягкой юстиции» (*die milder Justiz*), отражает его гуманистическую направленность; в свою очередь примирение это, скорее, незначительное отступление от общего порядка рассмотрения дела. Седьмое различие: возможность проведения «медиации» не зависит от тяжести совершенного преступного деяния (она может быть предписана в любом случае, когда прокуратура сочтет это необходимым), а «примирение» допустимо только по незначительному кругу дел об уголовно-наказуемых деяниях, не представляющих большой общественной опасности. Восьмое различие: «медиация» предполагает полную конфиденциальность переговоров сторон (прокуратура не имеет доступа к ним ни во время медиационных процедур, ни после них; ей сообщают лишь о том, какой результат достигнут по итогам переговоров сторон), «примирение», наоборот, производится самой прокуратурой (обвиняемый и потерпевший мирятся в её присутствии). Девятое различие: отказ потерпевшего от «медиации» влечет за собой дальнейшее ведение процесса в общем порядке, а его неявка на «примирение» имеет своим последствием прекращение дела. URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

³⁷⁵ Wicki F. Einleitung // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 16-17; Landshut N. Art. 316 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1578.

тельно-правовой опыт всё же осмелимся использовать данный термин, поскольку далеко не во всех правопорядках медиация предполагает обязательное участие третьей стороны. Договоримся понимать её в широком смысле как любые действия государственных органов, направленные на примирение сторон.

В Послании Федерального собрания указывается, что «медиация» и «примирение» представляют собой «переговорный процесс между потерпевшим и обвиняемым, имеющий своей целью прийти к удовлетворяющему обе стороны основному соглашению»³⁷⁶.

В соответствии с УПК Швейцарии, решающую роль в данной процедуре играет прокуратура, поскольку именно она уполномочена возбудить уголовное преследование, а медиация в данном правопорядке является одной из альтернатив открытию производства.

Анализ ст. 316 данного Кодекса позволяет выделить несколько видов медиации. Первым из них является примирение сторон по делам о преступлениях, преследуемых только по жалобе³⁷⁷. Данная процедура факультативна и ее применение зависит от усмотрения прокуратуры. Вместе с тем, если заявитель не явился, то его жалоба считается отозванной (ч. 1 ст. 316). Тем самым государство проверяет серьезность намерений данного лица и размер причиненного ему вреда: если он малозначителен, то, возможно, заявитель не захочет тратить своё время на участие в переговорных процедурах. Вторым видом является медиация по делам, прекращение которых возможно в соответствии со статьей 53 УК («Возмещение»). Она устанавливает, что, если лицо, совершившее преступление, возместило вред или предприняло все разумные усилия к тому, чтобы загладить совершенное противоправное деяние, то уполномоченный орган отказывается от уголовного преследования, передачи дела в суд или наказания, когда имеются предпосылки для условного

³⁷⁶ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 22.10.2013).

³⁷⁷ Сноска с информацией о преступлениях, преследуемых только по жалобе, на с. 101 данного диссертационного исследования.

осуждения³⁷⁸, а также публичные интересы и интересы потерпевшего к уголовному преследованию незначительны. Анализ ст. 53 УК показывает, что перечень деяний, за совершение которых возможно условное осуждение, достаточно узкий, следовательно, медиация может применяться далеко не по всем категориям дел.

Обращение к данному институту во всех его вышеуказанных формах вовсе не ограничивает права потерпевшего, поскольку, в соответствии с ч. 4 ст. 316 УПК Швейцарии, если обвиняемый не явился на соответствующие слушания или примирение не достигнуто, прокуратура незамедлительно открывает предварительное следствие и принимает дело к своему производству.

Для проведения медиации прокуратуре не требуется издание какого-либо специального постановления. В свою очередь ее результаты находят отражение в протоколе (ч. 3 ст. 315 УПК Швейцарии). Если в ходе дознания соответствующие участники не смогли примириться, то медиация может продолжиться и после открытия предварительного следствия по тем же процессуальным правилам.

Таким образом, в этой стране существует весьма «умеренный», можно сказать, «осторожный» вариант построения данного института, поскольку медиация возможна лишь по узкому кругу уголовных дел и в качестве субъекта, организующего примирение сторон, выступает только прокуратура. Общественные и правозащитные организации УПК не упоминает, и они действуют внепроцессуально.

Обобщая сказанное, можно сделать следующие краткие выводы в отношении вопросов, рассмотренных в данной главе.

³⁷⁸ Согласно ст. 42 УК Швейцарии, суд откладывает исполнение денежного штрафа, общественных работ или лишения свободы на срок от 6 месяцев до 2 лет *по общему правилу (in der Regel)*, если реальное отбытие наказания не представляется необходимым, чтобы удержать лицо, совершившее преступление, от дальнейших преступлений и уголовных проступков. Данная норма в сравнительно-правовом отношении интересна тем, что она рассматривает условное назначение наказания в качестве общего правила, а не в виде исключения.

1) Поскольку в швейцарской доктрине не встречается определение дознания, мы можем сформулировать его самостоятельно, указав, что в рассматриваемом правовом порядке оно представляет собой *первоначальную, факультативную*³⁷⁹, *досудебную стадию уголовного судопроизводства, начинающуюся после получения информации о предполагаемом преступлении, в ходе которой полиция, взаимодействуя с прокуратурой, обладая лишь незначительной процессуальной самостоятельностью, собирает доказательства, на основе которых возможно: а) последующее открытие прокуратурой предварительного следствия; б) отказ в его открытии, соединенный или не соединенный с изданием приказа о наказании*. При этом мы вовсе не претендуем на исчерпывающий характер данной дефиниции, но стремимся показать в ней наиболее важные признаки определяемого термина.

2) Ключевые особенности дознания в рассматриваемом правовом порядке обусловлены его факультативностью³⁸⁰, а также объемом процессуальной деятельности полиции, направленной на формирование пределов производства по делу *in rem* и *in personam*. Построение дознания по УПК Швейцарии 2007 г., имеет определенное сходство с существующей в России стадией возбуждения уголовного дела.

3) Одновременно с этим данная форма досудебного производства приближена к прокурорскому следствию, поскольку в отношении полицейского дознания законодатель не устанавливает какие-либо жесткие формальные барьеры для производства следственных действий и избрания мер принуждения. В то же время необходимо отметить, что дознание с точки зрения объема возможных следственных действий ограничено *de facto* кругом тех из них, которые направлены на установление события преступления и достаточности подозрения в отношении лица, причастного к его совершению.

³⁷⁹ При этом хотя бы одна из стадий (дознание или предварительное следствие) в случае поступления информации о преступлении должна состояться обязательно.

³⁸⁰ В частности, если преступление очевидно и известно лицо, его совершившее, то в дознании нет необходимости и может сразу начаться предварительное следствие.

3) В качестве общего правила, швейцарский уголовный процесс начинается с дознания. Его производство возлагается на полицию. Вместе с тем, прокуратура не отстранена от дознания, поскольку она, согласно УПК 2007 г., вправе руководить действиями полиции, которая обладает лишь в малой степени процессуальной самостоятельностью в организационном и функциональном отношении.

4) Поводы и основания для начала уголовного судопроизводства (в данном случае - дознания) в Швейцарии традиционны для большинства континентальных правовых порядков, хотя законодатель и не выделяет эти существующие объективно научные категории.

5) Принятие УПК 2007 г. стало важным шагом в защите прав и свобод граждан от незаконного и необоснованного уголовного преследования, поскольку отныне защитник допускается в уголовный процесс и имеет право общаться с задержанным, образно говоря, с самого раннего момента, с какого только возможно. Законодатель, желая защитить права и законные интересы обвиняемого, стремится как можно раньше наделить его этим статусом, отдавая предпочтение материальному, а не формальному пониманию данного участника производства по делу.

6) Составители УПК Швейцарии предусмотрели не только традиционные для современных континентальных стран формы окончания дознания, но и сконструировали собственную модель института приказа о наказании с целью разгрузить суды, освободив их от необходимости рассматривать непростые уголовные дела о правонарушениях, не представляющих большой общественной опасности, тем самым обеспечивая соблюдение разумных сроков производства по делу.

7) В Швейцарии институт медиации, не будучи самостоятельной формой окончания дознания, находит достаточно ограниченное действие, поскольку в соответствии с УПК 2007 г. может применяться далеко не по всем категориям уголовных дел. Вместе с тем данный Кодекс предусматривает важные гарантии, повышающие значение данного института для потерпев-

шего, а также лица, в отношении которого ведется производство (например, отказ заявителя явиться на примирительные слушания влечёт прекращение производства)³⁸¹.

³⁸¹ По смыслу ст. 316 УПК Швейцарии, данная норма подлежит применению не только в ходе дознания, но и на стадии предварительного следствия.

Глава 3

Предварительное следствие

в современном уголовном процессе Швейцарии

§1. Понятие предварительного следствия и его основные участники

Поскольку в Швейцарии имеет место дуализм досудебного производства, вслед за дознанием необходимо рассмотреть предварительное следствие и его существенные черты³⁸².

Начинается предварительное следствие с издания прокуратурой постановления об открытии предварительного следствия (ст. 309 УПК Швейцарии).

Досудебный характер рассматриваемой стадии обусловлен тем, что в связи с отказом от института следственных судей, имевшим место в некоторых швейцарских кантонах до 2007 г.³⁸³, дело находится в руках прокуратуры до направления его в суд для рассмотрения по существу. В ходе предварительного следствия прокуратура тесно взаимодействует с полицией и уполномочена давать ей поручения³⁸⁴ (ч. 2 ст. 15 УПК), а также с судом по вопросам мер принуждения, поскольку именно он санкционирует заключение под стражу и другие наиболее строгие меры.

Всестороннее, полное, объективное исследование обстоятельств дела³⁸⁵ прокуратурой недвусмысленным образом нормативно установлено в ст. 6 УПК, согласно которой органы уголовного судопроизводства обязаны *ex officio* установить все фактические обстоятельства, имеющие значение для квалификации деяния и разрешения дела в отношении обвиняемого. В этой связи, несмотря на несудебный характер, данную стадию можно называть следствием.

³⁸² В УПК Швейцарии и в научной литературе этой отсутствует определение предварительного следствия, в связи с чем мы сформулируем его самостоятельно в качестве вывода в конце данной главы.

³⁸³ Военный и Ювенальный УПК Швейцарии предусматривают институт следственных судей до сих пор, в связи с чем в данном определении предварительного следствия мы имеем ввиду только «общегражданский» УПК Швейцарии 2007 г.

³⁸⁴ При этом на стадии предварительного следствия полиция больше не обладает самостоятельностью и ее роль заключается исключительно в исполнении поручений прокуратуры.

³⁸⁵ В данном случае мы используем советскую терминологию, нашедшую отражение в УПК РСФСР 1960 г. (ст. 20).

Анализируя место предварительного следствия в системе досудебного производства, можно констатировать, что оно, как правило, имеет место после дознания, однако в отдельных случаях данная стадия начинается сразу же после поступления информации о совершённом или готовящемся деянии, то есть без предшествующего ему дознания. Завершается предварительное следствие решением прокуратуры о прекращении дела или о предъявлении лицу обвинения (непосредственно в суд). Возможны альтернативные варианты, которые будут рассмотрены далее.

На данной стадии продолжается взаимодействие между государственными органами и частными лицами, которые вступили в него ещё в ходе дознания. Парадоксально, но анализ УПК позволяет прийти к выводу, что на протяжении предварительного следствия не появляется ни один новый субъект, участие которого принципиально не допускалось бы ранее – в ходе дознания³⁸⁶.

Вместе с тем, как правило, некоторые из них (к примеру, обвиняемый и его защитник, потерпевший и «жертва преступления»³⁸⁷) появляются в процессе не сразу, а уже после того, как полицией произведены следственные действия, результаты которых позволяют определить, совершено ли преступление и как его квалифицировать. В связи с этим их процессуальный статус уместно рассмотреть в данной главе диссертационного исследования.

Организацию и деятельность судов по вопросам мер принуждения с методологической точки зрения необходимо проанализировать отдельно от других субъектов уголовного судопроизводства в параграфе про заключение под стражу, поскольку данные вопросы неразрывно связаны между собой.

³⁸⁶ Полиция, прокуратура, суд по вопросам мер принуждения, свидетели, эксперты и т.д. – все они принимают участие в процессе и в ходе дознания, и на предварительном следствии.

³⁸⁷ Процессуальный статус данного лица, не известный отечественному судопроизводству, будет подробно проанализирован ниже.

Прокуратура (die Staatsanwaltschaft), полиция (die Polizei)

Прокуратура, как уже отмечено в предыдущей главе, является «госпожой» досудебного производства на всем его протяжении. Сказанное относится в равной степени как к полицейскому дознанию, так и к предварительному следствию. Вместе с тем, если в ходе дознания прокуратура, в первую очередь, осуществляет надзор за деятельностью полиции, то в ходе следствия она выступает в качестве единственного субъекта, уполномоченного принимать властные процессуально значимые решения. Прокуратура однозначно выходит на первый план. Полиция более не обладает самостоятельностью и отныне её роль заключается, главным образом, в выполнении отдельных поручений прокуратуры.

В то время как в ходе дознания решающая роль по собиранию доказательств возложена на полицию, на стадии предварительного следствия доказывание является, в первую очередь, прерогативой прокуратуры. Согласно ст. 311 УПК Швейцарии, прокурор самостоятельно собирает доказательства. Федерация и кантоны определяют, в каких пределах он вправе передавать производство отдельных следственных действий другим должностным лицам этого государственного органа. Кроме того, прокуратура проверяет доказательства, собранные полицией. Таким образом, полиция на данной стадии процесса отходит на второй план и её деятельность носит вспомогательный характер.

Прокуратура и полиция в рамках межкантонального сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства поддерживают непосредственные деловые связи (*der direkter Geschäftsverkehr*) с другими государственными органами Федерации и кантонов³⁸⁸.

Прокуратура является единственным органом власти, уполномоченным принять решение об окончании предварительного следствия. Подробный анализ данного института приведён в § 5 данной главы.

³⁸⁸ Данное положение относится как к дознанию, так и к предварительному следствию.

Обвиняемый³⁸⁹ (*der Beschuldigte*) и его защитник (*der Verteidiger*)

Проанализировав организацию и порядок работы органов, производящих предварительное следствие, перейдём к анализу процессуального статуса обвиняемого и его защитника.

С точки зрения сравнительного правоведения можно выделить два основных законодательных решения по вопросу о том, дифференцируется ли в досудебных стадиях процессуальное положение лица, в отношении которого ведётся производство.

Французский подход предполагает, что на стадии дознания лицо, предположительно совершившее уголовно-наказуемое деяние, ещё не обладает формализованным статусом. УПК Франции 1958 г., очевидно, в силу исторических традиций, восходящих к инквизиционному процессу, в нормах, регулирующих дознание, даже не упоминает подозреваемого. В связи с этим данный термин разрабатывался только в рамках научной доктрины³⁹⁰. Затем после открытия предварительного следствия происходит предъявление обвинения и оно наделяется статусом обвиняемого (в целях более полной реализации принципа презумпции невиновности законодатель сегодня использует значительно более нейтральную формулировку – «лицо, привлеченное к рассмотрению»). В связи с этим предъявление обвинения является «центром

³⁸⁹ По официальным данным в Швейцарии в 2011 г. статусом обвиняемого обладали 77 836 лиц (из них мужчины – 77%) по делам о нарушении УК, из которых 14% - несовершеннолетние, и 37 916 лиц (мужчины – 89%) по делам о нарушении Закона о наркотических средствах, из которых 12% - несовершеннолетние (всего 115752 обвиняемых). Если в 1980-ые гг. насчитывалось около 45.000 осуждённых в год, то в 2011 г. - 94 600 человек, из которых нарушили УК 31 000 человек (остальные признаны виновными в деяниях, запрещенных сопутствующими ему уголовными законами). В 2011 г. вынесен 14044 обвинительный приговор несовершеннолетнему. URL: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/01/pan.html> (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

Если сопоставить по состоянию на 2011 г. количество уголовно-наказуемых деяний и число лиц, признанных обвиняемыми, то можно установить, что приблизительно лишь в *каждом шестом случае* лицо приобрело данный процессуальный статус:

$$5,98654018937 = \frac{692\,954, \text{ то есть общее количество преступных деяний}}{77836 + 37916, \text{ то есть общее количество обвиняемых на нарушения УК и сопутствующих законов}}$$

Очевидно, это объясняется тем, что большинство совершаемых в Швейцарии преступлений – это посяательства на собственность, а, как отмечено выше, раскрываемость по ним составляет всего лишь 16%. Ещё одна причина – широкое применение принципа целесообразности уголовного преследования.

³⁹⁰ Подробный анализ, в частности: Головки Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 112.

предварительного следствия»³⁹¹ и имеет важное значение при формировании пределов производства по делу *in personam*.

Советский подход предполагает, что в предусмотренных законом случаях лицо приобретает статус подозреваемого, а затем после предъявления ему обвинения в совершении конкретного уголовно-наказуемого деяния («внутри» стадии предварительного следствия) оно становится обвиняемым. Предъявление обвинения разделяет предварительное следствие на две части. Такая законодательная модель существовала в советское время³⁹² (ст. 131-145 УПК РСФСР 1922 г., ст. 128-142 УПК РСФСР 1923 г., ст. 143-154 УПК РСФСР 1960 г.) и в настоящее время широко распространена в странах СНГ³⁹³. Отличие французского подхода от советского – отсутствие автономной фигуры подозреваемого³⁹⁴. Вместе с тем в обоих правовых порядках господствует преимущественно формальное понимание статуса обвиняемого: им является не тот, которого подозревает орган, ведущий производство по делу (это лишь необходимая предпосылка), а лицо, обозначенное в соответствующем процессуальном документе.

Германский подход основан на том, что на протяжении всего досудебного производства – от начала и до его завершения – данное лицо наделяется единым процессуальным статусом. В качестве примера можно привести УПК ФРГ. До момента предъявления обвинения (оно направляется непосредственно в суд) законодатель обозначает данного участника понятием «*der Beschuldigte*»³⁹⁵ (например, §§ 9, 22, 24, 40, 52, 53 и т.д.). С нашей точки зре-

³⁹¹ Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 352.

³⁹² Подробный анализ, в частности: Строгович М.С. Уголовный процесс. М., 1946. С. 105-106, 297-299.

³⁹³ Ст. 223-225 УПК Азербайджана от 14 июля 2000 г., ст. 202-204 УПК Армении от 1 сентября 1998 г., ст. 240-245 УПК Белоруссии от 16 июля 1999 г., ст. 169 УПК Грузии от 9 октября 2009 г., ст. 206-210 УПК Казахстана от 13 декабря 1997 г., ст. 213-220 УПК Киргизии от 30 июня 1999 г., ст. 405-406 УК Латвии от 21 апреля 2005 г., ст. 280-284 УПК Молдовы от 14 марта 2003, ст. 171-175 УПК России от 18 декабря 2001 г., ст. 221-229 УПК Таджикистана от 3 декабря 2009 г., ст. 244-249 УПК Туркменистана от 1 июля 2009 г., ст. 361-363 УПК Узбекистана от 22 сентября 1994 г., ст. 243-245 Модельного УПК для государств - участников СНГ от 17 февраля 1996 г..

³⁹⁴ Вместе с тем данное различие стало менее значимым после появления во французском уголовном процессе статуса «ассистируемого свидетеля».

³⁹⁵ С момента выдвижения против лица обвинения оно именуется «*der Angeschuldigter*», а после принятия дела судом к своему производству - «*der Angeklagter*» (§ 157 УПК ФРГ).

ния будет одинаково правильно переводить этот термин на русский язык и как «подозреваемый», и как «обвиняемый». Аналогичного подхода придерживались составители УПК Украины от 13 апреля 2012 г., который относится к новейшим кодификациям уголовно-процессуального права³⁹⁶. *Mutatis mutandis* это можно сказать и про статус обвиняемого по новому УПК Грузии, причем в данном Кодексе этот участник понимается, прежде всего, в материальном, а не в формальном отношении³⁹⁷.

Швейцарский законодатель в целом опирается на германскую модель конструирования статуса данного участника судопроизводства, существовавшую ранее в ряде немецко-язычных кантонов. В соответствии с ч. 1 ст. 111 УПК этой страны, в качестве обвиняемого выступает лицо, которое в заявлении о преступлении, в жалобе по делу частного обвинения или в ходе процессуальных действий органов судопроизводства в связи с совершением уголовно-наказуемого деяния *подозревается, преследуется* или *обвиняется*. Отсюда следуют два вывода. Во-первых, законодатель придерживается прежде всего материального, а не формального понимания статуса обвиняемого. Если в отношении лица имеются подозрения, то оно уже становится обвиняемым со всеми вытекающими отсюда последствиями, прежде всего, наделением его правом на защиту. При этом подозрение должно быть формализовано и содержаться в одном из предусмотренных законом процессуальных документов. Во-вторых, на протяжении всего досудебного производства статус обвиняемого является единым. Законодатель не дифференцирует его. К примеру, если в России данное лицо наделяется правами постепенно – сначала оно получает права подозреваемого (ст. 46 УПК РФ), затем – обвиняемого (ст. 47 УПК РФ) – то в Швейцарии обвиняемый приобретает практически все права одномоментно. Процессуальная логика, очевидно, состоит в

³⁹⁶ В соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 283 УПК Украины, одной из форм окончания досудебного расследования является обращение прокурора в суд с обвинительным актом.

³⁹⁷ Согласно п. 19 ст. 3 УПК Грузии от 9 октября 2009 г. («Разъяснение основных терминов для целей настоящего Кодекса»), обвиняемый – это лицо, в отношении которого существует обоснованное предположение, что им совершено преступление, предусмотренное УК Грузии. URL: http://www.legalaid.ge/cms/site_images/UNDP%20brochures/rus/CPC_RUS.pdf (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

следующем: в России у лица, в отношении которого ведется дело, возникновение последующих прав во многом обусловлено предъявлением ему обвинения. Они предоставляются ему, чтобы обвиняемый мог от него защищаться. В свою очередь, поскольку в Швейцарии (как и в Германии) обвинение предъявляется непосредственно в суд, то необходимость в разграничении статусов данного лица обусловлена, прежде всего, формированием пределов производства по делу.

Далее проанализируем особенности участия в деле защитника³⁹⁸. Прежде всего, необходимо обратить внимание на то, что УПК этой страны рассматривает участие в деле защитника³⁹⁹ (*der Verteidiger*) как частный случай процессуального представительства. В отличие от российского законодательства, предусматривающего участие в деле представителя обвиняемого только в случаях, предусмотренных законом⁴⁰⁰, в Швейцарии любой обвиняемый имеет право на то, чтобы его интересы отстаивал не только защитник, но и представитель (*der Rechtsbeistand*). Как мы видим, законодатель смягчает так называемую «адвокатскую монополию», предусмотренную в ч. 5 ст. 127 УПК этой страны: в то время как защитниками обвиняемого могут быть только адвокаты, которые уполномочены в соответствии с Законом об адвокатуре от 23 июня 2000 г. осуществлять данную деятельность (ч. 5 ст. 127)⁴⁰¹, стороны вправе пригласить в качестве представителя «любое дееспособное, обладающее хорошей репутацией и заслуживающее доверия лицо» (ч. 4 данной статьи).

Как и большинство европейских правовых порядков УПК Швейцарии различает защитников по приглашению и по назначению. Прогрессивными вы-

³⁹⁸ Процессуальный статус «защитника первого часа» рассмотрен во второй главе диссертационного исследования и нет необходимости к нему возвращаться.

³⁹⁹ Интересная особенность юридической техники УПК Швейцарии 2007 г. состоит в том, что зачастую законодатель понятийно не разграничивает участника процесса и выполняемые им функции. Например, термин *der Verteidiger* (защитник) встречается всего лишь в двух статьях Кодекса (ст. 131 и 171), а в остальных случаях законодатель употребляет понятие *die Verteidigung* (защита, сторона защиты).

⁴⁰⁰ Речь идёт о законном представителе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого (ст. 48 УПК РФ), а также о представителе лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера (ст. 437 УПК).

⁴⁰¹ В отличие от Германии (§ 138 УПК ФРГ) швейцарское законодательство не предусматривает возможность осуществления функций адвоката преподавателями юридических ВУЗов.

глядят нормы о бесплатной юридической помощи для частного обвинителя и потерпевшего⁴⁰². Перечень обстоятельств, при наличии которых участие защитника обязательно, шире, чем в нашей стране. В соответствии со ст. 130 УПК Швейцарии, обвиняемый обязан иметь защитника, если:

а. заключение под стражу, включая предварительное задержание, длилось более 10 суток; УПК РФ в ст. 47 такого основания не предусматривает вовсе.

б. ему грозит наказание в виде лишения свободы на срок более 1 года или же мера безопасности и исправления, связанная с лишением свободы; для сравнения УПК РФ предусматривает обязательное участие защитника, если лицо обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 15 лет (п. 5 ч. 1 ст. 51 УПК).

с. он из-за своего физического или психического состояния или по другим основаниям не может в достаточной мере защитить свои процессуальные интересы и законный представитель не в состоянии помочь ему; данное основание сходно с тем, которое установлено в п. 5 ч. 1 ст. 51 УПК РФ.

д. прокуратура перед судом первой инстанции или перед апелляционным судом лично ходатайствует об этом; в России такое основание отсутствует.

е. ведется упрощенное производство (ст. 358-362); данное основание аналогично тому, которое установлено в п. 7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ.

В остальных случаях обвиняемый имеет право на отказ от защитника.

Анализируя перечень, предусмотренный ст. 150 УПК Швейцарии, можно констатировать, что в нём нет упоминания об обязательном участии защитника, если обвиняемый не отказался от него. Вместе с тем отсутствие данной нормы компенсируется иными основаниями, в первую очередь, обязательным участием защитника, если обвиняемому грозит наказание в виде

⁴⁰² В отличие от Швейцарии, в России имеет место парадокс: по УПК РФ, подозреваемый и обвиняемый имеют право на бесплатную юридическую помощь (на бесплатного защитника), а потерпевший – нет (думается, что прокурора нельзя рассматривать в качестве его «квазизащитника»).

лишения свободы на срок свыше 1 года. В целях более полного обеспечения конституционных прав личности данную норму было бы целесообразно воспринять и отечественному законодательству.

Следуя континентальным процессуальным традициям, УПК Швейцарии не наделяет защитника правом самостоятельно собирать доказательства, поскольку он не является органом, ведущим производство по делу. Никакого параллельного англосаксонского адвокатского расследования Кодекс также не предусматривает. Вместе с тем в отношении защитника действует ч. 1 ст. 147 УПК Швейцарии, согласно которой участники процесса вправе присутствовать при получении доказательств прокуратурой и судом, а также задавать вопросы допрашиваемым лицам.

Потерпевший (*die geschädigte Person*) и жертва преступления⁴⁰³ (*das Opfer*)

В ходе разработки УПК Швейцарии 2007 г.⁴⁰⁴ законодателю с опорой на правовую доктрину⁴⁰⁵ предстояло решить, в частности: целесообразно ли дифференцировать статус потерпевшего, может ли им быть юридическое лицо, с какого момента возникает данное процессуальное положение, какими правами необходимо наделить потерпевшего при возбуждении уголовного преследования. Рассмотрим данные аспекты в сравнительно-правовом контексте.

Первый вопрос. Необходимо ли дифференцировать процессуальный статус данного участника? В рамках компаративистического анализа можно констатировать два законодательных решения. Классический европейский подход, назовём его так, имеющий место в УПК Германии 1877 г.

⁴⁰³ Обоснование данного перевода приведено далее.

⁴⁰⁴ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html> (последний просмотр сайта - 22.11.2013).

⁴⁰⁵ Baumann C. Die Stellung die Geschädigte im schweizerischen Strafprozess. Zürich, 1958; Bommer F. Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen? // ZStrR. 2003, № 4. S. 172ff; Greiner G. Wie kommen durch eine Straftat Geschädigte zu ihrem Geld // ZStrR, 2007. S. 57ff; Lieber W. Art. 115-117 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 492-500; Mazzucchelli G, Postizzi M. Art. 115-116 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 737-777.

(§§ 374- 406h)⁴⁰⁶, Австрии 1975 г. (§§ 65-73)⁴⁰⁷, Лихтенштейна 1988 г. (§§ 31-34)⁴⁰⁸ предполагает, что его статус является *единым*. Исходя из этого, независимо от категории уголовного дела и от объекта преступного посягательства все потерпевшие находятся в равном положении и обладают одинаковым объемом прав и обязанностей. Основное преимущество такого подхода – обеспечение равенства перед законом и судом при производстве по делу. К тому же предоставление одним потерпевшим больше прав, чем другим может повлечь за собой недовольство среди тех из них, у кого прав меньше.

Современное швейцарское уголовно-процессуальное право, в отличие законодательства других европейских государств, исходит из того, что правовое положение лица, в отношении которого совершено преступление, дифференцируется, вследствие чего в этой стране не существует единого статуса потерпевшего. УПК различает понятия «*die geschädigte Person*» и «*das Opfer*». Согласно легальным определениям, содержащимся в Кодексе, первый термин обозначает лицо, права которого нарушены непосредственно совершением преступного деяния (ст. 115), а второй - лицо, физической, сексуальной или психической неприкосновенности которого причинен вред непосредственно в результате совершения преступного деяния (ст. 116). Исходя из этого, представляется целесообразным термин *die geschädigte Person* переводить как «потерпевший», а *das Opfer* как «жертва», поскольку в немецком языке, в том числе в его швейцарском диалекте, последнее слово имеет более сильное лексическое значение. Указанное разграничение было известно далеко не всем кантонам до принятия единого УПК. Более того в фундаментальном учебнике Р. Хаузера и Э. Швери, в котором обстоятельно рассматривается уголовно-процессуальное право кантонов в сравнительном аспекте, даже нет отдельного параграфа, посвящённого жертве преступления;

⁴⁰⁶ URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf> (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

⁴⁰⁷ URL: [http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_\(StPO\).html](http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_(StPO).html) (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

⁴⁰⁸ URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=234980 (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

авторы ограничились анализом статуса потерпевшего⁴⁰⁹ и рассмотрением отдельных гарантий, предоставляемых лицам, в отношении которых совершены половые, насильственные и некоторые другие виды преступлений⁴¹⁰.

При рассмотрении проведенной дифференциации следует иметь ввиду, что жертва преступления – это, в первую очередь, потерпевший, поскольку на него распространяются все относящиеся к нему нормы, но особый, поскольку его статус имеет значительную специфику. Как обоснованно пишет профессор Цюрихского Университета Д. Джоситш, «каждая жертва преступления является потерпевшим, но не каждый потерпевший – жертва преступления»⁴¹¹. Законодатель при построении этих статусов движется от общего к частному.

Анализ соответствующих норм УПК и Федерального закона о помощи жертвам преступлений («*das Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten*») от 23 марта 2007 г.⁴¹² позволяет установить несколько существенных различий между данными процессуальными статусами. Основное – проводится в зависимости от того, какой объект уголовно-правовой охраны подвергся посягательству. Статус жертвы преступления может иметь место только по делам о преступлениях против жизни, здоровья, свободы, половой неприкосновенности и иных сходных с ними деяниях. Во всех остальных случаях, включая совершение в отношении лица уголовного проступка, оно приобретает статус «обычного» потерпевшего.

Другое важное различие – объём их процессуальных прав. Смысл рассматриваемой дифференциации заключается в том, чтобы наделить жертв наиболее тяжких преступлений большими возможностями. Пожалуй, ради этого и задумывалась данная правовая конструкция. Рассмотрим ключевые права этого участника судопроизводства, которых, по общему правилу, нет у потерпевшего:

⁴⁰⁹ Hauser R., Schweri E. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2002. S. 131-132.

⁴¹⁰ Hauser R., Schweri E., op.cit., s. 133.

⁴¹¹ Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009. S. 75.

⁴¹² URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20041159/index.html> (последний просмотр сайта - 22.11.2013).

1) Право на дополнительную личную защиту. Оно выражается в том, что суд может полностью или частично исключить гласность судебных процессуальных действий, если это необходимо для обеспечения подлежащих защите интересов участвующей в деле стороны, особенно жертвы преступления (п. «а» абз. 1 ст. 70 УПК). Органы и частные лица вправе вне судебного производства опубликовывать сведения о личности жертвы и информацию, которая может привести к ее идентификации, только если необходимо содействие населения для раскрытия преступления или розыска подозреваемого или если жертва и ее близкие родственники согласны с опубликованием (абз. 4 ст. 74 Кодекса). Очевидно, ограничение гласности в данном случае направлено на то, чтобы жертва преступления не испытывала психологического дискомфорта, обусловленного наличием информации о данном факте у третьих лиц.

Кроме того, органы уголовного судопроизводства принимают меры, направленные на недопущение встречи жертвы преступления с обвиняемым, если жертва этого требует (ч. 3 ст. 152 Кодекса). По смыслу данной нормы речь идёт как о следственных действиях, так и о повседневной жизни. В отличие от англосаксонских стран, где в связи с открытым перечнем мер принуждения суд вправе предписать запрет обвиняемому приближаться к потерпевшему даже на определённое количество метров⁴¹³, в Швейцарии этот список является исчерпывающим, однако возможность ограничить общение данных лиц в этой стране есть, как показано в данной норме.

2) Право на сопровождение со стороны доверенного лица. Вместе с жертвой преступления вправе находиться при совершении всех процессуальных действиях, помимо представителя, также любое доверенное лицо⁴¹⁴ (ч. 2 ст. 152 УПК). Здесь мы обнаруживаем ещё одно важное различие потерпевшего и жертвы преступления: близкие последнего также могут наделяться дополнительными правами, в частности присутствовать во время следствен-

⁴¹³ URL: <http://rbcdaily.ru/politics/562949983316248> (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

⁴¹⁴ Данный термин УПК Швейцарии использует в единственном числе.

ных действий с его участием. К примеру, жертва изнасилования может прийти на допрос со своей подругой. Лицо находится в состоянии психологического шока, данному человеку нужна особая моральная поддержка. В присутствии друзей ей будет комфортнее давать показания. Данный участник не будет себя чувствовать один на один с государством и сможет легче перенести «двойную виктимизацию». Вместе с тем у данного подхода объективно есть и недостатки: посторонние лица потенциально могут отвлекать прокурора и сотрудников полиции, нарушать порядок в ходе процессуальных действий, давать подсказки допрашиваемому; помимо этого, становится тяжелее сохранить тайну следствия.

В целом, швейцарский опыт в данном вопросе представляет интерес для научного анализа со стороны отечественной правовой доктрины.

3) Право требовать, чтобы допрос производило лицо того же пола (ч. 1 ст. 153 УПК). Им обладают жертвы преступлений против половой неприкосновенности⁴¹⁵. Если прокурор или сотрудник полиции принадлежит к одному полу, а потерпевшая (-ий) – к другому, то ей (ему) будет дискомфортно описывать обстоятельства совершённого уголовно-наказуемого деяния. Между ними объективно возникает подчас трудно преодолимый психологический барьер. Рассмотренная норма позволяет избежать этого и ориентирует жертву преступления на сотрудничество со следствием⁴¹⁶.

4) Право на отказ от дачи показаний. Жертва преступления против половой неприкосновенности вправе в любом случае отказаться отвечать на вопросы, затрагивающие сферу ее интимных отношений (абз. 4 ст. 169 УПК);

⁴¹⁵ Данное право, однако уже с несколько другим содержанием принадлежит жертве преступления и в судебных стадиях процесса. Так, согласно ч. 4 ст. 335 УПК, если суду необходимо рассмотреть дело о преступных деяниях против половой неприкосновенности, то по ходатайству жертвы как минимум один судья должен быть того же пола, что и жертва. В отдельных случаях от этого правила можно допустить отступление, если в рассмотрении дела участвуют жертвы обоих полов.

⁴¹⁶ Дело не в том, что законодатель не доверяет следователю другого пола. Он стремится предоставить жертве преступления еще одну небольшую привилегию с целью уменьшить нравственные и психологические страдания этого человека. Представим ситуацию: пострадавшая от изнасилования стала бояться лиц мужского пола. Пусть в этом случае ее допросит женщина. Известная криминалистическая рекомендация, в соответствии с которой «допрос...потерпевшей от изнасилования целесообразно поручить женщине» (Яблоков Н.П. Криминалистика. М., 2009. С. 318), стала в Швейцарии законом. Избегая положительных или отрицательных оценок, отметим, что данная норма имеет под собой теоретическое обоснование не только в зарубежной, но и в отечественной науке.

соответственно, она не будет нести за это уголовную ответственность. Конечно, такое право может снизить эффективность соответствующих следственных действий и доказательственную ценность их результатов, но защите интересов жертвы преступлений швейцарский законодатель рассматривает как более важную ценность. Публичные интересы отходят на второй план. Данная норма ориентирует сотрудников правоохранительных органов тщательно формулировать вопросы, задаваемые жертве преступления, чтобы не причинить ей дополнительные нравственные страдания.

5) Право на информацию о специальных правах. В соответствии со ст. 305, полиция и прокуратура информируют данное лицо исчерпывающим образом: о местах нахождения и задачах консультационных учреждений для жертв уголовно-наказуемых деяний, о возможности требовать различные выплаты для жертв преступлений, о сроке для направления ходатайства о возмещении и удовлетворении требований⁴¹⁷. По смыслу данной нормы информирование происходит независимо от того, заявлено ли об этом соответствующее ходатайство.

Существенная гарантия прав жертвы преступления состоит в том, что их осуществление не зависит от исхода расследования, признания подсудимого виновным, а также от формы вины, с которой совершено данное преступление (ч. 3 ст. 1 Закона о помощи жертвам преступлений). За рамками УПК данный правовой акт наделяет этого участника дополнительными правами по получению помощи в следующих формах:

- а. консультация и неотложная помощь (*die Beratung und die Soforthilfe*);
- б. долгосрочная помощь консультационных учреждений («*die längerfristige Hilfe der Beratungsstellen*»);
- в. пожертвования в качестве долгосрочной помощи третьих лиц («*die Kostenbeiträge für längerfristige Hilfe Dritter*»);

⁴¹⁷ Важная гарантия этого права: в соответствии с ч. 3 ст. 330 УПК Швейцарии, при рассмотрении дела по существу суд информирует жертву о ее правах, поскольку органы уголовного судопроизводства не выполнили этого ранее.

d. возмещение вреда («*die Entschädigung*») – в соответствии со ст. 19-21 указанного закона, кантон возмещает жертве преступления имущественный, моральный и иные виды вреда в размере до 120 (!) тыс. франков⁴¹⁸;

e. компенсация («*die Genugtuung*») – по смыслу ст. 22-23 данного нормативного правового акта имеется ввиду денежная сумма, выплачиваемая кантоном сверх возмещения вреда, предусмотренного в п. «d», «если тяжесть нарушения интересов это оправдывает» («*wenn die Schwere der Beeinträchtigung es rechtfertigt*»); закон предусматривает дополнительную выплату жертве преступления в размере до 70 (!) тыс. франков, а ее родственникам – до 35 (!) тыс. фр.

f. освобождение от уплаты государственных пошлин («*die Befreiung von Verfahrenskosten*»)⁴¹⁹.

Как известно, в России также предпринимались попытки создания специальных фондов для выплаты из них денежных средств потерпевшим от преступлений, однако пока они не увенчались успехом и не нашли отражение в бюджетном законодательстве.

Важно отметить, что рассмотренные выше возможности в научной литературе обычно рассматриваются именно в качестве прав жертвы преступления, а не его обязанностей. Вместе с тем, как утверждает профессор Д. Джоситш, отказаться можно лишь от отдельных прав, но не от своего процессуального статуса в целом⁴²⁰. Очевидно, это обусловлено тем, что данный участник в любой момент вправе изменить решение и реализовать свои права.

Критический анализ норм, наделяющих жертв преступления различными привилегиями, предполагает понимание того, что государство тем самым подчас ослабляет право обвиняемого на защиту. Например, возмож-

⁴¹⁸ По состоянию на 02.07.2014 г. курс швейцарского франка по отношению к рублю составлял 38,5792 рублей. Следовательно, 120 тыс. шв. франков – это 4 миллиона 629 тысяч 504 рубля. Информация с официального сайта ЦБ РФ: http://www.cbr.ru/currency_base/daily.aspx?date_req=02.07.2014.

⁴¹⁹ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20041159/index.html> (последний просмотр сайта - 05.05.2013).

⁴²⁰ Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009. S. 75.

ность жертвы преступления отказаться отвечать на вопросы, затрагивающие интимные сферы ее жизни, может затруднить доказывание невиновности лица в совершении половых преступлений. Вместе с тем швейцарский законодатель расширяет и права обвиняемого, в частности на стадии дознания предусматривает институт «защитника первого часа».

В целом швейцарский опыт дифференциации потерпевших также представляет интерес для научного анализа со стороны российской правовой доктрины.

Второй вопрос. С какого момента потерпевший и жертва преступления приобретают свой уголовно-процессуальный статус?

Составители УПК Швейцарии, как и большинства стран западной Европы, стремились избегать каких-либо формальностей, которые могут ущемить права потерпевшего и жертвы преступления. В данном Кодексе нашло отражение исключительно материальное понимание статуса данных участников процесса. В ст. 115-116 УПК установлено, что потерпевшим и жертвой преступления являются лица, которым причинён вред. В разделе 3 «Потерпевший, жертва преступления и частное обвинение» титула 3 нигде не содержится указания на то, что они наделяются данными статусами с момента принятия компетентными органами соответствующего решения. Следовательно, отсутствие постановления органа, ведущего производство по делу, о признании лица потерпевшим или жертвой преступления не может рассматриваться в качестве препятствия для осуществления им своих прав. Например, если в отношении лица совершено изнасилование, то уже с этого момента жертва имеет право на дополнительную личную защиту, на сопровождение со стороны доверенного лица, а также требовать, чтобы допрос производило лицо того же пола⁴²¹. В свою очередь возмещение ущерба, причиненного обвиняемым, состоится лишь после установления обстоятельств дела в

⁴²¹ Теоретически можно представить ситуацию, когда лицо сообщает ложные сведения о совершённом в отношении него преступлении. УПК Швейцарии не содержит ответа на вопрос, как быть в таком случае. Очевидно, что всё равно некоторые из данных прав будут принадлежать ему с самого начала (например, прийти на допрос с доверенным лицом).

предусмотренном законом порядке⁴²². Иное привело бы к нарушению процессуальной определенности.

В свою очередь для отечественного правопорядка (как и для большинства стран СНГ) является традиционным выделение формального и материального аспекта в статусе потерпевшего. С одной стороны, им является тот, кому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а с другой – лицо, в отношении которого орган, ведущий производство по делу, издал соответствующий процессуальный документ.

Таким образом, различие между российским и швейцарским подходом, хотя и сохраняется, но стало менее ощутимым. При этом нормы отечественного УПК представляются более обоснованными, поскольку, если любое лицо, считающее себя потерпевшим, будет требовать признания за ним соответствующих прав и их осуществления, это приведет к нарушению правовой определенности в уголовном процессе.

Третий вопрос. Насколько широкими правами по инициированию производства по делу обладает потерпевший (применительно к Швейцарии также и жертва преступления)?

Компаративистический анализ позволяет установить, что к настоящему времени сложились два основных законодательных подхода: в рамках *французского* – потерпевший, совершив определённые действия, вправе стать инициатором уголовного преследования по любому делу (ч. 2 ст. 1 УПК Франции)⁴²³, в рамках *немецкого* – только в отношении чётко названных в законе преступных деяний, круг которых достаточно узок (к примеру, § 205 УК и др.)⁴²⁴.

Составители УПК Швейцарии 2007 г., следуя немецкому подходу, сохранили систему, установленную ещё в Уголовном кодексе 1937 г. В соот-

⁴²² По смыслу УПК Швейцарии предполагается, что установление размера ущерба, причиненного обвиняемым, не может произойти на стадии полицейского дознания, поскольку при наличии достаточных данных о совершенном им преступлении должно начаться предварительное следствие.

⁴²³ В рамках концепции так называемого «публичного иска».

⁴²⁴ Головки Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 286-290.

ветствии с ним, если деяние преследуется только по жалобе, то её вправе заявить любое заинтересованное лицо (ст. 30 УК). Реализация данного права ограничена трёхмесячным сроком. Отзыв жалобы возможен до момента вынесения приговора кантональным судом второй инстанции (ст. 31 УК)⁴²⁵. Данные нормы показывают преимущественно публично-правовое понимание природы уголовного процесса в законодательстве и правовой доктрине этой страны.

Таким образом, анализ соответствующих норм швейцарского УПК позволяет прийти к следующим выводам:

1) Наделение жертв преступлений самостоятельным, обособленным процессуальным статусом способствует более тщательной защите их прав. К сожалению, предоставить такие «привилегии» всем потерпевшим невозможно, поскольку это повлечет значительные материальные затраты и затруднит производство некоторых следственных действий, однако в отдельных случаях это действительно необходимо, в связи с чем швейцарский законодатель ставит на первое место интересы не государства, а личности. Кроме того, он стремится защитить интересы жертвы преступления более комплексно: не только в рамках уголовного процесса, но и за его пределами (предоставление различного рода льгот и компенсаций).

2) Установление формального момента, с которого лицо приобретает статус потерпевшего, практически всегда ограничивает его право на защиту, поскольку до этого рубежа оно *de facto* является процессуально бесправным. Швейцарский законодатель, придерживающийся материального понимания статуса потерпевшего, смог избежать этого.

3) Публично-правовая природа швейцарского уголовного процесса находит свое отражение в том числе и на примере института потерпевшего, который может инициировать производство лишь по узкому кругу дел, предусмотренных в законе. Их перечень закреплён не в УПК, как в России, а

⁴²⁵ Подробное рассмотрение производства по делам частного обвинения не входит в предмет исследования настоящей работы.

в УК. Во всех остальных случаях возбуждение уголовного преследования является исключительной прерогативой прокуратуры.

§2. Заключение под стражу и иные меры принуждения на стадии предварительного следствия

Предварительное следствие предполагает применение принуждения, в том числе связанного с изоляцией обвиняемого от общества. В этой связи составителям Кодекса с опорой на правовую доктрину⁴²⁶, предстояло при организации данных стадий судопроизводства, в частности, решить: какое место должно занимать заключение под стражу среди мер принуждения (в том числе связанных с лишением свободы), целесообразно ли его дифференцировать, кого наделить полномочием предписывать данную меру принуждения, к кому она может применяться, как сформулировать основания ее избрания, какой срок определить в качестве максимальной продолжительности заключения под стражу, допустить ли его обжалование. Поскольку данные вопросы объективно приходится решать любому законодателю, швейцарский опыт представляет значительный интерес для сравнительно-правовых исследований. Рассмотрим указанные проблемы в обозначенном выше порядке.

Первый вопрос. Какое место занимает заключение под стражу среди мер принуждения? Поскольку в целом ряде основополагающих международно-правовых документов, закрепляется неотъемлемое право каждого лица на свободу (ст. 1 Всеобщей декларации прав человека 1948 г., ст. 5 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод 1950 г., ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах), заключению под стражу в большинстве современных процессуальных систем отводится исключительное положение. Одни страны пришли к этому раньше⁴²⁷, другие

⁴²⁶ Hug M. Art. 220-236 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1078-1154; Forster M. Art. 220-233, Härrli M. Art. 234-236 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 1451-1563; Hansjakob T. Zwangsmaßnahmen in der neuen Eidg. StPO // ZStrR, № 126, 2008. S. 90 ff.

⁴²⁷ Так, во Франции, как справедливо отмечает Л.В. Головкин, «исключительный характер данного института был предусмотрен ещё законом от 14 июля 1865 г.» (Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 126).

позже, но сейчас такое понимание является общеевропейским стандартом. Вместе с тем в сравнительно-правовом контексте можно выделить два основных подхода к вопросу о том, как оно соотносится с другими мерами принуждения. В одних государствах проводится их взаимное противопоставление. Так, в Англии законодатель выделяет только заключение под стражу и так называемый *bail*⁴²⁸, к которому относятся различные альтернативы заключению. Для других стран, такой подход не характерен: несмотря на особое, исключительное место заключения под стражу, иные меры, как правило, имеют самостоятельный характер. Более того, обычно закон не использует какое-либо понятие, которое было бы для них обобщающим (например, не встречается указание на то, что они являются «более мягкими», или «альтернативными» мерами принуждения); регулирование каждой из них производится обособленно. В качестве примера можно привести Германию.

Какое значение имеют данные модели? С одной стороны, они связаны с выбранной законодателем юридической техникой, а с другой – показывают, насколько автономна каждая мера принуждения, не связанная с заключением под стражу.

УПК Швейцарии разграничивает заключение под стражу и так называемые «альтернативные меры принуждения» (*die Ersatzmassnahmen*), к которым относятся залог, изъятие документов или официальных бумаг, возложение обязательства находиться только одному или с кем-либо в определенном месте или доме, регулярно отмечаться в соответствующих органах, выполнять определенную работу, подвергнуться медицинскому лечению или контролю, запрет вступать в контакты с конкретными лицами⁴²⁹.

Мы видим, что УПК Швейцарии, в отличие от законодательства англосаксонских государств, устанавливает исчерпывающий перечень мер процес-

⁴²⁸ В литературе справедливо отмечается, что любое оставление на свободе лица, в отношении которого есть основания для заключения под стражу, в Англии понимается как *bail* // Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 111.

⁴²⁹ В связи с ограниченным объемом данной работы рассмотреть каждую из них в отдельности, к сожалению, не представляется возможным, в связи с чем в данном параграфе сделан акцент именно на институт заключения под стражу.

суального принуждения⁴³⁰. Вместе с тем, как и в большинстве современных зарубежных стран, в частности Франции и Германии, допускается применение нескольких из них одновременно⁴³¹ (например, залог может сочетаться с возложением обязанности регулярно отмечаться в соответствующих органах).

Правильное определение правовой природы заключения под стражу позволяет отграничить его от института задержания, также известного швейцарскому правопорядку. Кратковременное лишение свободы предусмотрено фактически в любой правовой системе, однако в данной стране этот институт имеет существенную особенность. УПК Швейцарии дифференцирует полицейское задержание (*die polizeiliche Anhaltung*, Art. 215-216) и уголовно-процессуальное задержание (*die vorläufige Festnahme*, Art. 217-219)⁴³². Они различаются по целому ряду признаков⁴³³, но в любом случае по окончании

⁴³⁰ Согласно п. «а» ч. 1 ст. 197 УПК Швейцарии, меры принуждения могут быть предписаны, только если предусмотрены законом.

⁴³¹ Согласно ч. 1 ст. 237 УПК Швейцарии, компетентный суд предписывает вместо заключения под стражу в досудебном или судебном производстве одну или несколько более мягких мер процессуального принуждения, если они приведут к той же цели, что и заключение.

⁴³² Перевод данных терминов на русский язык является авторским, поскольку в отечественном правопорядке подобные конструкции отсутствуют. УПК РФ в ст. 91-96 регулирует процедуру задержания единым образом.

⁴³³ Во-первых, полицейское задержание является правом сотрудников полиции, а уголовно-процессуальное – обязанностью. Во-вторых, у них разные предпосылки и целевая направленность: полицейское задержание производится тогда, когда в отношении лица еще не существуют убедительные и обоснованные подозрения о совершении им преступного деяния, а уголовно-процессуальное – если оно задерживается по горячим следам или на основе ранее изданного мотивированного постановления. В-третьих, они производятся различными субъектами: полицейское задержание вправе предпринять только полиция, хотя в отдельных случаях и с привлечением населения, а уголовно-процессуальное – не только полиция, но и частные лица самостоятельно. Исходя из этого с некоторой долей условности термин *die Anhaltung* представляется уместным переводить как предварительное задержание, поскольку уголовный процесс еще как таковой не начался и не ясно, имело ли место преступное деяние, а понятие *die vorläufige Festnahme* как уголовно-процессуальное задержание, поскольку факт его совершения очевиден. В-четвертых, у них разные сроки. В случае уголовно-процессуального задержания прокуратура должна не позднее 48 часов либо освободить данное лицо либо направить в суд по вопросам мер принуждения ходатайство о заключении под стражу (ч. 2 ст. 224 УПК). В свою очередь продолжительность предварительного задержания в законе не указана. Это можно объяснить тем, что, во-первых, оно может и не сопровождаться доставлением в полицейский участок (ч. 1 ст. 215 Кодекса) – в этом случае задержание по сути представляет собой обычную проверку документов, сопряженную с временным фактическим ограничением передвижения – и, во-вторых, согласно ч. 2 ст. 216 УПК, если в отношении лица, подвергнутого предварительному задержанию, должно быть применено уголовно-процессуальное задержание, то оно незамедлительно передается в компетентные органы и в этом случае уже начинают действовать сроки, относящиеся к уголовно-процессуальному задержанию. В связи с этим предварительное задержание по УПК Швейцарии имеет отдельные черты, характерные для российского административного задержания. Как отмечается в научной литературе, «является очевидным, что срок предварительного задержания не может достигать уголовно-процессуального» (Albertini G., Art. 215 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 1428).

установленного срока в отношении данного лица суд по вопросам мер принуждения предписывает освобождение или заключение под стражу.

Второй вопрос. Дифференцирует ли законодатель заключение под стражу. В большинстве современных государств оно представляет собой единую правовую конструкцию, а в законе устанавливаются лишь особенности ее исполнения в отношении несовершеннолетних, военнослужащих и т.д. В частности, во Франции (ст. 137 УПК)⁴³⁴, Германии (§§ 112-130 УПК)⁴³⁵, Австрии (§§ 173-181)⁴³⁶, Лихтенштейне (§§ 125-137a)⁴³⁷ заключение под стражу представляет собой *одну* меру принуждения.

Швейцарский законодатель придерживаются в этом вопросе подхода, не характерного для соседних правовых порядков. УПК 2007 г. разграничивает две самостоятельные процессуальные конструкции: так называемые «заключение под стражу в досудебном производстве» (*die Untersuchungshaft*) и «заключение под стражу в судебном производстве» (*die Sicherheitshaft*)⁴³⁸. Чем же они различаются и каковы цели такой дифференциации?

По смыслу ст. 220 данного Кодекса, заключение под стражу в досудебном производстве представляет собой изоляцию обвиняемого от общества, которая начинается с ее предписания судом по вопросам мер принуждения и завершается после направления обвинения в суд первой инстанции, досрочного исполнения санкции, связанной с лишением свободы, или освобождения обвиняемого во время досудебного заключения под стражу. В качестве заключения под стражу в судебном производстве понимается сходная мера в период между направлением обвинения в суд первой инстанции и вступле-

⁴³⁴ URL: http://www.oas.org/juridico/mla/fr/hti/fr_hti_mla_instruction.html#_Toc37075855 (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

⁴³⁵ URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf> (последний просмотр сайта - 22.11.2013).

⁴³⁶ URL: [http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_\(StPO\).html](http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_(StPO).html) (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

⁴³⁷ URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=234980 (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

⁴³⁸ Перевод данных уголовно-процессуальных терминов является авторским, поскольку в Швейцарии не существует единой категории, обозначающей заключение под стражу. Очевидно, понятия «*die Untersuchungshaft*» (*die Untersuchung* – следствие, *die Haft* – заключение под стражу) и «*die Sicherheitshaft*» (*die Sicherheit* – безопасность, *die Haft* – заключение под стражу) не следует воспринимать буквально, поскольку первое пришлось бы перевести как «следственное заключение под стражу», а второе как «заключение под стражу, направленное на обеспечение безопасности» и их подлинный смысл остался бы неясным. Гораздо важнее то, на какой стадии процесса они применяются: *die Untersuchungshaft* предписывается в досудебных стадиях процесса, а *die Sicherheitshaft* – в судебных.

нием в законную силу приговора, предписывающего лишение свободы или освобождение. Следовательно, основное различие состоит в том, на какой стадии уголовного процесса избирается и прекращается данная мера принуждения.

В швейцарской науке отмечается ещё одно важное различие между ними – их целевая направленность⁴³⁹. Заключение под стражу в досудебном производстве, главным образом, необходимо для того, чтобы обвиняемый не препятствовал собиранию доказательств. В свою очередь к моменту рассмотрения дела по существу они уже получены, следовательно, больше нет необходимости жестко изолировать лицо от общества (при отсутствии опасности побега и давления на других участников процесса).

В связи с тем, что никакие другие различия между этими мерами принуждения Кодекс не устанавливает, такое разграничение представляется несколько искусственным и формализованным, поскольку у них единое содержание – лицо в обоих случаях помещено в соответствующее государственное учреждение, обеспечивающее жесткую изоляцию от общества.

Нельзя пройти мимо нескольких интересных особенностей рассматриваемого института в швейцарском УПК. Если подсудимый признан невиновным, но прокурор немедленно подал апелляционную жалобу, то суд вправе оставить *оправданного* под стражей (ч. 2 ст. 231). На первый взгляд, логика законодателя понятна: лицо может скрыться, опасаясь, что вышестоящий суд отменит приговор; к тому же если судья, рассмотревший дело по первой инстанции, в силу причин коррупционного характера вынес заведомо неправосудный оправдательный приговор подсудимому, то при ином законодательном решении последний мог бы быть уверен, что точно окажется на свободе и сможет скрыться. Вместе с тем для большинства европейских правовых порядков такой подход не характерен⁴⁴⁰, поскольку он вступает в конфликт с

⁴³⁹ Forster M. Art. 220 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 1453; Hug M. Art. 221 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1084.

⁴⁴⁰ В частности российский законодатель в ст. 312 УПК придерживается диаметрально противоположного подхода.

принципом презумпции невиновности⁴⁴¹ и существенно снижает значение оправдательного приговора. Независимо от того, какой приговор вынесен, лицо все равно может быть оставлено в заключении.

Ещё одна особенность - швейцарский законодатель, в отличие, к примеру, от российского, в ст. 234-236 УПК подробно регулирует вопросы, связанные с пребыванием лица в арестном доме (используя отечественную терминологию – в СИЗО) и рассматривает соответствующие отношения, в первую очередь, как предмет уголовно-процессуального регулирования. Прогрессивно положение о том, что заключенный может быть ограничен в своей личной свободе лишь настолько, насколько это требуется для обеспечения цели задержания, порядка и безопасности в арестном доме.

Дифференциация заключения под стражу по аналогичному критерию характерна также для действующих в Швейцарии Ювенального УПК (ст. 27) и Военного УПК (ст. 56).

Третий вопрос. Кто уполномочен предписать заключение лица под стражу в досудебном производстве?⁴⁴² Сравнительно-правовой и исторический анализ позволяют выделить три законодательные решения.

В одних странах данную меру принуждения избирают должностное лицо или орган, ведущий производство по делу. Так, средневековый следственный судья «выезжал» на место преступления, совершал процессуальные действия, устанавливал обвиняемого, заключал его под стражу и в конечном итоге сам выносил ему приговор. В современный период указанные должностные лица могут либо относиться к судебному ведомству, если предварительное следствие носит судебный характер (в качестве примера уместно привести УПК Франции 1958 г.⁴⁴³), либо, наоборот, не принадлежать к нему, если оно возложено на прокуратуру и иные внесудебные органы (в частности

⁴⁴¹ Конечно, УПК Швейцарии 2007 г. тоже закрепляет презумпцию невинности (*die Unschuldsvermutung*), однако он сосуществует с возможностью оставить оправданное лицо в заключении под стражей.

⁴⁴² Логично, что в судебном производстве – это всегда исключительная прерогатива суда.

⁴⁴³ В соответствии с Законом от 15 июня 2000 г., заключение под стражу отнесено к компетенции «судьи по свободам и заключению», который входит в судебский корпус // Головки Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 334.

речь идет о советском уголовном процессе после 1928 г.)⁴⁴⁴. В обоих случаях суть законодательного подхода одна и та же: функции расследования и заключения под стражу *de facto* жестко не разделены, поскольку осуществляются в рамках одной ветви власти (даже если эти полномочия выполняют различные должностные лица). *В еще одной группе государств* дознание или предварительное следствие производит один орган, а заключение под стражу избирает другой – им может быть только суд. Не исключается, что именно этот орган в дальнейшем будет рассматривать данное уголовное дело по первой инстанции. В качестве примера можно привести современную Россию. И хотя законодатель предпринимает определенные усилия⁴⁴⁵, всё равно существует возможность того, что дело попадёт на рассмотрение именно к этому судье, поскольку многие районные суды в нашей стране являются одноставными. *В некоторых современных странах* в настоящее время вопрос о заключении под стражу решает не просто суд, а специально уполномоченный, обособленный судебный орган, который ни в организационном, ни в функциональном отношении не связан с судом первой инстанции, которому предстоит рассмотреть дело по существу. В настоящее время такой подход в полной мере реализован в отдельных швейцарских кантонах (например, в Базель-Ландшафт). Кроме того, в отличие от Франции, где введена должность «судьи по свободам и заключению», и Германии, в которой данные полномочия возлагаются на одного из судей компетентного суда, швейцарское законодательство допускает создание на уровне кантонов коллегиально действующего суда по вопросам мер принуждения (далее показано, что кантоны не воспользовались указанной возможностью).

⁴⁴⁴ Такой подход можно встретить и на постсоветском пространстве. Яркий пример – УПК Республики Беларусь от 16 июля 1999 г., устанавливающий в ч. 2 ст. 119, что на стадии предварительного расследования заключение под стражу, домашний арест и залог могут применяться прокурором или его заместителем либо Министром внутренних дел Республики Беларусь, Председателем Комитета государственной безопасности Республики Беларусь, заместителем Председателя Комитета государственного контроля Республики Беларусь – директором Департамента финансовых расследований или лицами, исполняющими их обязанности, либо органом дознания, следователем с санкции прокурора или его заместителя, а на стадии судебного разбирательства – судом.

⁴⁴⁵ Так, Федеральным законом от 04.07.2003 N 92-ФЗ в ст. 109 УПК РФ введена ч. 13, согласно которой не допускается возложение полномочий, предусмотренных настоящей статьей, на одного и того же судью на постоянной основе; эти полномочия распределяются между судьями соответствующего суда в соответствии с принципом распределения уголовных дел.

Одна из главных новелл принятого в 2007 г. УПК – создание Судов по вопросам мер принуждения («*die Zwangsmassnahmengerichte*»). Они являются единственными в Швейцарии органами, уполномоченными предписывать в досудебном производстве заключение под стражу⁴⁴⁶ (за немногочисленными изъятиями, предусмотренными в нормах о правосудии по делам несовершеннолетних и военнослужащих).

Организация и порядок деятельности данного органа определены в законе об организации органов уголовного судопроизводства Федерации (*das Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes*) от 19 марта 2010 г. В Швейцарии, как и в России, существует двухуровневая судебная система, включающая в себя федеральные суды и суды субъектов федерации (кантонов). Законодатель относит суды по вопросам мер принуждения к числу кантональных судов, стремясь подчеркнуть их обособленность от федеральной судебной системы. Компетенцией по избранию заключения под стражу обладает суд по месту совершения уголовно-наказуемого деяния.

Высокое значение постановлений суда по вопросам мер принуждения состоит в том, что единственный орган, уполномоченный отменить их – это Федеральный уголовный суд⁴⁴⁷ (*das Bundesstrafgericht*), расположенный в Беллинцоне⁴⁴⁸, который является высшим судебным органом по рассмотрению уголовных дел.

Насколько данные суды обособлены от других государственных органов? Согласно Посланию Федерального собрания от 21.12.2005, «свобода в организации органов уголовного судопроизводства (ст. 14 УПК) предоставляет... в этой области широкие рамки для их построения. Федерация и кантоны в значительной степени свободны в том, какой суд наделить функциями

⁴⁴⁶ Согласно ч. 1 ст. 18 УПК, «суд по вопросам мер принуждения компетентен издавать постановление о досудебном и судебном заключении под стражу и, поскольку это предусматривает данный закон, постановление о санкционировании продления мер принуждения...». В соответствии с ч. 2 ст. 224 УПК Швейцарии, «если подозрения в совершении преступления и основания для заключения подтвердились, то прокуратура заявляет ходатайство перед судом по вопросам мер принуждения...».

⁴⁴⁷ В соответствии с ч. 3 ст. 65 Закона об организации органов уголовного судопроизводства Федерации, жалобы в отношении указанных решений рассматривает Федеральный уголовный суд.

⁴⁴⁸ Город Беллинцона – столица швейцарского кантона Тичино (Большая Советская Энциклопедия. Том 29. М., 1978. С. 318).

Суда по вопросам мер принуждения... Остается на усмотрение... кантонов, кому доверить исполнение данных задач: обособленному от иных судов первой инстанции суду по вопросам мер принуждения, палате суда первой инстанции... или единоличному судье»⁴⁴⁹. При этом подлежит применению ч. 2 ст. 18 УПК Швейцарии, согласно которой члены суда по вопросам мер принуждения в том же самом деле не вправе действовать в качестве судей, рассматривающих его по существу.

Системный анализ позволяет выявить, что лишь в трех немецкоязычных кантонах (Базель-Ландшафт, Тургау и Люцерн) функции по избранию мер принуждения возложены на специальных судей⁴⁵⁰. Во всех остальных – их осуществляют судьи, рассматривающие уголовные, гражданские и иные дела.

В каком составе функционируют суды по вопросам мер принуждения: единоличном или коллегиальном? Нужно иметь в виду, что федеральное законодательство в судах по вопросам мер принуждения допускает рассмотрение дела различными составами. Тем не менее, несмотря на «большое пространство для региональной децентрализации, для выбора между коллегиальным и единоличным составом суда»⁴⁵¹, законодательство всех немецкоязычных швейцарских кантонов (21 кантон из 26) предусматривает только единоличное рассмотрение дела⁴⁵².

В швейцарской литературе справедливо отмечается, что главная цель создания судов по вопросам принуждения – установить противовес обширным полномочиям прокуратуры⁴⁵³. Как известно, ныне действующий УПК этой страны опирается на рассмотренную в первой главе диссертационного исследования модель прокуратуры II, и, как пишут К. Риедо и Г. Фиолка, по

⁴⁴⁹ URL: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

⁴⁵⁰ См. Приложение 1. Добавим также, что официальные сайты кантональных судов Цюриха и Берна в связи с отсутствием указанной информации на их страницах, к сожалению, не позволяют установить, возложены ли функции по избранию мер принуждения на специальных судей.

⁴⁵¹ Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009. S. 57.

⁴⁵² См. Приложение № 2.

⁴⁵³ Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September 2008. URL: <http://stgallerjuristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf> (последний просмотр сайта - 30.01.2014).

этой причине законодатель счел необходимым создать ей баланс⁴⁵⁴. Можно утверждать, что речь идёт о системе своего рода «сдержек и противовесов» в досудебных стадиях уголовного процесса.

Гарантии прав обвиняемого, связанные с деятельностью Суда по вопросам мер принуждения, не предусмотрены в Военном УПК Швейцарии. Согласно ст. 56 данного Кодекса, заключение обвиняемого под стражу производится на основании письменного приказа следственного судьи, а после окончания предварительного следствия – председателя компетентного суда. Ювенальный УПК, напротив, предполагает, что заключение под стражу предписывает суд по вопросам мер принуждения (ст. 27).

Целесообразно ли нашей стране ориентироваться в данном вопросе на опыт кантонов Базель-Ландшафт, Тургау и Люцерн? С одной стороны, прогресс данной реформы налицо, и она имеет очевидные преимущества. Если один и тот же орган решает вопрос о заключении под стражу и рассматривает дело по существу, то вынесение оправдательного приговора может оказаться затруднительным, поскольку у судьи уже, возможно, сложилось внутреннее убеждение в виновности данного лица. Кроме того, у вышестоящих судебных органов возникнет небезосновательный вопрос, почему в отношении обвиняемого неоднократно предписывалось заключение под стражу, а затем он оправдан. Если судья при рассмотрении дела по существу осознает, что заключение под стражу избрано без достаточных оснований, то он может недобросовестным образом постановить обвинительный приговор, чтобы скрыть свои прошлые ошибки. С другой стороны, одобряя саму концепцию швейцарской реформы, следует констатировать, что для внедрения ее на российскую почву необходимо тщательно проработать и обсудить данный вопрос.

Представляется необходимым вернуться к норме, содержащейся в первоначальной редакции п. 1 ч. 2 ст. 63 УПК РФ, согласно которой судья не

⁴⁵⁴ Riedo C., Fiolka G. Polizeiliche Ermittlung und Vorverfahren. Einleitung des Vorverfahrens – Anwalt der ersten Stunde – Intensität der Strafverfolgung // Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010. S. 13.

может участвовать в рассмотрении уголовного дела в суде первой инстанции, если он в ходе досудебного производства принимал решение о применении к подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу либо о продлении срока содержания обвиняемого под стражей⁴⁵⁵.

Четвертый вопрос. Кого можно заключить под стражу? Вопреки кажущейся ясности, сравнительно-правовой анализ позволяет выделить два законодательных решения.

Французский подход предполагает, что данную меру можно применить исключительно к лицу, в отношении которого ведется производство по делу⁴⁵⁶ (ст. 137 УПК). *Немецкий подход*, напротив, допускает возможность своего рода «квази заключения под стражу» в качестве меры принуждения также и в отношении свидетеля⁴⁵⁷, который отказывается давать показания (§§ 70). Согласно ч. 2 § 70 УПК ФРГ, для принуждения свидетеля к даче показаний может быть предписано его заключение (*«auch kann zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft angeordnet...»*), однако его сроки не должны превышать сроки окончания производства в суде первой инстанции или период, более чем 6 месяцев. Конечно, можно возразить, указав, что по сути - это обычный административный арест, но при внимательном рассмотрении обнаруживаются различия: указанное заключение свидетеля не мыслится в отрыве от расследования и рассмотрения конкретного уголовного дела и оканчивается вместе с ним. Следовательно, речь идет именно о мере принуждения, а не о наказании. В таком подходе есть определенная логика – наказать свидетеля можно и потом, а вот приговор по делу, в котором он имеет данный процессуальный статус, нужно постановить уже сейчас. Вместе с тем соответствующие нормы УПК ФРГ не в полной мере соответствуют принци-

⁴⁵⁵ По нашему мнению, если односоставный районный суд избрал меру принуждения или санкционировал следственные действия или если судье данного суда заявлен мотивированный отвод, то в законе следовало бы предусмотреть возможность рассмотрения дела по существу в «соседнем» районном суде.

⁴⁵⁶ Во избежание инквизиционного уклона уголовного процесса французский законодатель вместо привычного понятия «обвиняемый» использует нейтральную категорию «лицо, привлеченное к рассмотрению».

⁴⁵⁷ Когда речь идет о заключении под стражу обвиняемого, немецкий законодатель обозначает его термином *die Untersuchungshaft*; в данном же случае используется понятие *die Haft* (заключение).

пу гуманизма и современным тенденциям по либерализации уголовного судопроизводства.

Швейцарский законодатель придерживается французского подхода. И заключение под стражу на стадии предварительного следствия может применяться только по отношению к обвиняемому⁴⁵⁸. Более того: любые другие меры принуждения, которые затрагивают основные права не обвиняемых, а иных лиц, должны назначаться «особенно сдержанно» (ч. 3 ст. 197 УПК). Думается, это оптимальное решение проблемы.

Пятый вопрос. Каковы основания для предписания заключения под стражу и существуют ли прямые законодательные запреты для его избрания.

Поскольку данная мера принуждения является наиболее строгой из тех, которую предусматривают современные законодательства, как правило, соответствующие правовые акты устанавливают ее исключительный характер. Основания для предписания этой меры сформулированы жестко. Тем не менее к настоящему времени сложились два основных законодательных решения. В рамках *первого подхода* для заключения под стражу не требуются какие-либо основания, связанные с наличием данных о причастности лица к уголовно-наказуемому деянию. Единственное условие – выдвинутое в отношении него обвинение в совершении преступления определенной категории. Наличие или отсутствие доказательственной базы *de jure* для заключения под стражу не имеет значения⁴⁵⁹. Яркий пример – ныне действующий УПК Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. В соответствии ч. 1 ст. 126 данного Кодекса, к лицам, подозреваемым или обвиняемым в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, мера пресечения в виде заключения под стражу может быть применена *по мотивам одной лишь тяжести преступления* (второе предложение в ч. 1 данной статьи)⁴⁶⁰. *Второй подход*, наоборот,

⁴⁵⁸ Сноска о том, когда лицо приобретает процессуальный статус обвиняемого на с. 81.

⁴⁵⁹ Данное положение смягчается тем, что достаточные данные требуются для предъявления обвинения. Согласно ч. 1 ст. 240 УПК Республики Беларусь, «при наличии достаточных доказательств, дающих основания для предъявления лицу обвинения в совершении преступления, следователь, дознаватель выносят мотивированное постановление о привлечении его в качестве обвиняемого».

⁴⁶⁰ Очевидно, данная норма восходит к п. 2 ст. 34 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик от 25.12.1958: «К лицам, обвиняемым в совершении наиболее тяжких преступлений, пере-

предполагает, что заключение под стражу можно предписать только при наличии конкретных, фактических обстоятельств, указывающих на причастность лица к совершению преступления (например, из этого исходит ч. 1 ст. 108 УПК РФ); при этом суд должен изучить конкретные доказательства вины данного лица.

Швейцарский законодатель приложил все усилия, чтобы данная мера принуждения применялась как можно реже и только при особой необходимости. В соответствии со ст. 221 УПК 2007 г., заключение под стражу допустимо только тогда, когда существуют серьезные подозрения (*«dringend verdächtig»*)⁴⁶¹ в совершении преступления или уголовного проступка и есть основания опасаться того, что данное лицо:

а. при помощи бегства уклонится от участия в уголовном судопроизводстве или от ожидаемой санкции;

б. повлияет на лиц или на доказательства, чтобы помешать установлению истины; или⁴⁶²

с. посредством совершения тяжких преступлений или уголовных проступков существенным образом угрожает безопасности других лиц после того, как оно уже совершило аналогичные деяния.

Из данной правовой нормы следует, что для избрания заключения под стражу необходимы два обстоятельства. Одно из них относится к настоящему времени – наличие уже в данный момент серьезного подозрения, другое же имеет гипотетический характер и обращено к будущему – возможность совершения лицом неправомерных действий в дальнейшем. При этом, как

чень которых устанавливается законом, заключение под стражу может быть применено по мотивам одной лишь опасности преступления» // СПС «Консультант Плюс», 2013.

⁴⁶¹ Дословное значение данного выражения: «настоятельно подозревается». Тем не менее, опираясь на научные традиции, мы используем более устоявшийся перевод этого словосочетания – «серьезно подозревается» (например: Б.А. Филимонов. Уголовный процесс ФРГ. М., 1974. С. 37; Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 433).

⁴⁶² Союз «или» указывает на то, что для заключения под стражу не обязательно одновременное наличие обстоятельств, предусмотренных пунктами а), б), с).

справедливо отмечается в швейцарской доктрине, во втором случае предположение должно быть обоснованным⁴⁶³.

Обращает на себя внимание, что УПК Швейцарии не содержит императивных норм, указывающих на то, что в отношении лиц, обвиняемых по отдельным составам преступлений, данная мера принуждения недопустима⁴⁶⁴. Единственное ограничение предусмотрено в ч. 3 ст. 212 Кодекса: «...заключение под стражу не может длиться дольше, чем ожидаемый срок лишения свободы». Отсюда вывод: если санкция соответствующей статьи УК не предусматривает этот вид наказания, то применение данной меры принуждения невозможно. Кроме того, она не может быть избрана в отношении лица, обвиняемого в уголовном нарушении (*die Übertretung*). Никакими другими формальными рамками при избрании заключения под стражу суд по вопросам мер принуждения не связан.

Военный УПК Швейцарии в ст. 56 закрепляет практически те же основания для избрания данной меры принуждения. В свою очередь Ювенальный УПК «усиливает» их дополнительным указанием в ч. 1 ст. 27 на то, что заключение под стражу предписываются в отношении несовершеннолетнего лишь в исключительных случаях и только после тщательной проверки всех без исключения возможностей применить альтернативные меры принуждения.

Шестой вопрос. Какова максимальная продолжительность заключения под стражу? Компаративистический анализ позволяет выявить три законодательные модели. *Сверхжесткий подход* предполагает, что в УПК императивным образом установлен максимально возможный срок. Даже с учетом допустимости его продления четко установлен верхний предел. Пример: согласно ст. 159.7.4 УПК Азербайджана от 14 июля 2000 г., максимальный

⁴⁶³ Hug M. Art. 221 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S.1085-1094; Forster M. Art. 221 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 1458.

⁴⁶⁴ Российский законодатель, стремясь не допустить чрезмерного применения заключения под стражу, устанавливает для правоприменителя определенные барьеры по применению данной меры к обвиняемым в некоторых экономических преступлениях (например, ч. 1.1. ст. 108 УПК РФ).

срок заключения под стражу, к примеру, по делам об особо тяжких преступлениях составляет 12 месяцев (в силу ст. 162.5.2, если суд не успел рассмотреть дело в этот срок, то в обязательном порядке необходимо изменить меру принуждения на более мягкую). При *жестком подходе* верхний срок заключения под стражу установлен, но допускается его продление, и при этом в законе не содержится указания на точное количество суток, которые оно займет (в судебном разбирательстве). Установлены лишь способы его определения. Типичный пример – УПК России (ст. п. 1 ч. 8 ст. 109). *Мягкий подход* предполагает, что верхний предел срока действия данной меры принуждения в законе вообще не установлен. Примером такой модели выступает Швейцария.

Составители УПК этой страны исходили из того, что каждое уголовное дело неповторимо. Его фактическая и юридическая сложность зависит от целого ряда обстоятельств: сколько у обвиняемого соучастников, сотрудничает ли он со следствием, как много экспертиз необходимо назначить и произвести и т.д. В связи с этим заранее практически невозможно определить «усредненный» максимальный срок заключения. По этой причине решение данного вопроса законодатель оставил правоприменителю⁴⁶⁵.

Общая позиция составителей УПК Швейцарии состоит в том, что при любых обстоятельствах срок содержания под стражей, должен быть разумным и обоснованным. Это логически вытекает из принципа ускорения, закрепленного в начале Кодекса (ст. 5)⁴⁶⁶. Там же содержится прогрессивное правило, согласно которому если обвиняемый находится в заключении, то в отношении него производство ведется в первую очередь. Данная норма заслуживает внимание со стороны отечественных ученых. Конечно, все обвиняемые равны перед законом и судом, но, поскольку права лиц, находящихся

⁴⁶⁵ Интересно, что, согласно п. «а» ч. 4 ст. 226 УПК Швейцарии, установить максимальный срок досудебного заключения под стражу – это право суда по вопросам мер принуждения, а не его обязанность.

⁴⁶⁶ «Органы уголовного судопроизводства незамедлительно принимают уголовное дело к своему производству и доводят его без необоснованной волокиты до окончания» (ч. 1 ст. 5 УПК Швейцарии).

под стражей, ограничиваются в значительно большей степени, их дела должны подлежать расследованию и рассмотрению в приоритетном порядке⁴⁶⁷.

Поскольку в Швейцарии исторически существовал и сохраняется относительно мягкий подход к определению сроков заключения под стражу, достаточно часто нормы ее уголовно-процессуального законодательства и практика их применения становятся предметом рассмотрения Европейского суда по правам человека. Среди других актов ЕСПЧ наибольшую известность получило решение по делу «W. против Швейцарии» от 26 января 1993 г.⁴⁶⁸ Краткая фабула состоит в следующем. Гражданин W. подозревался в совершении ряда экономических преступлений и был заключен под стражу. Обвинения касались деятельности примерно *60 контролируемых им швейцарских и иностранных компаний* и выдвинуты также *против 11 его соучастников*. Следствие проводилось двумя специально назначенными судьями. Оно касалось проверки примерно *200 банковских счетов*, включало *около 350 допросов* заявителя, его сообвиняемых и других лиц, при этом *составлено 711 томов* основной документации по делу в дополнение к оригинальным документам, которые заняли *120 метров полок*. Выявленный по делу ущерб оценен, по меньшей мере, в *50 000 000 швейцарских франков*. Заявитель подал *8 ходатайств об освобождении* из предварительного заключения, все они были отклонены. Суд по экономическим преступлениям кантона Берн после разбирательства, длившегося *около 6 недель*, признал его виновным в мошенничестве, злостном банкротстве, подделке документов и умышленном незаконном ведении дел компаний. Он приговорен к *11 годам* тюремного заключения и *штрафу в 10 000 швейцарских франков; 1465 дней (четыре года и три дня)*, которые он провел в предварительном заключении, зачтены в тюремный срок. По мнению заявителя, нарушен п. 3 ст. 5 Европейской конвен-

⁴⁶⁷ Конечно, данная норма имеет и некоторые недостатки. Например, уголовные дела в отношении обвиняемых, не заключенных под стражу, могут рассматриваться с нарушением принципа разумных сроков. Кроме того, если в деле пока ещё нет обвиняемого, оно может быть затянуто. Вместе с тем это никак не умоляет преимуществ данной нормы, поскольку право на свободу является одним из важнейших естественных прав человека.

⁴⁶⁸ URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461449/2461449.htm> (последний просмотр сайта - 22.01.2014).

ции по защите прав человека и основных свобод, согласно которому «каждое лицо, подвергнутое аресту или задержанию... имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока...». Суд, рассмотрев дело, пришел к выводу, что нарушение Конвенции не имело места в связи с «исключительной сложностью дела и поведением заявителя»⁴⁶⁹.

Рассмотренная ситуация стала возможной во многом по причине того, что УПК кантона Берн, а равно как и ныне действующий единый Кодекс не предусматривают верхнего предела срока заключения под стражу. Вместе с тем, возникает вопрос: если бы законодатель его установил, то ускорились бы данное расследование? Очевидно, ответ отрицателен. К сожалению, проблема соблюдения разумных сроков, в том числе при заключении обвиняемого под стражу, в настоящее время остается одним из наиболее острых вопросов уголовного судопроизводства.

Военный УПК, в отличие от рассмотренных выше положений, устанавливает, что по общему правилу указанный период не может превышать 14 суток, однако при наличии обоснованного ходатайства его можно продлевать, но каждый раз не более чем на месяц (ч. 2 ст. 59). Данная норма интересна в связи с тем, что «общегражданский» УПК 2007 г. не устанавливает даже приблизительного верхнего предела срока заключения под стражу. Ювенальный УПК стремится поставить несовершеннолетних правонарушителей в более выгодное положение, чем взрослых: во-первых, Кодекс ориентирует правоприменителя на то, чтобы срок заключения под стражу не превышал 7 суток⁴⁷⁰, во-вторых, каждый раз заключение под стражу продлевается не более, чем на месяц; в-третьих, несовершеннолетний имеет некоторые преимущества при обжаловании указанного процессуального решения (ст. 27).

Седьмой вопрос состоит в том, можно ли обжаловать постановление о заключении под стражу. Сравнительно-правовой и исторический анализ поз-

⁴⁶⁹ Там же.

⁴⁷⁰ Если его продолжительность меньше, то в этом случае прокуратура или иной компетентный орган не должны обращаться в суд по вопросам мер принуждения.

воляют выделить две законодательные модели. Первый подход состоит в том, что данное решение обжалованию не подлежит, поскольку иначе каждый обвиняемый, желая улучшить свое положение, будет непрерывно его обжаловать; кроме того, решение о заключении под стражу не ограничивает доступ этого лица к суду, поскольку дело по окончании досудебного производства итак будет направлено в данный орган. В качестве примера можно привести УПК РСФСР от 27 октября 1960 г., который не предусматривал обжалование постановления прокурора о заключении под стражу в суд (ст. 96-98). Второй подход, напротив, предполагает такую возможность, поскольку указанное решение существенно ограничивает конституционные права и свободы человека и гражданина. Пример – современный российский подход.

Рассматриваемый вопрос особенно актуален применительно к Швейцарии, поскольку составители УПК 2007 г. сначала заняли одну позицию, а затем другую. В первоначальной редакции данного Кодекса ч. 1 ст. 222 устанавливала, что решения о предписании, продлении и отмене досудебного или судебного заключения под стражу не могут быть оспорены⁴⁷¹. Затем законодатель ещё до введения Кодекса в действие изменил свою позицию и 4 марта 2010 г. внес в него поправку, согласно которой заключенный вправе оспорить решение о предписании или продлении заключения. Очевидно, смысл реформы заключался в том, чтобы обвиняемый мог обжаловать необоснованное, по его мнению, ограничение его прав и свобод.

Военный УПК не содержит каких-либо специальных правил по данному вопросу (ст. 56-61). Ювенальный УПК, напротив, с момента его принятия предусматривает право на обжалование решения о заключении под стражу. При этом обвиняемый наделен рядом дополнительных гарантий: во-первых, возражать против данного решения вправе не только он сам, но и его законные представители, во-вторых, они уполномочены направлять ходатайство об освобождении в любое время (ст. 27).

⁴⁷¹ Правда императивность данной нормы несколько смягчалась ч. 2 указанной статьи, согласно которой, если досудебное или судебное заключения под стражу длятся более 3 месяцев, то заключенное под стражу лицо вправе обжаловать отклонение ходатайства об отмене заключения.

Обобщая сказанное, можно сделать следующие выводы:

1) Суды по вопросам мер принуждения, несмотря на свое наименование, отражающее идею законодателя разграничить функции судебного контроля и рассмотрения дела по существу, в большинстве кантонов не образуют отдельного государственного органа. Соответствующие полномочия возлагаются на судей, которые также рассматривают уголовные, административные, гражданские и иные дела. Категория «суд по вопросам мер принуждения» в большинстве швейцарских кантонов является исключительно функциональной, а не судоустройственной. Следовательно, никакой уголовно-процессуальной революции в построении указанного института в этой стране не произошло.

2) УПК Швейцарии сочетает в себе классические нормы о заключении под стражу, характерные для соседних европейских правовых порядков (положения об исключительном характере данной меры принуждения, судебном контроле за законностью при ее избрании, о жестких основаниях для предписания заключения под стражу). При этом многие положения о данной мере принуждения существенно отличаются от других европейских стран (дифференциация заключения под стражу в досудебном и в судебном производстве, отнесение вопросов содержания лица в СИЗО к предмету уголовно-процессуального права).

3) Одновременно с этим швейцарский законодатель в отдельных случаях придерживается более строгого подхода к вопросам заключения под стражу. Главным образом, это выражается в том, что он не устанавливает максимального срока, на протяжении которого может действовать данная мера принуждения, предоставляя широкие пределы усмотрения для прокуратуры, ведущей досудебное производство, и для суда по вопросам мер принуждения. Отсутствие правовой определенности в данном вопросе нередко обжалуется швейцарскими гражданами в Европейский суд по правам человека, поскольку оно небезупречно с точки зрения принципа справедливого судебного разбирательства в разумный срок.

4) Опыт Швейцарии и других европейских стран все больше наводит на мысль о необходимости вернуться к положению, содержавшемуся в первоначальной редакции УПК РФ, которая не допускала рассмотрение дела по первой инстанции судьей, участвовавшим в досудебном производстве в решении вопросов о заключении лица под стражу. Также уместно воспринять швейцарский опыт и установить в УПК РФ правило, согласно которому, если лицо находится в заключении под стражей, то его дело должно подлежать расследованию и рассмотрению в приоритетном порядке⁴⁷².

§3. Следственные действия:

особенности швейцарского законодательного подхода

УПК Швейцарии 2007 г. обстоятельно регулирует институт следственных действий. Многие нормы представляют значительный интерес со сравнительно-правовой точки зрения. Прежде всего, уместно проанализировать отличительные признаки соответствующих следственных действий, которые отражают логику законодателя в данном вопросе.

Первая особенность. УПК Швейцарии, как отмечалось выше, разграничивает следственные действия и другие процессуальные институты, включая меры принуждения, достаточно условно.

Титул 4 Кодекса озаглавлен как «Доказательства» и регулирует четыре следственные действия, направленные на их получение, а именно:

- 1) допрос,
- 2) очную ставку,
- 3) экспертизу и
- 4) осмотр.

⁴⁷² Целесообразно дополнить российское процессуальное законодательство положениями, направленными на то, чтобы снизить нагрузку на должностных, расследующих дела, по которым обвиняемый находится под стражей. Чем меньше у него дел в производстве, тем быстрее закончится расследование (по общему правилу) и тем раньше завершится заключение под стражу. Представляется, что руководителям следственных органов и начальникам подразделений дознания полезно учитывать данную рекомендацию при распределении нагрузки соответственно между следователями и дознавателями.

Титул 5 называется «Меры принуждения» и в нём помимо норм собственно о мерах принуждения в отечественном понимании данной категории содержатся предписания, регулирующие ещё пять следственных действий:

- 1) обыски и обследования,
- 2) ДНК-анализ,
- 3) уголовная регистрация, взятие образцов почерка и речи,
- 4) выемка,
- 5) тайные наблюдения.

И всё же какими критериями руководствовался швейцарский законодатель, распределяя следственные действия между главами о доказательствах и о мерах принуждения? Анализ норм УПК Швейцарии не позволяет обнаружить ни одного четкого критерия: в обоих случаях принуждение может быть, а может и не иметь места (если лицо добровольно соглашается выполнить требования прокуратуры или полиции); конституционные права и в первом, и во втором случае могут подлежать ограничению, а могут и не подлежать; в обоих случаях принуждение может быть произведено в отношении как обвиняемого, так и иных участников (например, свидетеля). В связи с этим можно сделать вывод о достаточно условном характере разграничения следственных действий и мер принуждения в данном процессуальном порядке.

Вторая особенность связана с вопросом, является ли в Швейцарии перечень следственных действий исчерпывающим. В большинстве государств как континентальных, так и англосаксонских, господствует подход, именуемый «доказыванием через запрет»⁴⁷³, при котором разрешается совершать любые процессуальные действия, кроме тех, которые запрещены. Лишь в некоторых странах, в основном постсоветских, существует обратный подход – доказывание «через дозволение»: можно совершать лишь такие действия, которые разрешены законом.

⁴⁷³ Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 266-269.

Швейцарский законодатель, как представляется, занял взвешенную позицию в данном вопросе. С одной стороны, в соответствии с п. 1 ст. 197 УПК, меры принуждения могут быть предписаны, только если они предусмотрены законом. Одновременно с этим, если следственное действие не сопровождается принуждением, то его можно произвести даже, если оно не указано в Кодексе. Главное, чтобы оно не нарушало предусмотренных в законе запретов и не ограничивало права личности. В соответствии с ч. 1 ст. 140 УПК, средства принуждения, применение силы, угрозы, ложные обещания, введение в заблуждение и средства, которые могут причинить вред способности мыслить или свободе воли, при получении доказательств запрещены. Другие ограничения Кодекс не устанавливает. Иными словами, можно делать всё, что не воспрещено⁴⁷⁴.

Вместе с тем не следует забывать, что, как отмечает П. Гуидон, для УПК Швейцарии характерна «высокая регулирующая плотность»⁴⁷⁵; в нем регламентированы практически все возможные способы собирания доказательств⁴⁷⁶. Трудно представить какое-либо новое следственное действие, не предусмотренное швейцарским УПК.

Третья особенность. Следственные действия в этой стране санкционируют уже рассмотренные выше суды по вопросам мер принуждения. Они принимают решения в отношении ходатайств прокуратуры об обследовании ДНК биологической массы (ст. 256 УПК), о наблюдении за банковскими отношениями (ст. 284 УПК), об установлении наблюдения за почтовыми и иными отправлениями (ст. 272 УПК), о наблюдении при помощи технических устройств (абз. 4 ст. 281 УПК), об использовании случайных находок,

⁴⁷⁴ Открытому перечню следственных действий соответствует открытый перечень доказательств. Согласно ч. 1 ст. 139 УПК, «органы уголовного судопроизводства принимают для установления истины в полном объеме все подходящие доказательства...». Один из параграфов Базельского комментария к УПК Швейцарии символично озаглавлен «*Kein numerus clausus der Beweismittel*» («Не закрытый перечень доказательств»). Gless S. Art. 139 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 932.

⁴⁷⁵ Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September 2008. URL: <http://stgallerjuristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf> (последний просмотр сайта - 30.01.2014).

⁴⁷⁶ Само собой речь идет только о способах собирания доказательств, признанных наукой, поэтому указанный подход не открывает возможности привлекать для дачи показаний экстрасенсов, медиумов и иные сомнительные источники.

полученных в результате такого наблюдения (абз. 3 ст. 278 УПК), о продлении срока или об отказе от наблюдения (абз. 2 ст. 279 УПК), о применении законспирированных агентов (ст. 289 УПК) и об использовании случайных находок, полученных в результате применения данных агентов (абз. 2 ст. 296 УПК).

Кто санкционирует обыск в необщедоступном помещении (в том числе в жилище), если уполномоченные лица возражают против его проведения? Поскольку в УПК Швейцарии нет специальной нормы, содержащей прямой ответ на этот вопрос, составители Цюрихского комментария к данному Кодексу предлагают руководствоваться общей нормой о санкционировании следственных действий. В соответствии со ст. 198 УПК, мера принуждения может быть предписана по инициативе прокуратуры компетентным судом, а в неотложных случаях – полицией⁴⁷⁷. В любом случае собственнику или иному владельцу данного помещения должен быть предъявлен приказ о проведении обыска.

Четвёртая особенность. Следственные действия должны производиться «на основе научных достижений и опыта» (ч. 1 ст. 197 УПК). Приведённое положение непосредственно отражает соотношение уголовного процесса и криминалистики. Можно утверждать, что в Швейцарии криминалистические знания являются одним из вспомогательных источников уголовно-процессуального права, поскольку соответствующие органы при производстве по делу обязаны принимать их во внимание. Предусматривая обязательное применение научных достижений, законодатель опирается на концепцию сциентизма.

Данная норма представляется прогрессивной. Формально отечественный следователь (дознаватель) в ходе следственных действий обязан руководствоваться только нормативными правовыми актами, что логически вытекает из принципа законности (ст. 7 УПК РФ). В свою очередь достижения

⁴⁷⁷ Keller A. Art. 244 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1185.

криминалистики для него не обязательны; они имеют лишь рекомендательное значение. Учитывая, что высшее образование не является безусловным требованием, предъявляемым даже к следователю СК РФ (ч. 2-3 ст. 16 ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации»)⁴⁷⁸, то он может не располагать достаточными знаниями теоретических и методологических основ криминалистики, криминалистической техники и тактики, а также методики расследования отдельных видов преступлений. Возможные негативные последствия пренебрежения данной наукой в профессиональной деятельности следователя и дознавателя не нуждаются в комментариях.

В связи с изложенным, учитывая сравнительно-правовой опыт, необходимо дополнить отечественный УПК положением об обязательном учёте криминалистических знаний при производстве следственных и иных процессуальных действий.

Пятая особенность состоит в том, что швейцарский законодатель нормативно закрепил в УПК доктринальную теорию «плодов отравленного дерева» («*die Früchte des verbotenen Baumes*»). В соответствии с ней, если доказательство, которое нельзя применять, привело к получению последующего доказательства, то оно также не может быть использовано, если его получение было невозможно без предшествующего доказательства. В соседней Германии закон умалчивает об этой теории, а доктрина в целом её отвергает⁴⁷⁹. Данная теория занимает прочное место в англосаксонских странах⁴⁸⁰, и швейцарский законодатель в данном вопросе опирается на их опыт.

Далее рассмотрим регулирование ключевых следственных действий по новому УПК Швейцарии: допрос, экспертизу, выемку и тайные наблюдения (именно они обладают спецификой, представляющей интерес с точки зрения сравнительного правоведения, в то время как иные следственные действия не

⁴⁷⁸ Как правило, криминалистика изучается на *старших курсах* юридических ВУЗов, в то время как согласно ч. 2 ст. 16 данного Федерального закона в ред. от 02.07.2013, на должности следователей могут назначаться граждане РФ, прошедшие *не менее половины* срока получения образования, установленного федеральным государственным образовательным стандартом, и не имеющие академической задолженности.

⁴⁷⁹ Beulke W. Strafprozessrecht. Augsburg, 2008. S. 91.

⁴⁸⁰ Там же.

обладают концептуальными особенностями и их регулирование мало отличается от предусмотренного в УПК РФ).

Допрос (*die Einvernahmen*)

Швейцарский законодатель, в отличие от российского⁴⁸¹, поставил данное следственное действие на первое место, учитывая его распространенность и значимость для установления обстоятельств дела.

Следуя сложившимся европейским традициям, УПК Швейцарии различает такие стадии этого следственного действия как выяснение анкетных данных допрашиваемого лица и его допрос по существу.

Кодекс отражает современные технические достижения и предусматривает, что прокуратура и суды вправе произвести допрос с использованием видеоконференцсвязи, если допрашиваемое лицо не может явиться или его прибытие будет связано с чрезмерными расходами. Согласно ст. 144 УПК, допрос с использованием видеоконференцсвязи предполагает наличие звука и изображения.

Швейцарская наука традиционно разделяет точку зрения, согласно которой показания – это сведения, сообщённые устно (*mündlich*)⁴⁸², однако законодатель смягчает это правило тем, что органы уголовного судопроизводства вправе предложить допрашиваемому лицу приложить к допросу или к его дополнению письменное сообщение.

Чьи показания можно получать посредством допроса? Кодекс, наряду с «классическими» показаниями обвиняемого (ст. 157-160) и свидетеля (ст. 177)⁴⁸³, предусматривает неизвестным соседним правовым порядкам процес-

⁴⁸¹ Гл. 24 УПК РФ начинается с правового регулирования осмотра.

⁴⁸² Urwyler A. Art. 66 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 420.

⁴⁸³ Любопытно, что УПК Швейцарии предусматривает такую категорию, как свидетельская дееспособность (*zeugnisfähig*). Ею обладает лицо, которое достигло 15-летнего возраста и способно судить об обстоятельствах, являющихся предметом допроса. Такой подход не встречается в законодательстве Франции, Германии, Австрии, Лихтенштейна. Даже консервативная Англия отказалась от нормы о минимальном 6-летнем возрасте свидетеля. Данная тенденция связана с тем, что, во-первых, интеллектуальное и физиологическое взросление у людей происходит с неодинаковой скоростью, и, во-вторых, даже маленький ребенок с помощью опытного психолога вполне может ответить на вопрос о том, сколько человек он видел, какого

суальный статус «лица, являющегося источником сведений» и регламентирует его допрос (ст. 178-181). Им является тот, кто: а) заявил о себе как о частном обвинителе; б) ко времени проведения допроса еще не достиг 15-летнего возраста; в) из-за ограниченной способности судить о чем-либо не находится в состоянии, при котором он способен воспринимать предмет допроса; г) не является обвиняемым, но не исключается, что он может быть преступником или соучастником в расследуемом преступлении или другом взаимосвязанном преступлении; д) допрашивается в качестве сообщаемого по тому же самому преступлению, но относительно действий, которое он сам не совершал; е) обвиняется в преступлении, которое взаимосвязано с данным преступлением, но расследуется в другом производстве; ж) в уголовном судопроизводстве, направленном против организации, выступает в качестве ее представителя или может выступать в таком качестве, а также сотрудники данной организации⁴⁸⁴. Допрос данных лиц производится по тем же правилам, что и допрос свидетеля.

Логика законодателя состоит в том, что, с одной стороны, с учетом принципа свободной оценки доказательств все они имеют равную силу, а с другой – показания некоторых лиц необходимо оценивать более критично, исходя из того, что при прочих равных условиях они менее надежны. Это может быть связано либо с заинтересованностью лица в исходе дела, либо с его возрастными и психо-физиологическими особенностями. Законодатель нигде не устанавливает, что их показания имеют меньшую юридическую силу, но сам факт обособления данных лиц от общей массы свидетелей должен навести правоприменителя на осторожное отношение к их показаниям.

Свидетельские иммунитеты, предоставляющие лицу право не давать показания на допросе, в Швейцарии значительно шире, чем в России. Услов-

цвета была их одежда и т.д. В свою очередь принцип свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению позволяет при необходимости принять во внимание более надёжные доказательства

⁴⁸⁴ В связи с этим Р. Кернер утверждает, что данный участник процесса был выделен, в первую очередь, исходя из того, что может возникнуть «конфликт между самообвинением, с одной стороны, и требованием сообщить истину и давать показания – с другой». Kerner R. Art. 178 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. S. 1222.

но их можно разделить на 2 большие группы: личные⁴⁸⁵ и профессиональные⁴⁸⁶. Кроме того, их перечень менее формализован и содержит немало оценочных категорий⁴⁸⁷. Такой подход направлен на индивидуальное решение вопроса о наделении лица иммунитетом в конкретном уголовном деле.

Экспертиза (*das Gutachten*)

Прокуратура вправе привлечь одного или нескольких экспертов, если сотрудники данного органа не располагают специальными знаниями и умениями, необходимыми для установления или оценки обстоятельства дела.

В рамках сравнительного правоведения можно выделить три основные подхода к регулированию экспертизы⁴⁸⁸. *Несостязательная (романно-германская) модель* характеризуется тем, что решение о назначении экспертизы и о выборе эксперта принимает орган, ведущий производство по делу. Эксперт, будучи самостоятельным участником процесса, является нейтральной фигурой – он не относится ни к стороне защиты, ни к стороне обвинения. Данной модели придерживаются УПК Германии 1877 года, УПК Франции 1958 года, в определенной мере УПК РФ 2001 года. *Контролируемая экспертиза* от предыдущей модели отличается тем, что следователь, хотя и назначает эксперта и ставит перед ним вопросы самостоятельно, но сторона защиты вправе пригласить своего технического советника, который совместно с ним будет участвовать в данном следственном действии. Пример данной модели – действующий до настоящего времени УПК Голландии 1926 года.

⁴⁸⁵ В отличие от российского правового порядка, в Швейцарии имеют право на отказ от дачи показаний также лица, имеющие общих детей (даже если они более не состоят в браке), а также сводные братья и сестры. Вместе с тем при расследовании наиболее тяжких преступлений эти лица обязаны давать показания (ст. 168 УПК).

⁴⁸⁶ В отличие от России, в Швейцарии врачи, стоматологи, аптекари, акушеры, журналисты, служащие и т.д. в некоторых случаях наделяются правом на отказ от дачи показаний в отношении сведений, составляющих профессиональную тайну. Данные свидетельские иммунитеты не действуют при расследовании наиболее тяжких преступлений (ст. 170-173 УПК).

⁴⁸⁷ Например, Кодекс устанавливает, что некоторые категории лиц «должны давать показания только, если интерес к установлению истины превышает интерес, связанный с сохранением в тайне данных сведений» (ст. 173 УПК Швейцарии).

⁴⁸⁸ См. подр.: Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 261.

Состязательная (англо-саксонская) модель предполагает, что стороны сами приводят в суд «своих» экспертов и каждый из них принадлежит либо к стороне обвинения, либо к стороне защиты; они по сути имеют статус свидетелей. Данная модель нашла отражение, в частности, в УПК некоторых американских штатов.

Швейцарский законодатель в целом опирается на несостязательную модель. Экспертизу назначает орган, ведущий производство по делу (ч. 1 ст. 184). В досудебном производстве это может быть только прокуратура. Более того, она вправе в любое время отменить поручение о производстве экспертизы и назначить новых экспертов, если это необходимо в интересах правосудия. Сторона защиты не обладает правом на «альтернативную экспертизу». Вместе с тем УПК закрепляет незначительные права защиты, связанные с участием в экспертизе.

Во-первых, прокуратура заблаговременно предоставляет ей возможность выразить свое отношение к личности эксперта и поставленным перед ним вопросам и в связи с этим заявить соответствующие ходатайства⁴⁸⁹ (ч. 3 ст. 184).

Во-вторых, прокуратура доводит подготовленное заключение эксперта до сведения защиты и устанавливает ей срок для выражения своего мнения. Конечно, никто не запрещает обвиняемому или адвокату на договорной основе обращаться к гражданам и организациям, которые могут дать им советы относительно оценки выводов эксперта, но никакого значения для уголовного процесса это не имеет.

Указанные «состязательные» черты ни коим образом не меняют несостязательного характера экспертизы и даже не делают её «контролируемой».

Интересная особенность: в Швейцарии эксперт вправе самостоятельно или с привлечением других лиц производить сбор сведений, которые состоят

⁴⁸⁹ Любопытно, что при проведении лабораторных исследований обвиняемому и его защитнику можно и не предоставлять данное право, в частности, если речь идет об определении концентрации содержания алкоголя в крови или степени чистоты веществ, о доказывании наличия наркотиков в крови или производстве идентификации личности по ДНК.

во взаимосвязи с данным ему поручением. При этом они должны быть оглашены. Российский законодатель принципиально отвергает такую возможность (п. 2 ч. 4 ст. 57 УПК), поскольку последовательно исходит из разделения уголовно-процессуальных функций. Задача эксперта – ответить на вопросы, поставленные органом, уполномоченным назначить экспертизу, а не заниматься расследованием. Кроме того, российский УПК относит следователя и дознавателя к участникам процесса со стороны обвинения, а эксперта – к иным участникам судопроизводства. Швейцарский законодатель допускает самостоятельный сбор сведений экспертом, очевидно, по нескольким причинам.

Во-первых, в уголовном процессе этой страны в досудебном производстве нет сторон (ч. 1 ст. 104)⁴⁹⁰, поэтому сбор экспертом дополнительной информации не может поставить его на сторону обвинения.

Во-вторых, предоставление ему такого права в целом не меняет сути экспертизы, которую назначает прокуратура, а проводит эксперт.

В-третьих, поскольку эксперт обладает специальными знаниями, то он может собрать дополнительные сведения более качественно, чем прокуратура.

И ещё одна интересная особенность. В то время как в России заключение эксперта может быть только письменным, УПК Швейцарии предусматривает, что орган, ведущий производство по делу, вправе предписать, чтобы заключение эксперта было устным (в России в таком случае речь идет уже не о заключении, а о показаниях эксперта). В этом случае эксперт подлежит допросу по правилам, относящимся к допросу свидетеля. Мы видим, что швейцарский законодатель дифференцирует экспертизу: если вопрос, который ставится перед экспертом, простой по своей сути и ответ на него не требует подробного обоснования, то по его замыслу нет необходимости в письменной форме заключения.

⁴⁹⁰ Согласно ч. 1 ст. 104 УПК Швейцарии, прокуратура является стороной только при рассмотрении дела в суде.

Выемка (*die Beschlagnahme*)

Швейцарский законодатель разграничивает обыск⁴⁹¹ и выемку⁴⁹². Выемке подлежат предметы и имущественные ценности обвиняемого или третьего лица, если они предположительно понадобятся в качестве доказательств или для обеспечения уплаты процессуальных издержек, уголовных штрафов, административных штрафов или возмещений.

Важная особенность регулирования выемки состоит в том, что Кодекс устанавливает перечень предметов, не подлежащих изъятию ни при каких обстоятельствах⁴⁹³. Речь идёт о сведениях об общении обвиняемого со своим защитником; о личной документации и корреспонденции обвиняемого, если его интересы по защите личности преобладают над интересами уголовного преследования; предметах, в частности, документации и корреспонденции, которые появились в ходе общения обвиняемого с лицами, которые вправе отказаться быть свидетелями и не обвиняются во взаимосвязанном деле. Данная норма представляется достаточно прогрессивной.

В то время, как в России некоторые лица имеют право только на отказ от дачи показаний, УПК Швейцарии по аналогии наделяет их ещё и правом на отказ о выдачи соответствующих документов. Такой подход представляется правильным, поскольку в условиях демократизации и гуманизации уголовного процесса данное право становится более полным.

Тайные наблюдения (*die geheime Überwachungsmaßnahmen*)

В отдельную группу следственных действий швейцарский законодатель выделяет:

- 1) Наблюдение за почтовыми и иными отправлениями;
- 2) Наблюдение при помощи технических устройств;

⁴⁹¹ Правовое регулирование обыска не обладает какими-либо существенными особенностями, представляющими интерес с точки зрения сравнительного правоведения.

⁴⁹² Термин «*die Beschlagnahme*» дословно переводится как «изъятие», но по смыслу УПК Швейцарии в данном случае речь идет о выемке.

⁴⁹³ Интересно, что в главе про обыск УПК Швейцарии не содержит указания на предметы, не подлежащие изъятию.

- 3) Наблюдение в общедоступном месте;
- 4) Наблюдение за банковскими отношениями;
- 5) Применение законспирированного агента.

Характерной особенностью швейцарского законодательства является отсутствие в нём обособленной оперативно-розыскной деятельности, выведенной за рамки уголовно-процессуального регулирования. По мнению законодателя этой страны, все действия, направленные на выявление, раскрытие и расследование преступления, имеют единые корни, в связи с чем отсутствует необходимость в их дифференциации. Отечественный термин «оперативно-розыскная деятельность» даже не имеет аналога в немецком языке и его швейцарском диалекте.

Данные особенности наиболее ярко проявляются в таком следственном действии, как применение законспирированного агента. Несмотря на негласный характер и его проведение специально обученными сотрудниками, законодатель не считает нужным создавать специальные правовые конструкции и не видит причин обособлять его от других следственных действий.

Применение законспирированного агента допускается при расследовании около 50 составов преступлений. Далеко не все из них являются тяжкими⁴⁹⁴, однако данное процессуальное действие производится, только если это «оправдывает тяжесть преступления» (п. «b» ч. 1 ст. 286 УПК). В качестве законспирированных агентов могут быть выступать: сотрудники швейцарского или иностранного полицейского учреждения, а также лица, которые временно привлекаются для выполнения полицейских задач, даже если они не обладают специальным образованием. Прокуратура вправе снабдить их легендой (*die Legende*).

Перед любым законодателем встаёт вопрос о том, допустить ли совершение законспирированными агентами преступления с целью войти в дове-

⁴⁹⁴ Как отмечалось выше, в Швейцарии отсутствует отечественная категоризация уголовно-наказуемых деяний и термин «тяжкое преступление» имеет, прежде всего, процессуальное значение. В данном случае среди них мы находим в том числе растрату (§ 138), кражу (§ 139 УК), повреждение вещей (§ 144), подделку документов (§ 251).

рие к руководителям преступных группировок и в конечном итоге разоблачить их. УПК Швейцарии допускает действия, нарушающие законодательство об обороте наркотиков, а также использование поддельных денежных знаков, но не более того. Также Кодекс устанавливает, что законспирированные агенты не вправе провоцировать кого-либо на преступление и руководить «готовностью к совершению тяжких преступных деяний» (ст. 293). При этом их деятельность в отношении решения другого лица о совершении конкретного преступного деяния может иметь лишь вспомогательное значение. Прокуратура в качестве общего правила сообщает обвиняемому не позднее окончания предварительного производства, что в отношении него действовали законспирированные агенты.

По замыслу швейцарского законодателя, данное следственное действие должно способствовать расследованию таких преступлений, которые трудно доказать без внедрения агента в преступное сообщество⁴⁹⁵.

§4. Окончание стадии предварительного следствия

УПК Швейцарии 2007 г. предусматривает две возможные формы окончания предварительного следствия: прекращение производства по делу и предъявление обвинения с последующим направлением дела в суд.

Важной гарантией защиты прав личности в этой стране является положение, согласно которому «в объемных и усложненных делах прокуратура допрашивает обвиняемого перед окончанием следствия еще раз в рамках заключительного допроса и предлагает ему занять определенную позицию относительно результатов расследования» (ст. 317). Эта норма восходит к немецкому уголовному процессу, в котором до 1974 г. предусматривалось право обвиняемого на последнее заслушивание прокурором до направления дела в суд⁴⁹⁶, однако затем это положение было отменено. Представляется, что данный швейцарский институт является прогрессивным и логичным. Ес-

⁴⁹⁵ Hansjakob T. Art. 286 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1422.

⁴⁹⁶ Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 445.

ли при рассмотрении дела по первой инстанции у подсудимого, в том числе в силу исторических традиций, есть право на последнее слово, то почему бы не допустить такое «последнее слово» в досудебном производстве? Такая норма в ее немецкой модификации в качестве символической гарантии прав обвиняемого была бы полезной и для отечественного правопорядка.

В Швейцарии не является отдельной формой окончания досудебного производства, но имеет важное значение институт медиации, рассмотренный во второй главе диссертационного исследования. Как и на стадии полицейского дознания, она представляет собой «сопутствующий» вариант – после завершения данной процедуры дело в любом случае будет либо прекращено, либо направлено в суд.

УПК Швейцарии при наличии предусмотренных законом обстоятельств также допускает принятие прокуратурой решения о приостановлении предварительного следствия (*die Sistierung*), которое также не образует отдельной формы окончания указанной стадии процесса. Среди других оснований обращают на себя внимание те, которые отсутствуют в российском УПК:

1) исход уголовного судопроизводства зависит от другого дела, и представляется уместным дождаться его завершения. Такой подход позволяет облегчить доказывание и сократить время, например, если в гражданском процессе рассматривается дело о признании недействительной сделки, а в рамках уголовного дела прокуратура расследует взаимосвязанное с ней экономическое преступление;

2) производится медиация и представляется уместным дождаться её завершения. Приостановление расследования способствует развитию данного института, а также позволяет в полном смысле слова вывести её за рамки уголовного процесса;

3) решение дела зависит от развития последствий преступного деяния. Подчас изначально его невозможно квалифицировать, поскольку пока ещё не известно, каковы общественно опасные последствия. Приостановление производства по делу позволяет решить этот вопрос. Например, обвиняемый

нанёс потерпевшему опасные раны, которые обычно приводят к летальному исходу, но, тем не менее, благодаря усилиям медицинских работников, он жив, однако находится в критическом состоянии в реанимации и может умереть в любую минуту. В англосаксонских странах данная проблема решается на уровне материального права посредством применения знаменитого «правила одного года и одного дня»⁴⁹⁷, а швейцарский законодатель использует уголовно-процессуальные инструменты.

Прокуратура *ex officio* возобновляет приостановленное ею предварительное следствие, как только отпали основания для приостановления. При этом решение о его продолжении не может быть обжаловано (ст. 315).

Прекращение производства по делу

УПК Швейцарии предусматривает возможность издания приказа о наказании по итогам предварительного следствия⁴⁹⁸, что влечет за собой окончание уголовного дела. Поскольку на этой стадии процесса данный институт не обладает какой-либо существенной спецификой по сравнению с дознанием, то рассматривать его повторно нет необходимости. Отметим лишь, что в обоих случаях его вправе издать только прокуратура. Это ещё раз подчёркивает её роль «госпожи» досудебного производства.

В случае установления невиновности лица предварительное следствие оканчивается прекращением дела. Очевидна связь данных норм с положениями об отказе от возбуждения от уголовного преследования на стадии полицейского дознания. Разница состоит, прежде всего, в том, что если дело возбуждено, то его можно прекратить, а отказаться от его возбуждения нельзя, так как оно уже возбуждено.

⁴⁹⁷ См.: Козочкин И.Д. Уголовное право США. Успехи и проблемы реформирования. М., 2007. С. 318. В соответствии с этим правилом, лицо признается виновным в убийстве, если смерть наступила в течение одного года и одного дня после причинения ему вреда. В иных случаях деяние может рассматриваться только в качестве преступления против здоровья и соответственно влечет более мягкую ответственность.

⁴⁹⁸ Согласно ст. 352 УПК Швейцарии, «если обвиняемый в предварительном производстве (*im Vorverfahren*) признал обстоятельства дела или иным образом прояснил их в достаточной мере, прокуратура издает приказ о наказании...». Как отмечалось выше, предварительное производство включает в себя в равной степени полицейское дознание и прокурорское следствие.

Основания прекращения производства по делу на стадии предварительного следствия практически совпадают с основаниями для отказа от возбуждения уголовного преследования на стадии дознания, хотя и сформулированы более ёмко и подробно.

Вместе с тем УПК допускает прекращение производства при одновременном наличии⁴⁹⁹ ещё двух взаимосвязанных обстоятельств:

а) этого настоятельно требуют интересы жертвы, которой в момент совершения преступного деяния было менее 18 лет, и данные интересы со всей очевидностью преобладают над интересом государства к уголовному преследованию;

б) жертва или законный представитель процессуально недееспособного лица на это согласны (ч. 2 ст. 319 УПК).

Данная норма связана с желанием законодателя наилучшим образом обеспечить интересы несовершеннолетних жертв преступления. Данный участник обычно испытывает серьёзные психологические перегрузки и направление дела в суд может негативно отразиться на его дальнейшем состоянии. В данном случае уместно использовать термин «тройная виктимизация»: в первый раз лицо пострадало от преступления, во второй раз – от участия в досудебном производстве, а в третий – ему предстоит испытать дискомфорт от участия в судебном разбирательстве. Законодатель стремится избежать такого развития событий. При этом не следует забывать, что указанное процессуальное решение не означает безнаказанность лица, совершившего уголовно-наказуемое деяние, поскольку при наличии предусмотренных в законе условий оно может сочетаться с изданием приказа о наказании.

Вопрос о юридической силе решения прокуратуры о прекращении производства по делу рассмотрен во второй главе диссертационного исследования.

⁴⁹⁹ Landshut N. Art. 319 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1597.

Предъявление обвинения с последующим направлением дела в суд

Сравнительно-правовой анализ позволяет выявить несколько моделей института предъявления обвинения. В *англосаксонских странах*, как правило, господствует материальный подход, при котором предъявление обвинения понимается очень широко и охватывает по сути любое уведомление лица о действиях в отношении него со стороны органов уголовного преследования. В качестве примера можно привести английское судопроизводство. В *континентальных странах*, наоборот, имеет место формальный подход, предполагающий, что далеко не каждое информирование лица о начатом в отношении него уголовном преследовании признается предъявлением обвинения, а только такое, которое производится в особой форме и, самое главное, влияет на его процессуальный статус. В качестве примера уместно привести большинство государств континентальной Европы⁵⁰⁰.

В рамках второго подхода можно выделить *французскую* модель предъявления обвинения, при которой данное процессуальное действие является центром предварительного следствия, разделяющим его на две части⁵⁰¹, и *германскую*, где предъявление публичного обвинения происходит непосредственно в суде. Согласно § 170 УПК ФРГ, если результаты расследования дают основания для возбуждения публичного обвинения, то прокуратура возбуждает его посредством направления обвинительного заключения в компетентный суд⁵⁰².

Швейцарский законодатель придерживается германского подхода. В силу ст. 324 УПК, прокуратура, если по результатам произведённого предварительного следствия основания для подозрения приняты во внимание как достаточные и при этом она не вправе издать приказ о наказании, предъявляет обвинение в компетентный суд.

⁵⁰⁰ См.: Головкин Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009. С. 348.

⁵⁰¹ Там же. С. 352.

⁵⁰² См.: Strafprozessordnung, München. 2011. S. 94.

Представляет интерес вопрос о содержании обвинительного заключения по новому УПК Швейцарии. На момент принятия данного Кодекса в кантонах сложились два основных подхода. В первом из них, как пишет П. Гуидон, «обвинительное заключение оформляется как относительно обширный итоговый отчет, описывающий не только инкриминируемые обвиняемому обстоятельства дела, но и обобщающий результаты предварительного следствия и обосновывающий, почему необходимо постановить обвинительный приговор и какие санкции нужно назначить»⁵⁰³. В качестве примера можно привести УПК Санкт-Галлена (ст. 188). Второй подход предполагает «краткое ограниченное описание обстоятельства дела, без ссылок на предварительное производство, состояние доказательственной базы или обоснования обвинительного приговора или санкции»⁵⁰⁴. Он был характерен для большинства кантонов. УПК Швейцарии исходит из второй модели. В соответствии со ст. 325, в обвинительном заключении указываются в частности по возможности кратко, но точно: инкриминируемые обвиняемому уголовно-наказуемые деяния с описанием места, даты, времени, последствий его совершения, а также по убеждению прокуратуры выполненные обвиняемым составы преступлений с указанием законодательных предписаний, подлежащих применению. Суть данного подхода, главным образом, отражена в оценочной формулировке «*möglichst kurz, aber genau*» («по возможности кратко, но точно»), которая в связи со своей абстрактностью вызывает неоднозначные оценки в швейцарской юридической науке⁵⁰⁵.

На этом оканчивается досудебное производство и начинаются судебные стадии процесса.

Таким образом, проанализировав швейцарскую модель организации предварительного следствия, можно прийти к следующим выводам.

⁵⁰³ Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September 2008. URL: [http://stgallerjuristenverein.ch/ P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf](http://stgallerjuristenverein.ch/P.Guidon%20-%20Die%20Schweizerische%20Strafprozessordnung.pdf) (последний просмотр сайта - 30.01.2014).

⁵⁰⁴ Там же.

⁵⁰⁵ Landshut N. Art. 162 // Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010. S. 1625-1629.

1) Поскольку дефиниция данной категории не встречается ни в доктринальных источниках, ни в нормативно-правовых актах, мы описательным образом сформулируем ее самостоятельно. Можно утверждать, что по УПК Швейцарии 2007 г. предварительное следствие представляет собой *досудебную стадию уголовного судопроизводства, в ходе которой прокуратура, являясь независимым органом, ведущим производство по делу, взаимодействуя с полицией и иными субъектами, в целях установления истины исследует обстоятельства, на основе которых возможно: а) последующее направление дела в суд первой инстанции; б) отказ от его передачи в данный орган, влекущий прекращение дела (при этом также возможно издание приказа о наказании)*. По общему правилу предварительное следствие обязательно, и оно может не производиться лишь в порядке упрощенного судопроизводства (если приказ о наказании издан в ходе дознания).

2) В ходе предварительного следствия прокуратура остаётся «госпожой» досудебного производства. Ей принадлежит ведущая роль в совершении следственных действий, избрании мер принуждения (в ряде случаев – с санкции суда) и принятии решений о дальнейшем направлении уголовного дела. Всё это свидетельствует о весьма условном разграничении дознания и предварительного следствия в современной швейцарской процессуальной системе.

3) Суды по вопросам мер принуждения отражают идею, состоящую в том, что, с одной стороны, необходимо разграничить функции по избранию мер принуждения и рассмотрению дела по существу, а, с другой – предоставить кантонам большие возможности по самостоятельному решению вопроса о месте данного суда в системе правоохранительных органов, его организационной структуре и ведомственной принадлежности. Вместе с тем нужно заметить, что большинство кантонов не воспользовались возможностью реформировать указанный институт и не создали специальных судей по вопросам мер принуждения.

4) Дифференциация статуса потерпевшего направлена на усиление защиты отдельных категорий лиц, пострадавших от насильственных, сексуальных и иных наиболее опасных преступлений против личности. Данный институт вполне соответствует демократическим тенденциям, связанным с процессуальными и внепроцессуальными средствами защиты граждан, подвергшихся общественно опасным посягательствам.

5) Следственные действия⁵⁰⁶ и меры принуждения в Швейцарии ограничены также весьма условно. Законодатель стремится понимать принуждение менее формализовано – в качестве него рассматривается не узкий круг мер, вошедших в силу указания закона в соответствующий перечень, а практически любые процессуальные действия, ограничивающие права личности. Если гражданин отказывается добровольно участвовать в них, то к нему может быть применено принуждение. При этом значительная часть таких мер требует предварительного или, по крайней мере, последующего санкционирования компетентным судом.

⁵⁰⁶ Речь идёт как о гласных, так и о негласных следственных действиях.

Заключение

Подводя итоги, можно утверждать, что выбор, сделанный составителями единого УПК Швейцарии на основе анализа моделей следственных судей I и II, а также моделей прокуратуры I и II, отражает ключевые тенденции, присущие современному уголовному судопроизводству, которые можно обнаружить при его сравнительно-правовом рассмотрении. В связи с этим данный Кодекс сыграл важную роль в дальнейшем развитии процессуальной карты Европы.

Невзирая на достоинства и недостатки преобразования, связанного с переходом от четырёх моделей досудебного производства к единому порядку его организации, можно констатировать достойное уважения «качество», присущее рассмотренной реформе.

Во-первых, новый УПК Швейцарии, в том числе главы, регулирующие дознание и предварительное следствие, разрабатывался длительный срок с привлечением большого числа экспертов из этого государства и из других стран. Среди них были не только ученые-теоретики (преподаватели университетов, научные работники), но и юристы-практики (адвокаты, сотрудники правоохранительных органов), многие из которых совмещают указанные виды деятельности.

Во-вторых, принятию данного Кодекса предшествовало опубликование и публичное обсуждение Послания Федерального собрания Швейцарии к объединению уголовно-процессуального права 2005 г., в котором подробно объяснены необходимость принятия единого УПК, смысл предлагаемых изменений, а также обоснован выбор законодателя в пользу одних процессуальных подходов и отказ от других. Речь идет не о краткой пояснительной записке, которая нередко сопровождает законопроекты в России, а о выдающемся научном произведении объемом более 300 страниц, в котором обстоятельно проанализированы в том числе компаративистические аспекты унификации швейцарского уголовно-процессуального права, а также затрагивается его историческое развитие. Такой подход к реформированию уголовного

процесса было бы полезно воспринять и отечественному законодателю, который с 2001 года и до настоящего момента⁵⁰⁷ принял в общей сложности 163 федеральных закона о внесении в Уголовно-процессуальный кодекс РФ различных изменений и дополнений.

В-третьих, рассмотренные модели досудебного производства, существовавшие в кантональных законодательствах до 2007 г., прошли испытание временем, которое показало их достоинства и недостатки, выявило сильные и слабые стороны.

При разработке единого Уголовно-процессуального кодекса швейцарский законодатель, с одной стороны, учитывал опыт континентальных государств (прежде всего, Франции и Германии) и в меньшей степени англосаксонских стран, а, с другой, самостоятельно разработал и воплотил в УПК 2007 г. свои собственные процессуальные идеи, некоторые из которых в настоящее время не имеют аналогов в иных процессуально-правовых системах.

Влияние французских и германских концепций мы находим, прежде всего, в кантональных законодательствах, предшествовавших его принятию. При этом, как показано выше, разработчики УПК Швейцарии 2007 г. расширили полномочия прокуратуры и сделали осознанный выбор в пользу отказа от следственных судей, предусмотренных действующим французским законодательством. В этом можно увидеть проявление общеевропейской тенденции по упразднению, как писал профессор В. Жандидье, «одного из наиболее красивых институтов уголовного процесса»⁵⁰⁸.

Швейцарский подход к организации досудебных стадий во многом схож с немецким, в частности: на данной стадии органом, ведущим производство, является прокуратура; статус обвиняемого не дифференцируется,

⁵⁰⁷ Последний просмотр перечня федеральных законов о внесении изменений и дополнений в УПК РФ в СПС «Консультант Плюс» произведен 15 августа 2014 г.

⁵⁰⁸ Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 93. По состоянию на осень 2014 г. институт следственных судей французского типа в Европе сохранился, помимо самой Франции, лишь в немногих государствах, в частности, в Бельгии, Греции, Люксембурге, Лихтенштейне.

обвинение предъявляется непосредственно в суд. Тем не менее в УПК Швейцарии 2007 г. есть существенные отличия от порядка, установленного в настоящее время ФРГ: сохранено предварительное следствие, полиция наделена некоторой самостоятельностью при проведении дознания (хотя и незначительной); прокуратура при определенных условиях уполномочена издать приказ о наказании без участия суда (если обвиняемый не возражает против этого).

Швейцарские ученые, принимавшие участие в разработке Кодекса, воплотили в нем научные взгляды, которые, хотя и высказываются в других странах, но пока еще не получили отражения в действующем законодательстве многих из них. Прежде всего, имеются ввиду: дифференциация статуса потерпевшего, предполагающая повышенную защиту лиц, пострадавших от насильственных преступлений, разграничение заключения под стражу в досудебном и в судебном производстве, исходя из целей, ради которых оно предписывается, нормативное закрепление теории «плодов отравленного дерева» и ее обстоятельная регламентация, введение процессуального статуса «лица, являющегося источником сведений». Пока ещё не во всех европейских странах получил признание и законодательное закрепление институт медиации, также нашедший отражение в новом швейцарском УПК 2007 г.

Концептуальные позиции составителей данного Кодекса также ярко проявляются в соотношении дознания и предварительного следствия. Несмотря на то, что на протяжении всего досудебного производства решающие полномочия принадлежат прокуратуре, каждая из этих стадий характеризуется собственными целями, степенью самостоятельности полиции, объемом совершаемых следственных и иных процессуальных действий, кругом мер принуждения. В связи с этим законодатель принципиальным образом сохранил дифференциацию досудебного производства в швейцарском уголовном процессе.

Можно предположить, что новый УПК Швейцарии 2007 г., в частности его наиболее прогрессивные положения, окажет влияние на правовые систе-

мы других европейских государств (в том числе Франции, Германии и т.д.), поскольку компаративистические исследования занимают важное место в их уголовно-процессуальной науке.

Конечно, далеко не все нормы УПК Швейцарии 2007 г. и лежащие в их основе научные идеи могут быть полезны для развития российского законодательства. Условия, существующие в данных государствах, сильно отличаются друг от друга. Вместе с тем, как писал выдающийся дореволюционный процессуалист И.С. Зарудный, «не допускать в одном государстве доказанных в другом общих начал усовершенствования только по тому, что они иностранные, а не национальные, значило бы почти то же, что не допускать введения железных дорог или телеграфов в государствах, жители которых не имели случая дойти до подобного общенародного изобретения»⁵⁰⁹.

Таким образом, несмотря на различные правовые, социокультурные, географические и иные условия, существующие в России и Швейцарии, нормы данного Кодекса о досудебном производстве и концепции, лежащие в их основе, весьма полезны для обсуждения в отечественной процессуальной науке и для начала обстоятельного диалога по этому вопросу, ибо не знать опыт ведущих европейских стран означает не понимать до конца и собственную правовую систему.

⁵⁰⁹ Щегловитов И.Г. Влияние иностранных законодательств на составление Судебных уставов 20 ноября 1864 года. СПб. 1915. С. 32.

Список использованной литературы

Исторические памятники и переводы на русский язык

иностраннх нормативно-правовых актов

- 1) Дигесты Юстиниана. Том VIII // под ред. Л.Л. Кофанова. М., 2006.
- 2) Каролина. Уголовно-судебное уложение Карла V // пер. С.Я. Булатова. Алма-Ата, 1967.
- 3) Конституции зарубежных стран // сост. В.Н. Дубровин. М., 2003.
- 4) Судебные уставы императора Александра Второго. СПб., 1883.
- 5) Уголовно-процессуальный кодекс Франции 1958 г. // пер. на рус. яз. Л.В. Головкин. М., 1996.
- 6) Устав уголовного судопроизводства Германской империи // пер. И.Б. Соболева. СПб, 1878.
- 7) Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы // под ред. В.М. Корецкого. М., 1961.
- 8) Швейцарский уголовный кодекс 1937 года // пер. с нем. Н. С. Лапиной. М. 1941.

Нормативно-правовые акты и официальные документы

(на русском и немецком языках)

- 1) Решение ЕСПЧ по делу «Губер против Швейцарии» [Huber v. Switzerland] (N 12794/87). СПС «Консультант Плюс». 2014.
- 2) Решение ЕСПЧ по делу «Салдуз против Турции» [Salduz. v. Turkey] (N 36391/02). СПС «Консультант Плюс». 2014.
- 3) Решение ЕСПЧ по делу «Скавуццо-Хагер и другие против Швейцарии» [Scavuzzo-Hager and others - Switzerland] (N 41773/98). СПС «Консультант Плюс». 2014.
- 4) Решение ЕСПЧ по делу «Шенк против Швейцарии» [Schenk v. Switzerland] (10862/84). СПС «Консультант Плюс». 2014.
- 5) Решение ЕСПЧ по делу «W. против Швейцарии» [W. v. Switzerland] (N 14379/88). СПС «Консультант Плюс». 2014.

6) Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ // СЗ РФ, 24.12.2001, N 52 (ч. I), ст. 4921.

7) Федеральный закон от 17.01.1992 N 2202-1 (ред. от 03.02.2014) "О прокуратуре Российской Федерации" // СЗ РФ, 20.11.1995, N 47, ст. 4472.

8) Федеральный закон от 28.12.2010 N 403-ФЗ (ред. от 03.02.2014) "О Следственном комитете Российской Федерации" // СЗ РФ, 03.01.2011, N 1, ст. 15.

9) Федеральный закон от 28.12.2013 N 432-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования прав потерпевших в уголовном судопроизводстве" // СЗ РФ, 30.12.2013, N 52 (часть I), ст. 6997.

10) Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts». Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartament. Bern. 1997.

11) Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartament, Bundesamt für Justiz. Bern. 2001.

12) BGE. 114. IV. 76, 77; 86 IV 128; 75 V 139, 140ff. BGE. 116. IV. 83, 86; 114 IV 78, 78; 109 IV 56, 57ff. BGE. 106. IV. 31, 34. BGE. 104 Ia 17, 20ff.

13) Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10.09.2008. BBL. 2008.

14) Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005. BBL. 2006.

15) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18 April 1999. BBL. 1999.

16) Schweizerische Strafprozessordnung (Entwurf). BBL. 2006.

17) Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 05.10.2007. BBL. 2007.

18) Strafprozessordnung. München, 2012.

19) Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartament. Bern. 2001.

Научные источники на русском и украинском языке

Книги и монографии

- 1) Бойльке В. Уголовно-процессуальное право // пер. на рус. яз. Плошкиной Я.М. Красноярск, 2004.
- 2) Большая Советская Энциклопедия. Том 29. М., 1978.
- 3) Головки Л.В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. Кн.11. М., 2009.
- 4) Головки Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995.
- 5) Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002.
- 6) Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002.
- 7) Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997.
- 8) Крылатые латинские выражения // сост. Ю.С. Цыбульник М., 2006.
- 9) Козочкин И.Д. Уголовное право США. Успехи и проблемы реформирования. М., 2007.
- 10) Королева-Бордоси Н.В. Основы конституционного права Швейцарии. Киев. 2011.
- 11) Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. М., 2009.
- 12) Латинско-русский и русско-латинский словарь // сост. Победоносцев А.В., Козлова Г.Г., Глухов А.А., Белов А.М. М., 2004.
- 13) Молдован А.В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. Київ, 2010.
- 14) Немецко-русский юридический словарь. Abbyu Lingvo. М., 2010.

- 15) Полянский Н.Н. Основные формы построения уголовного процесса // Учен.зап. Моск. ун-та. Труды юридич. ф-та. Вып. 145. 1949.
- 16) Пржевальский В.В. Объединение уголовного законодательства в Швейцарии. СПб, 1894.
- 17) Прокурорский надзор // под ред. А.Я. Сухарева. М., 2007.
- 18) Случевский В.К. Учебник русского уголовного процесса. Введение. Ч.1. Судоустройство. М., 2008.
- 19) Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. СПб., 2000.
- 20) Строгович М.С. Уголовный процесс. М., 1946.
- 21) Уголовно-процессуальное право Российской Федерации // под ред. П.А. Лупинской. М., 2009.
- 22) Уголовно-процессуальное право Российской Федерации // под ред. И.Л. Петрухина, И.Б. Михайловской. М., 2010.
- 23) Уголовный процес // под ред. В.И. Радченко. СПС «Консультант Плюс», 2013.
- 24) Уроки уголовного правосудия в России // отв. редакторы А.Е. Лебедев, Е.Б. Мизулиной. М., 2007.
- 25) Чельцов-Бебутов М. А. Курс советского уголовно-процессуального права. Т. I. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. М., 1957.
- 26) Филимонов Б.А. Основы уголовного процесса Германии. М., 1994.
- 27) Филимонов Б.А. Уголовный процесс ФРГ. М., 1974.
- 28) Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1912.
- 29) Щегловитов И.Г. Влияние иностранных законодательств на составление Судебных уставов 20 ноября 1864 г. СПб., 1915.
- 30) Яблоков Н.П. Криминалистика. М., 2009.
- 31) Ястребов Б.В. Прокурорский надзор. М., 2013.

Диссертации и авторефераты

- 1) Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие по уголовным делам во Франции / основные тенденции развития. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1995.
- 2) Жидкова Е.И. Формирование пределов производства по делу в досудебных стадиях уголовного процесса. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. М., 2007.
- 3) Козлова А.Н. Публичность как принцип уголовного судопроизводства. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. М., 2007.
- 4) Мачковский Г. Полицейское расследование во Франции. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. М., 1973.
- 5) Резяпов А.А. Окончание предварительного расследования обвинительным заключением (актом, постановлением) и направление уголовного дела в суд. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. Челябинск, 2014.
- 6) Царегородцева Е.А. Способы оптимизации гражданского судопроизводства. Дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006.

Научные статьи

- 1) Головкин Л.В. Институты отказа прокурора от обвинения и изменения обвинения в суде: постсоветские перспективы в условиях теоретических заблуждений // Государство и право. 2012, № 2.
- 2) Головкин Л.В. Фундаментальные особенности российского уголовного права и процесса с точки зрения сравнительного правоведения // Закон. 2013, № 7.
- 3) Гончан Ю.А. Правоотношения субъектов уголовного преследования на стадии возбуждения уголовного дела // Адвокат. 2008, № 5.
- 4) Давлетов А.А. Состязательность в современном уголовном процессе России // Бизнес, Менеджмент и Право. 2012, N 2.
- 5) Ковтун Н.Н. Следственный судья в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2010, № 9.

- 6) Ковтун Н.Н. Следственный судья как субъект правовых отношений // Вопросы правоведения, 2012. N 1.
- 7) Лукожев Х.М. История возникновения и развития государственного обвинения в России // История государства и права", 2011, N 23.
- 8) Масленникова Н.И. Судебный приказ // Российский юридический журнал. 1996, N 3.
- 9) Решетников Ф.М. Уголовная юстиция современной Швейцарии // Советское государство и право. 1991, № 3.
- 10) Федоранич С. Необжалуемое определение // ЭЖ-Юрист, 2013, N 49. СПС «Консультант Плюс», 2014.
- 11) фон-Резон А. Из Швейцарии // Журнал гражданского и уголовного права. 1887, № 6.
- 12) Редких С.В. К вопросу о пробелах законодательного регулирования приказного производства // Арбитражный и гражданский процесс, 2013, N 2. СПС «Консультант Плюс», 2014.
- 13) Щегловитов И.Г. Реформа уголовного процесса в Цюрихском кантоне // Право. 1904, № 24-25.
- 14) Щерба С., Додонов В. Полномочия прокуроров на досудебных стадиях в уголовном процессе Германии, Франции, Англии, Италии и Испании // Законность, 2011. N 6.

Научные источники на немецком языке

Книги, монографии, сборники

- 1) Aeschlimann J. Das neue bernische Gesetz über das Strafverfahren vom 15.März 1995. 1996.
- 2) Albertini G., Fehr B., Voser B. Polizeiliche Ermittlung. Zürich, 2008.
- 3) Alsberg M., Nüse K., Meyer K. Der Beweisantrag im Strafprozess. Bern. 1983.
- 4) Baumann C. Die Stellung die Geschädigte im schweizerischen Strafprozess. Zürich, 1958.

- 5) Beulke W. Strafprozessrecht. Augsburg, 2008.
- 6) Bertossa C. Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen. Bern. 2003.
- 7) Bürgi H. Die Behördeorganisation und das ordentliche Verfahren nach der Revision des thurgauischen Strafprozessrechts. Zürich, 1973.
- 8) Carlen L. Rechtsgeschichte der Schweiz. Bern, 1968.
- 9) Cottter G. Die Revision des obwaldnerischen Strafverfahrens von 1996. Sarnen, 1997.
- 10) Ignor A. Geschichte des Strafprozess in Deutschland 1532-1846. Paderborn, 2002.
- 11) Hartman A., Schmidt R. Strafprozessrecht. Hannover, 2008.
- 12) Hauser R., Schweri E. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2002.
- 13) Kriss-Peter C. Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft. Basel, 1993.
- 14) Heer M. Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung. Bern, 2010.
- 15) Jositsch D. Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich, 2009.
- 16) Mauer T. Das bernische Strafverfahren. Bern, 1999.
- 17) Oberholzer N. Grundzüge des Strafprozessrechts, dargestellt am Beispiel des Kantons St.Gallen. St.Gallen, 2005.
- 18) Pieth M. Schweizerisches Strafprozessrecht. Basel, 2009.
- 19) Rechberg J., Hohl M. Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991. Zürich, 1992.
- 20) Regli R. Das ernerische Strafverfahren. Freiburg, 1968.
- 21) Rüping A., Jerouschek G. Grundriss der Strafrechtsgeschichte. Zürich, 2007.
- 22) Roxin C. Einführung // Strafprozessordnung. München, 2009.
- 23) Seelmann K. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Basel, 2007.
- 24) Seiler S. Strafprozessrecht. Wien, 2013.

- 25) Stoß C. Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, im Auftrag des Bundesrates vergleichend dargestellt. I-II. Basel und Genf, 1892-1893.
- 26) Streiff H. Die Strafrechtspflege im Kanton Glarus. Zürich, 1948.
- 27) Werner B. Die Gerichtsorganisation im Kanton Schaffhausen – Werk oder Flickwerk? // Schaffhauser Recht und Rechtsleben, Festschrift zum Jubiläum 500 Jahre Schaffhausen im Bund. Schaffhausen, 2001.
- 28) Wiprächtiger H. Luzerner Strafprozessordnung. Luzern, 1991.
- 29) Zweidler T. Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung. Bern. 2005.
- 30) Zindel A. Kosten und Entschädigungsformen im Strafverfahren des Kantons Zürich. Zürich. 1972.

Комментарии

- 1) Bänziger F., Stolz W., Kobler W. Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzel ARh. Herisau, 1992.
- 2) Brühlmeier B. Aargauische Strafprozessordnung (Kommentar). Aargau, 1980.
- 3) Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Zürich, 2010.
- 4) Donatsch N., Schmid R. Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich. Zürich, 1996.
- 5) Leimgruber. L. Das neue Engagement des Bundes in der Strafverfolgung, Kurzkomentar zur «Effizienzvorlage. Bern, 2001.
- 6) Meyer-Goßner L. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. München, 2008.
- 7) Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010.
- 8) Paddrutt W. Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden. Chur. 1996.

Научные статьи

- 1) Blätter S. Die Stellung der Polizei im neuen schweizerischen Strafverfahren // ZStrR. 2007, № 2.
- 2) Blätter S. Einsatz von verdeckten Ermittlern aus polizeiliche Sicht // AJP. 2002, № 13.
- 3) Bommer F. Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen? // ZStrR. 2003, № 4.
- 4) Camenzind H. «Anwalt der ersten Stunde» – ein zentraler Teil der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung // Anwaltsrevue. 2007, № 8.
- 5) Dubs H. Schwerpunkte einer Revision der Basler Strafprozessordnung // BJM. 1989, № 2.
- 6) Erni L. Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde» // ZStrR. 2007, № 125.
- 7) Guidon P. Die Schweizerische Strafprozessordnung // Jusletter 15. September, 2008.
- 8) Hauser R. Der Nidwaldner Strafprozess nach Revisionen von 1988 und 1989 // ZStrR. 1995, № 113.
- 9) Hauser R. Die Schaffhauser Strafprozessordnung vom 15. Dezember 1986 // ZStrR. 1990, № 107.
- 10) Leupold M. Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007. Entstehung - Grundzüge – Besonderheiten // http://www.jv-aargau.ch/jwa/VFS-DFA-39939-CH_Strafprozessordnung_ML.pdf
- 11) Morger G. Die Rolle der Polizei im Untersuchungsverfahren // ZStrR. 1985, № 1.
- 12) Rohner W. Zur Totalrevision der ausserrhodischen Strafprozessordnung // ZStrR. 1980, № 97.
- 13) Popp P. Zur Notwendigkeit des «Anwalts der ersten Stunde» // Anwaltsrevue. 2007, № 6.
- 14) Ruckstuhl N. Die revidierte Strafprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Juni 1999 // ZStrR. 2000, № 118.

15) Tschumper R. Zur Revision des aargauischen Gesetzes über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) // ZStrR. 1979, № 96.

16) Weder U. Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde», Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess // NZZ, № 284 vom 06.12.2006.

17) Wicki F. Die Schweizerische Strafprozessordnung aus der Sicht des Gesetzgebers // ZStrR. 2007, № 125.

18) Zalunardo R. Ansicht eines Praktikers zu «Teilnahmerecht der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren» // Plädoyer. 1995, № 4.

Приложение 1

Перечень швейцарских кантонов, где функции суда по вопросам мер принуждения в настоящее время возложены на специально назначенных для этого судей и их персоналии

1) Базель-Ландшафт. Полномочия, возложенные на суд по вопросам мер принуждения, единолично осуществляет судья Андреас Шредер (URL: http://www.ur.ch/de/behoerdenmain/gerichtetop/gericht/abteilungen/welcome.php?amt_id=972&page=1; последний просмотр сайта - 09.04.2014).

2) Тургау. Указанные полномочия возложены на действующих единолично трех судей: Дюнки Рольф, Меллер Нильс и Швандер Курт (URL: http://www.zwangsmassnahmen.gericht.tg.ch/xml_123/internet/de/intro.cfm; последний просмотр сайта - 09.04.2014).

3) Люцерн. Данные полномочия единолично исполняет судья Меули Петер (URL: http://www.gerichte.lu.ch/index/organisation/o_zwangsmassnahmen_gericht.htm; последний просмотр сайта - 09.04.2014).

Приложение 2

Справка о составе судов по вопросам мер принуждения в немецко-язычных кантонах в виде выдержек из соответствующих кантональных законодательных актов⁵¹⁰

I

Кантоны, где функции суда по вопросам мер принуждения в настоящее время возложены на единоличных судей, действующих вне Президиума

1) Ааргау. Ст. 30а Закона об организации судов общей юрисдикции от 11 декабря 1984 г. (в ред. от 1 января 2011 г.): «Председатель Окружного суда принимает единоличные решения в качестве судьи по вопросам мер принуждения во всем кантоне».

2) Аппенцелль-Ауссерроден. Ст. 27 Закона о юстиции от 13 декабря 2010 г.: «Единоличные судьи Верховного суда кантона являются апелляционной инстанцией по отношению к единоличным судьям Кантонального суда, действующего в качестве Суда по вопросам мер принуждения».

3) Аппенцелль-Иннерроден. Ст. 8 Вводного закона к УПК: «Единоличные судьи окружного суда выполняют функции суда по вопросам мер принуждения».

4) Базель-Штадт. Ст. 9а Закона о формировании и организации судов, а также трудовых отношениях судебного персонала и о прокуратуре от 27 июня 1895 г. (в ред. от 3 февраля 2011 г.): «Задачи суда по вопросам мер принуждения по очереди выполняют Председатели Суда по уголовным делам».

5) Берн. Ст. 61 Закона об организации судебных органов и прокуратуры от 11 июня 2009 г.: «Кантональный Суд по вопросам мер принуждения действует в качестве единоличного суда».

6) Вале. Ч. 1 ст. 12 Закона о правосудии от 11 февраля 2009 г.: «В Суде по вопросам мер принуждения судьи принимают решения единолично».

⁵¹⁰ Перевод соответствующих фрагментов законодательных актов выполнен диссертантом самостоятельно.

7) Гларус. Ч. 1 ст. 14 Закона об организации судов от 6 мая 1990 г.: «Председатель обеих палат по гражданским делам осуществляет полномочия суда по вопросам мер принуждения».

8) Граубюнден. Ч. 1 ст. 33 Закона о судоустройстве от 23 марта 2010 г.: «Суд по вопросам мер принуждения состоит из единоличного судьи, а также запасных судей».

9) Золотурн. Ч. 1 ст. 19 Закона о судоустройстве от 13 марта 1977 г. (в ред. от 1 января 2012 г.): «Парламентский совет избирают основного и запасного судью по вопросам мер принуждения».

10) Люцерн. Ч. 4 ст. 35 Закона об организации судов и государственных органов гражданского и уголовного судопроизводства от 10 мая 2010 г.: «Единоличные судьи принимают решения по всем вопросам, отнесенным к компетенции суда по вопросам мер принуждения».

11) Нидвальден. Ст. 14 Закона о судах и органах юстиции от 9 июня 2010 г.: «Суд кантона в качестве единоличного судебного органа принимает решения о мерах принуждения, предусмотренных в УПК и Ювенальном УПК».

12) Санкт-Галлен. Ч. 2 ст. 15 Вводного закона к УПК и Ювенальному УПК Швейцарии от 03 августа 2010 г.: «Судьи Суда по вопросам мер принуждения принимают решения единолично».

13) Тургау. Ч. 1 ст. 23 Закона о правосудии по гражданским и уголовным делам от 17 июня 2009 г.: «Суд по вопросам мер принуждения состоит из судей, которые действуют единолично».

14) Фрибур. Ч. 3 ст. 72 Закона о юстиции от 31 мая 2010 г.: «Суд по вопросам мер принуждения выносит решения посредством единоличных судей».

15) Цуг. Ч. 1 ст. 33 Закона об организации органов гражданского и уголовного судопроизводства от 26 августа 2010 г.: «Функции Суда по вопросам мер принуждения возложены на единоличных судей суда по уголовным делам».

16) Цюрих. Ч. 1 ст. 29 Закона об организации судов и государственных органов в гражданском и уголовном процессе от 10 мая 2010 г.: «Единоличный состав окружного суда по месту нахождения компетентной прокуратуры является судом по вопросам мер принуждения».

17) Шафхаузен. Ч. 1 ст. 35 Закона о юстиции от 9 ноября 2009 г.: «Единоличные судьи Суда кантона осуществляют полномочия Суда по вопросам мер принуждения в общеуголовных делах и ювенальном уголовном судопроизводстве».

18) Швиц. Ч. 4 ст. 24 Закона о юстиции от 28 ноября 2009 г.: «Каждый судья Суда по вопросам мер принуждения действует единолично».

II

Кантоны, где функции суда по вопросам мер принуждения в настоящее время возложены на Президиум, состоящий из единоличных судей

19) Базель-Ландшафт. Ст. 21 Закона о судостроительстве: «1. Суд по вопросам мер принуждения состоит из Президиума. 2. Президиумы Суда по уголовным делам осуществляют функции Суда по вопросам мер принуждения, чередуясь ежегодно. Данная функция обозначается как относящаяся к его задачам».

Вместе с тем анализ сайта этого суда позволяет установить, что данный Президиум состоит из Председателя, заместителя и секретарей и что дела рассматриваются им единолично. URL: http://www.ur.ch/de/behoerdenmain/gerichtetop/gericht/abteilungen/welcome.phpamt_id=972&page=1 (последний просмотр сайта - 09.04.2014).

20) Обвальден. Ч. 1 ст. 57а Закона о судостроительстве от 22 сентября 1996 г. (в ред. от 1 янв. 2013 г.): «Президиум Суда кантона осуществляет должностные обязанности суда по вопросам мер принуждения».

Вместе с тем, в соответствии со ст. 4 указанного закона, Президиум Суда кантона действует единолично.

21) Ури. Ч. 1 ст. 19е Закона об организации судебных органов от 17 мая 1992 г. (в ред. от 1 января 2011 г.): «Президиум Суда земли рассматривает дела во всем кантоне в качестве суда по вопросам мер принуждения в уголовном судопроизводстве».

Вместе с тем анализ сайта этого суда позволяет установить, что данный Президиум состоит из Председателя, заместителя и секретарей и что дела рассматриваются им единолично. URL: http://www.ur.ch/de/behoerdenmain/gerichtetop/gericht/abteilungen/welcome.php?amt_id=972&_page=1 (последний просмотр сайта - 09.04.2014).