Трефилов Александр Анатольевич. Организация досудебного производства по УПК Швейцарии 2007 года: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.09 / Трефилов Александр Анатольевич;[Место защиты: Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова].- Москва, 2014.- 199 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**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

## Обзор моделей досудебного производства в швейцарских кантонах накануне принятия УПК 2007 г

Произведенное в швейцарской науке при подготовке УПК обобще ние существовавших в законодательстве кантонов порядков организации до судебных стадий процесса позволило выделить модели с судебным и несу дебным предварительным следствием (в общей сложности 4 порядка его ор ганизации). Судебное предварительное следствие, производимое особыми должностными лицами судебного ведомства, характерно для модели след ственного судьи I (с учетом ряда модификаций близка к Каролине 1532 г.), модели следственного судьи II (mutatis mutandis имеет общие черты с фран цузским Кодексом уголовного следствия 1808 г.) и для модели прокуратуры I (относительно близка к УПК Франции 1958 г., УПК Германии 1877 г. до ре формы 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 ме сто.

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.

Дифференциация дознания и предварительного следствия в Швейца рии 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 предвари тельное следствие могут иметь факультативный характер. Однако хотя бы одна из этих стадий в случае поступления информации о преступлении должна состояться обязательно.

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.

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 производится лишь в порядке упрощенного судопроизводства (если приказ о наказании издан в ходе дознания).

В ходе всего досудебного производства швейцарской прокуратуре принадлежит ведущая роль в собирании доказательств, избрании мер при нуждения (в ряде случаев – с санкции суда) и принятии решения о дальней шем направлении уголовного дела. Полиция имеет лишь вспомогательное значение. Всё это свидетельствует о достаточно гибком разграничении до знания и предварительного следствия в современной швейцарской процессу альной системе. Тем не менее, разработчики УПК 2007 г. не отказались от дуализма досудебного производства, сохранив его дифференциацию (в отли чие от нынешней Германии и Австрии).

Необходимость сохранения в Швейцарии предварительного след ствия и отказ от современного германо-австрийского подхода к построению досудебного производства объясняется комплексом причин, к которым мож но отнести: 1) швейцарские правовые традиции – термин «предварительное следствие» использовался во всех четырех рассмотренных выше кантональ ных моделях; 2) стремление к процессуальной экономии, позволяющей окан чивать уголовные дела о преступлениях, не обладающих большой обще ственной опасностью, на стадии дознания посредством издания приказа о наказании; 3) двукратное (первоначальное и последующее) исследование во проса о виновности лица, позволяющее не допустить привлечение к уголов ной ответственности невиновного; 4) следование принципам доказатель ственного права: доказательства, собранные прокуратурой на стадии предва рительного следствия, считаются более легитимными, нежели материалы, собранные полицией в ходе дознания; 5) потребности в применении заклю чения под стражу в досудебном производстве – на стадии дознания данная мера процессуального принуждения по УПК Швейцарии 2007 г. не допуска ется.

Суды по вопросам мер принуждения, несмотря на свое наименова ние, отражающее идею законодателя разграничить функции судебного кон троля и рассмотрения дела по существу, в большинстве кантонов не образу ют отдельного государственного органа. Соответствующие полномочия чаще всего возлагаются на судей, которые рассматривают также уголовные, адми нистративные, гражданские и иные дела. Категория «суд по вопросам мер принуждения» в большинстве швейцарских кантонов является исключитель но функциональной, а не судоустройственной. Следовательно, никакой уго ловно-процессуальной революции в построении судебного контроля в этой стране не произошло.

## Проблема дуализма дознания и предварительного следствия по новому УПК Швейцарии

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 су 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.

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.

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.

## 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 Strafverfolgungsbehrden): 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, за явитель, свидетель, лицо, являющееся источником сведений, эксперт, третье лицо, обременённое процессуальными действиями (ст. 105). Данная классификация позволяет сделать три вывода.

Во-первых, швейцарский законодатель, выделяя среди других участников судопроизводства, стороны и суд, опирается на принцип состязательности и предает 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 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 ber die Organisation der Strafbehrden 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, 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.

## Заключение под стражу и иные меры принуждения на стадии предварительного следствия

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 наказания. Думается, что соответствующие положения УПК 2007 г. российскому законодателю 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 правопорядках, 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. wПри 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 регу-лирования)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 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 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 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 продолжится 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.