
Н.Г. Стойко,

*доктор юридических наук, профессор
кафедры уголовного процесса и
криминалистики Санкт-Петербургского
государственного университета
nstoiko@mail.ru*

В.М. Шафиров,

*доктор юридических наук, профессор,
зав. кафедрой теории государства и права
Юридического института Сибирского
федерального университета
tgip.sfu@yandex.ru*

О фундаментальных различиях уголовного процесса континентального и англо- американского типов

Существует несколько фундаментальных различий уголовного процесса континентального и англо-американского типов. К их числу относятся в континентально-европейских юрисдикциях — преобладание материального уголовного права над процессуальным правом, в англо-американских юрисдикциях — преобладание уголовно-процессуального права над материальным¹.

Практически речь идет о цели уголовного преследования, с одной стороны, и цели защиты прав и свобод обвиняемого — с другой. Действительно ли существуют такие явные правовые приоритеты? Очевидно, нет. Не случайно, по-видимому, в современной английской юридической литературе встречаются обоснованные утверждения, что защита прав и свобод обвиняемого является не целью уголовного процесса, а важным условием, при обязательном соблюдении которого должно осуществляться действительно фундаментальное его предназначение — предупреждать преступления, осуждать виновных и оправдывать невиновных². В немецкой, французской и российской литературе, напротив, склоняются к признанию такой защиты приоритетной целью наряду с защитой общества и потерпевших от преступлений³. Иначе говоря, спора о преобладании материального или процессуального права не возникает. Во всяком случае, взгляды ученых практически совпадают, когда речь идет о соответствующих ценностях (как бы их не определяли — назначение, цель, задача, средство, условие)⁴. Это закономерно, поскольку в настоящее время невозможно представить ни тотальный уголовно-правовой

¹ См., например: Криминология / под ред. Дж. Ф. Шели. М., 2003. С. 51–52.

² См., например: *Ashworth A. The Criminal Process: An Evaluative Study. Oxford, 1998. P. 66.*

³ В российской юридической литературе не все авторы рассматривают защиту личных прав и свобод в качестве цели уголовного процесса. См., например: *Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005. С. 94–103; Володина Л.М. Проблемы уголовного процесса: закон, теория, практика. М., 2006. С. 16–20.*

⁴ Сказанное не означает, что разграничение указанных понятий лишено какого бы то ни было теоретического или практического смысла.

контроль над преступностью, ни полную (неограниченную) защиту личных прав и свобод.

Другое дело — вопрос о том, как найти и кто должен искать разумный баланс между неизбежностью преследования за совершение преступлений, сопровождающегося ограничением прав и свобод и риском наказания невиновных, и необходимостью высокого стандарта соблюдения этих прав и свобод, сопровождающегося ограничением властных прерогатив по уголовному преследованию и могущего привести к безнаказанности некоторых преступников. Путь к достижению такого баланса, как совершенно верно отмечает В.С. Шадрин, далеко не прост и требует серьезного теоретического подхода¹.

В данном контексте следует весьма критично отнестись к позиции, обосновывающей «существование уголовного процесса наряду с уголовным правом» только необходимостью недопущения осуждения невиновных². Сторонники этой позиции исходят из концепции самоограничения государства в уголовном процессе посредством осуществления в нем независимой судебной власти, отстраненной (не вмешивающейся) от раскрытия преступлений и поиска виновных³. Сама по себе названная концепция (по крайней мере, в рассматриваемом контексте) не вызывает возражений⁴. Однако с ее помощью (на ее основе) производится попытка исключить объяснение уголовного процесса необходимостью борьбы с преступностью (раскрытия преступлений, изобличения виновных) или реализации (определения, установления) имеющегося у государства права наказания⁵.

По сути, сторонники приведенной позиции искусственно разделяют ценности уголовного преследования и защиты прав и свобод⁶. Вместо поиска уголовно-политического и законодательного равновесия интересов личности и общества в уголовном процессе⁷ они противопоставляют их друг другу. Такой подход резко контрастирует с позицией Конституционного Суда РФ, полагающего, что в рамках публично-правового института уголовного пре-

¹ См.: Шадрин В. С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений. М., 2000. С. 16–17.

² См.: Мизулина Е.Б. Совершенствование уголовно-процессуального законодательства: Проект УПК Российской Федерации // Информационный бюллетень Следственного комитета при МВД России. 2001. № 1. С. 146.

³ См.: Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М., 2006. С. 8–22. Подробнее о концепции самоограничения государства в уголовном процессе см.: Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. Тарту, 1991.

⁴ См.: Алексеев Н.С., Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. Тарту, 1991 // Правоведение. 1991. № 6. С. 112–113.

⁵ См.: Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство. Т. 1. Киев, 1889. С. 1; Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. СПб., 1996. С. 3; Викторский С.И. Русский уголовный процесс. М., 1997. С. 12; Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. М., 1962. С. 14; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2003. С. 17; Уголовный процесс: Общая часть / под ред. В.З. Лукашевича. СПб., 2004. С. 13–17.

⁶ Справедливости ради заметим, что И.Б. Михайловская в своем обосновании фактически связывает воедино обозначенные ценности. См.: Михайловская И.Б. Указ. соч. С. 21.

⁷ На важность обеспечения именно баланса указанных ценностей неоднократно обращал внимание И.Л. Петрухин. См.: Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003. С. 47; Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М., 2009. С. 17.

следования гарантируется защита прав и свобод «как лицам, в отношении которых осуществляется такое преследование, так и иным заинтересованным лицам, в том числе пострадавшим в результате преступления»¹. Более того, он (подход) не только «совершенно разрывает связь между уголовным правом и уголовным процессом»,² но и, тем самым, урезывает и извращает содержание деятельности суда³. Суд становится органом, констатирующим право как исход борьбы государства и гражданина⁴, а не конституирующим (определяющим, устанавливающим) право как результат соотнесения, согласования ценностей уголовного преследования и защиты прав и свобод человека в каждом конкретном случае. Это принципиально не верно. Разумеется, суд не может быть борцом с преступностью (подобно органам расследования и прокуратуры), но он не может быть отстранен от борьбы с ней.

Именно об этом говорили известные русские дореволюционные юристы, научные споры которых удивительно напоминают современные теоретические дискуссии⁵. Так, по меткому выражению крупного русского ученого-процессуалиста И.В. Михайловского, суд «должен остаться бесстрастным, спокойным, разумным и могущественным контролером борьбы (с преступностью. — *Н.С.*) умеряющим ее крайности»⁶. «Конечно, — подчеркивал не менее крупный русский ученый-юрист В.Д. Спасович, — лучше освободить 10 и 100 виновных, нежели осудить одного невинного, но если законодательство, нисколько не уменьшая гарантий судебных, которыми пользуется невинность, уменьшит только шансы безнаказанности настоящих злодеев, то нельзя не желать, чтобы оно изменило в этом направлении свою систему»⁷.

Таковы современные уголовно-политические реалии, за которыми стоит уже давно широко разделяемая учеными-правоведами и воплощенная в жизнь идея «культурной самооценности» независимого правосудия⁸.

Достаточно ясно и определенно названная идея выражена и в актуальной позиции Верховного суда США, который в своих решениях неоднократно подчеркивал, что суды, предотвращая злоупотребления властью со стороны

¹ По делу о проверке конституционности положений статей 237, 413 и 418 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Курганского областного суда : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 мая 2007 г.// Российская газета. 2007. 2 июня.

² *Чельцов-Бебутов М.А.* Советский уголовный процесс. Вып. 1. Харьков, 1928. С. 4.

³ См.: Там же. С. 5.

⁴ См.: Там же. С. 5; *Строгович М.С.* Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности. М., 1939. С. 84.

⁵ О теоретических дискуссиях в этой области см. подробнее: *Чельцов-Бебутов М.А.* Указ. соч. С. 1–6.

⁶ *Михайловский И.В.* Основные принципы организации уголовного суда. Томск, 1905. С. 94.

⁷ *Спасович В.Д.* О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судостроительством и судопроизводством. М., 2001. С. 24.

⁸ На руководящее и сдерживающее значение этой идеи для обсуждаемого вопроса обращал внимание политиков-процессуалистов еще Н.Н. Розин (один из весьма авторитетных ученых-процессуалистов позапрошлого столетия, являющийся, кстати говоря, сторонником «чистой» формы состязательности как антипода «чистой» формы розыска). См.: *Розин Н.Н.* Уголовное судопроизводство. СПб., 1914. С. 42.

полиции, действуют в интересах честных граждан, а не способствуют уклонению от ответственности преступников или исправлению ошибок полиции¹.

Первый раз Верховный суд США коснулся рассматриваемого вопроса в 1886 году. В одном из своих решений он постановил, что документы, изъятые «[незаконно] в ошибочном и неконституционном порядке», не могут быть приняты судом в качестве доказательств по делу, потому что это нарушает права граждан, оговоренные в поправках IV и V² к Конституции³. Это решение послужило своего рода «толчком» для выработки в дальнейшем правила исключения доказательств, полученных с нарушением личных прав граждан, и доктрины «Фрукт отравленного дерева» (ФОД) в американском уголовном процессе.

Правило исключения уличающих доказательств (улик) официально появилось в решении Верховного суда 1914 года⁴, когда суд впервые встал на защиту идей поправки IV. Это правило состоит в том, что улики, добытые незаконным путем, не могут рассматриваться и использоваться судом при разрешении дела.

Появление данного правила преследовало две основные цели. Во-первых, предотвращение злоупотребления властью полицией и, во-вторых, защиту независимости и справедливости судов. Последующее введение Верховным судом «исключения доброй воли» подтвердило эти цели и завершило эволюцию правила исключения улики.

Применяя правило исключения улики, суды должны ответить на четыре вопроса:

Предотвратит ли исключение улики в данной ситуации дальнейшее нарушение поправки IV полицией? Если да, то до какой степени?

Какова общественная потеря от подобного исключения?

Насколько незаконным было поведение полиции?

Можно ли сказать, что польза от предотвращения будущих нарушений превышает общественные потери в данном случае?

Дать ответы на эти вопросы на самом деле не так просто. Прежде всего, судам довольно сложно определить размер пользы от предотвращения будущих нарушений, в то время как общественные потери от не использования части собранных улики достаточно легко определимы. Кроме того, затруднение вызывает то обстоятельство, что правило исключения улики и сама поправка IV предусмотрены не для защиты преступников от справедливого наказания, а для защиты личной жизни честных граждан от посягательств полиции.

Из-за этих сложностей почти двадцать лет правило исключения уличающих доказательств практически не применялось американскими судами.

¹ См.: *United States v. Leon* 468 U.S. 897, 82 L Ed 2d 667, 104 S Ct 3405 (1984); *Massachusetts v. Sheppard* 468 U.S. 981, 82 L Ed 2d 737, 104 S Ct 3424 (1984); *United States v. Ceccolini* 435 U.S. 268, 55 L Ed 2d 268, 98 S Ct 1054 (1978). См. подробнее: *Стойко Н.Г., Никитин Г.А.* Уголовный процесс в США: Защита личных прав и свобод. СПб., 2006. С. 45–54.

² Указанные поправки гарантируют американским гражданам, в частности, право на неприкосновенность личности, жилища, бумаг и имущества, должную правовую процедуру. О характеристике этих и других конституционных гарантий в сфере уголовного процесса см. подробнее: *Бернам У.* Правовая система США. Вып. 3. М., 2006. С. 469–517.

³ См.: *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886).

⁴ См.: *Weeks v. United States* 232 U.S. 383, 58 L Ed 652, 34 S Ct 341 (1914).

Положение кардинально изменилось лишь в 1984 г., когда Верховный суд своим решением сформулировал концепцию «исключения доброй воли».¹ Суть ее сводится к тому, что суды должны исключать только улики, добытые с нарушением закона (умышленно или по небрежности), повлекшим за собой ограничение какого-либо личного конституционного права соответствующего лица.

Под воздействием упомянутого решения Верховного Суда на практике перестали применять правило исключения улик к «техническим» нарушениям поправок IV и V.

Например, в деле об аресте и обыске офицерами полиции гражданина по ордеру, который позже был объявлен незаконным, суд заключил, что основания для исключения улик отсутствуют, т. к. полиция действовала по «доброй воле», и суд не намерен усложнять уголовное дело, исключая улики, доказывающие преступную вину².

В другом деле суд постановил, что улики, полученные при обыске, явившимся результатом достаточно обоснованного, но не подтвердившегося обвинения, и приведшие к обвинению в другом преступлении, должны считаться законными и приниматься судами к рассмотрению³.

Окончательно правило исключения уличающих доказательств оформилось в двух следующих прецедентах.

Дело *United States v. Leon*⁴. Работники полиции собрали свидетельства того, что по трем адресам в Лос Анжелесе идет торговля наркотиками. Представив эти свидетельства прокуратуре, они получили ордер на обыск всех трех адресов. При обыске было обнаружено большое количество кокаина. Окружной суд постановил, что обыск был незаконным, потому что отсутствовали достаточные основания для его производства. Однако Верховный суд вернул дело для нового разбирательства, указав, что найденный в процессе обыска кокаин должен рассматриваться в качестве одной из улик.

Дело *Massachusetts v. Sheppard*⁵. На автомобильной стоянке найдено обезображенное обгоревшее женское тело. Вскрытие установило, что смерть наступила в результате множественных ударов по голове. Парень убитой девушки, Шепард, не смог предоставить убедительного алиби, а при проверке его машины были обнаружены частицы веществ, аналогичные найденным на теле и около убитой девушки. Следователь попытался получить ордер на обыск квартиры подозреваемого им лица, но не смог найти необходимый бланк (это было воскресенье). Тогда он использовал бланк ордера на обыск по делам о наркотиках. Объяснив ситуацию магистрату, который также не смог найти необходимый бланк, следователь (совместно с магистратом) сделал необходимые исправления, и магистрат подписал ордер на обыск. При обыске были найдены улики, подтверждающие причастность Шепарда к убийству своей девушки. Окружной суд осудил Шепарда в убийстве первой степени.

¹ См.: *United States v. Leon* 468 U.S. 897, 82 L Ed 2d 667, 104 S Ct 3405 (1984).

² См.: *Michigan v. Tucker* 417 U.S. 433, 41 L Ed 2d 182, 94 S Ct 2357 (1974).

³ См.: *Michigan v. De Fillippo* 443 U.S. 31, 61 L Ed 2d 343, 99 S Ct 2627 (1979).

⁴ См.: *United States v. Leon* 468 U.S. 897, 82 L Ed 2d 667, 104 S Ct 3405 (1984).

⁵ См.: *Massachusetts v. Sheppard* 468 U.S. 981, 82 L Ed 2d 737, 104 S Ct 3424 (1984).

Суд штата Массачусеттс вернул дело на новое рассмотрение, заявив, что обыск был неконституционным, т. к. ордер на обыск прямо разрешал только поиск наркотических веществ. Верховный суд отменил это заключение, постановив, что это была лишь «техническая ошибка», которая не должна стоять на пути правосудия.

Таким образом, современное применение правила исключения вполне согласуется как с целью уголовного преследования лиц, виновных в преступлениях, так и с целью защиты прав и свобод граждан от произвола.

Доктрина ФОД дополняет и уточняет правило исключения улик. Под таким наименованием она впервые была сформулирована в решении Верховного суда 1939 г.¹ В соответствии с этой доктриной использование любых уличающих обвиняемого доказательств, получение которых было следствием незаконных действий полиции (даже в прошлом), может быть запрещено судом.

Первоначально доктрина ФОД применялась достаточно прямолинейно: если при получении улик полиция (даже косвенно) совершала хоть какие-то незаконные действия, добытые улики не использовались судами. При этом еще до 1939 г. Верховный суд определил, что правило исключения доказательств, уличающих обвиняемого в совершении преступления, может быть признано неприменимым, если существует независимый источник улики².

Примерами такого признания могут служить следующие два дела.

Дело *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. Владелец деревоперерабатывающей компании были арестованы без надлежащего ордера, и все документы компании были изъяты полицией. Впоследствии владельцы были освобождены, а документы возвращены по решению суда. Однако в распоряжении полиции остались копии всех документов. Исследовав полученную в копиях информацию, работники полиции получили ордер на выемку определенных документов компании и арест владельцев предприятия. Несмотря на то, что документы для обвинения непосредственно получены законным путем, первоначальная информация, послужившая основанием для законных действий полиции, была собрана с нарушением правовых предписаний, в частности, поправки IV к Конституции. Поэтому суд запретил использование этих документов в качестве доказательств.

Дело *Nardone v. United States* (в нем суд официально определил ФОД-доктрину). Телефонная линия и офис гражданина Нардона прослушивались полицией без необходимого ордера, что позволило работникам полиции собрать необходимые доказательства мошенничества. Верховный суд вернул дело на новое рассмотрение, постановив, что улики, добытые с помощью прослушивания офиса и телефона подсудимого, не могут быть использованы, т. к. способ их получения нарушает права граждан, определенные поправкой IV к Конституции.

Таким образом, суть доктрины ФОД состоит в признании недопустимости использования улик, которые были получены в нарушение закона и подпадают под правило исключения доказательств. Только начиная с 1975 г., Верховный суд стал рассматривать ФОД-доктрину строго с точки зрения правила исключения.

¹ См.: *Nardone v. United States* 308 U.S. 338, 341, 84 L Ed 307, 605 S Ct 266 (1939).

² См.: *Silverthorne Lumber Co. v. United States* 251 US 385, 64 L Ed 319, 40 S Ct 182 (1920).

В качестве одного из «переломных» прецедентов, после которого суды начали проверять, служит ли исключение собранных улик задачам правосудия и целям правила исключения, можно назвать дело *United States v. Ceccolini*¹. Решение его основывается на праве не свидетельствовать против себя, гарантированном поправкой V к Конституции, и праве на свободу от необоснованных обысков (изъятий), гарантированном поправкой IV к Конституции.

Местный офицер полиции зашел в магазин, где работал его друг, и подобрал конверт, адресованный владельцу этого магазина (работодателю его друга). Полицейский заглянул внутрь конверта и обнаружил там свидетельства нарушения этим работодателем закона об азартных играх. Тем самым он конституционно неоправданно ограничил право данного гражданина на свободу от необоснованных обысков (изъятий). Однако при этом работник полиции фактически (физически) ничего не изымал, т. е. ограничение названного права носило характер «технической ошибки». Он лишь показал увиденное в конверте своему другу (работнику магазина) и передал информацию о том, что узнал, своему начальству, которое в свою очередь переправило ее в ФБР. Оказалось, что ФБР уже известно об этом нарушении закона, и они ведут наблюдение за указанным гражданином для получения доказательств его противоправного поведения.

Оценив приведенные выше обстоятельства дела, суд постановил, что работник, который видел письменные улики против своего работодателя (подозреваемого в этом деле) и потому попадающий под защиту поправки V, может, тем не менее, быть признан свидетелем по делу. Основанием для такого вывода, по мнению суда, служит то, что, во-первых, цена молчания важного свидетеля слишком высока для общества, а во-вторых, эти или подобные улики были бы добыты позже в любом случае. Неизбежность добывания улик в будущем, таким образом, стала еще одним обстоятельством, при отсутствии которого доктрина ФОД становится применимой². Причем суд отметил, что работник полиции, случайно нашедший улики и этим нарушивший поправку IV, действовал «по доброй воле».

Следует особо подчеркнуть, что ограничения указанных правила и доктрины, связанные с «действиями по доброй воле», «технической ошибкой», неизбежностью добывания улик в будущем и, главное, размером общественных потерь и пользы от исключения доказательств, являются важным дополнением к идее недопустимости использования незаконно добытых улик. Введение этих ограничений направлено на исправление ошибок полиции, приведших к нарушению прав подозреваемых, а также на достижение основной цели законодателя: обеспечение торжества правосудия.

Вот почему правильно поняты задачи правосудия (и шире — цели уголовного процесса) вне зависимости от типа судопроизводства состоят в том, чтобы, с одной стороны, гарантировать эффективность борьбы с преступностью, а, с другой стороны — обеспечить права личности.

¹ См.: *United States v. Ceccolini* 435 U.S. 268, 55 L Ed 2d 268, 98 S Ct 1054 (1978).

² Это правило может оказаться опасным, если его частое применение даст волю работникам полиции использовать нелегальные методы работы, нарушая конституционные права граждан при собирании улик, которые могут быть добыты без нарушения прав, но более сложным путем.

Н.С. Железняк,

*доктор юридических наук, профессор,
начальник кафедры оперативно-розыскной
деятельности, Сибирского юридического
института ФСКН России,
ZHNS21@mail.ru*

О.Г. Иванова,

*ассистент кафедры уголовного процесса
Юридического Института Сибирского
федерального университета
kuchkina_olya@mail.ru*

Процессуальное положение прокурора в рамках предварительного следствия

В связи с многочисленными изменениями законодательства, имевших место начиная с 2007 г. функции и полномочия прокурора по надзору за предварительным расследованием были существенно изменены. Прокурор фактически утратил функцию процессуального руководства следствием, большая часть его полномочий была передана руководителю следственного органа. Полномочия прокурора по надзору за деятельностью органов дознания и дознавателей таких изменений не претерпели.

Согласно ч. 1 ст. 37 УПК РФ прокурор является должностным лицом, уполномоченным осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия. Для понимания этой формулировки стоит обратить внимание на корреспондирующую норму: согласно п. 55 ст. 5 УПК РФ законодатель определяет уголовное преследование как процессуальную деятельность, осуществляемую стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления. Получается, что прокурор, осуществляя уголовное преследование (*если он его осуществляет*), совершает некие активные действия (в рамках уголовного процесса), которые направлены на поиск подозреваемого или обвиняемого и установление его вины. Но так ли это?

В литературе существуют различные трактовки определения термина «уголовное преследование». Приведем для примера одно из классических толкований, указывающее, что уголовное преследование — это процессуальная деятельность, направленная на доказывание виновности определенного лица, состоящая в формулировании и обосновании следователем и прокурором вывода о совершении определенным лицом преступления¹. Более 10 лет назад в учебнике под редакцией П.А. Лупинской было написано, что уголовное преследование осуществляет не только следователь, но и прокурор, который может выполнять те же действия, что и следователь, например, предъявить обвинение по делу, расследованному следователем, или полностью расследовать уголовное дело, принимать участие в проводимых следователем действиях, утверждать

¹ См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2001.