

ПОСТСОВЕТСКАЯ ТЕОРИЯ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ В ДОСУДЕБНЫХ СТАДИЯХ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА: ПОПЫТКА КОНЦЕПТУАЛЬНОГО ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЯ¹

© 2013 г. Леонид Витальевич Головкин²

Краткая аннотация: российская и в более широком контексте постсоветская теория судебного контроля в досудебных стадиях уголовного процесса скорее всего является в большей мере результатом внутреннего доктринального развития, нежели сравнительно-правового влияния. Но, учитывая крайне трудный выбор адекватной модели уголовного процесса Россией и некоторыми другими постсоветскими странами, может ли данная теория считаться универсальной с точки зрения всех западных моделей уголовного процесса, как англо-американского, так и континентального типа? На основании предпринятого анализа, проведенного с геополитических, концептуальных и технических позиций, автор приходит к отрицательному ответу на данный вопрос в силу наличия двух гипотетических методов легитимации полицейской деятельности в уголовном процессе: судебной всеохватности (например, Франция) и полицейской автономии (например, США). Только последний метод теоретически совместим с российской и постсоветской концепцией судебного контроля, которая должна быть по этой причине глубоко переосмыслена.

Annotation: the Russian and in the broader context Post-Soviet theory of judicial review at the pre-judicial stages of criminal procedure is likely to be more of a result of interior doctrinal evolution than a comparative influence. But taking into consideration the very difficult choice of an adequate model of criminal procedure for Russia and some other Post-Soviet countries, could this theory be considered as universal for all modern western criminal procedure's models, both Anglo-American and Continental? According to author's analysis from geopolitical, conceptual and technical point of view, the answer has to be negative, because of two hypothetical methods to legitimate the police functions in the criminal procedure: the omnipotence of the judiciary (for example France) and the police autonomy (for example US). Only the latter is theoretically compatible with the Russian and Post-Soviet conception of judicial review, which should be for this reason rethinking.

Ключевые слова: уголовный процесс; судебный контроль; досудебное производство; постсоветская теория; Россия.

Key words: Criminal Procedure; Judicial Review; Pre-Judicial Proceedings; Post-Soviet Theory; Russia.

Теория судебного контроля давно уже стала своего рода константой досудебных стадий российского уголовного процесса – едва ли не наиболее ощутимым результатом постсоветского периода его развития. В то же время сегодня в кругу правоведов все чаще и чаще слышатся пессимистические высказывания о том, что, невзирая на все достижения постсоветских уголовно-процессуальных реформ, России так и не удалось пока обрести современную,

устойчивую и институционально непротиворечивую модель уголовного процесса. В такой ситуации возникает острая потребность в концептуальном переосмыслении даже тех институтов, практическая ценность которых сама по себе сомнений не вызывает, в том числе института судебного контроля. Речь при этом, разумеется, идет о переосмыслении отнюдь не абстрактном, поскольку нас прежде всего интересует вполне конкретная проблема совместимости или несовместимости данного института с теми или иными моделями уголовного процесса, поиск оптимальной из которых для России, по-видимому, будет не только в ближайшие годы продолжаться, но и активизироваться. Поэтому здесь мы постараемся взглянуть на постсоветскую концепцию судебного контроля через призму различных моделей уголовного процесса, подвергнув ее своеобразной институциональной сравнительно-правовой ревизии.

¹ В основу данной статьи положен доклад автора “Влияние судебного контроля на модель уголовного процесса”, который был сделан на международной конференции “Уголовный процесс в странах Центральной Азии: между инквизиционной и состязательной моделью”, организованной Мюнхенским институтом восточноевропейского права (Institut für Ostrecht München) в г. Регенсбурге (ФРГ) 27 – 29 сентября 2012 г.

² Заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор.

И. Понятие “судебный контроль”: в поисках терминологической реконструкции

Первая же сложность, с которой мы сталкиваемся при попытках подвергнуть беспристрастному теоретическому осмыслению ныне прочно вошедшую в отечественный научный оборот концепцию судебного контроля в уголовном процессе, связана с неопределенностью и многозначностью в сравнительно-правовой перспективе самого понятия “судебный контроль”. Даже беглый анализ незамедлительно показывает, что данное понятие в разных странах используется не только в далеко не совпадающих, но подчас и вовсе не имеющих между собой ничего общего смыслах.

Так, например, во Франции понятие судебного контроля (*contrôle judiciaire*) означает совокупность альтернативных заключению под стражу мер пресечения, предполагающих оставление обвиняемого на свободе при условии выполнения определенных обязанностей (не покидать места жительства, сдать заграничный паспорт, воздерживаться от управления транспортным средством и др.). Данный институт с соответствующим наименованием был введен в этой стране Законом от 17 июля 1970 г.³ и ныне предусмотрен ст. 138–142-4 действующего УПК Франции. При этом происхождение самого французского наименования “*contrôle judiciaire*” не связано с какими-то глубокими теоретическими изысканиями. Здесь все много проще. Как отмечалось в Объяснительной записке к Закону от 17 июля 1970 г. о внесении дополнений в УПК Франции, до принятия Закона следственный судья имел выбор только между двумя вариантами: “заключить обвиняемого под стражу или оставить его на свободе без какого-либо контроля (курсив мой. – Л.Г.)...”⁴. Закон от 17 июля 1970 г. предоставил ему третью возможность – осуществлять контроль за обвиняемым без его заключения под стражу, назвав совокупность соответствующих мер пресечения судебным контролем, т.е. контролем за поведением оставшегося на свободе обвиняемого со стороны следственного судьи.

Американское понимание судебного контроля (*judicial review*) не только не имеет ни малейшего отношения к французскому, но и выходит далеко за пределы уголовно-процессуальной проблематики *stricto sensu*, будучи одним из фундаментальных положений конституционного уровня регулирования. Речь идет о восходящей к легендарному решению Верховного суда США *Marbury*

v. *Madison*⁵ конституционно-правовой доктрине, согласно которой каждый судья, рассматривающий конкретное дело (уголовное, гражданское и т.п.) и приходящий к выводу, что законодательная или подзаконная норма противоречит Конституции США, обязан признать данную норму неконституционной и разрешить дело на основании Конституции. С тех пор понятие “*judicial review*” стало одним из символов американской правовой системы. При всей его гибкости, позволяющей находить новые и новые подходы к доктринальной интерпретации данного понятия⁶, ясно, что на языке европейских континентальных правовых систем оно означает “конституционный контроль *in concreto*”, который сам по себе нас в данной работе не интересует. Важно только, что между французским *contrôle judiciaire* и американским *judicial review* нет ни малейшей терминологической, исторической или теоретической связи, позволяющей обсуждать их в единой уголовно-процессуальной системе координат.

Имеет ли российское понятие “судебный контроль”, ныне ставшее общепризнанным фактически на всем постсоветском пространстве⁷, какое-либо отношение к французскому *contrôle judiciaire* или американскому *judicial review*? На данный вопрос следует дать отрицательный ответ, т.е. здесь перед нами предстает еще один (уже, как минимум, третий по счету) доктринальный вариант использования термина “судебный контроль”, который также существует в совершенно автономной понятийной плоскости. С французским *contrôle judiciaire* российский судебный контроль связывает только то, что в обоих случаях речь идет об относительно новых уголовно-процессуальных институтах, хотя между контролем со стороны суда за действиями и решениями дознавателя, следователя и прокурора в форме выдачи *a priori* разрешения на совершение ими ограничивающих конституционные права личности действий и в форме рассмотрения *a posteriori* жалоб на их решения (российский вариант), с одной стороны, и совокупностью мер пресечения, не связанных с заключением под стражу (французский вариант), с другой стороны, нет ничего общего. С американским *judicial review* российский судебный контроль связывает то, что в обоих случаях суд стоит на страже конституционных ценностей, но между широкой общеправовой концепцией конституционного нормоконтроля (американский вариант) и относительно узкой уголовно-процессуальной

⁵ 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁶ См., например: *Rosenkranz N.Q.* The Subjects of the Constitution // *Stanford Law Review*. Vol. 62. Issue 5 (2010). P. 1210.

⁷ См., например: *Аветисян А.Г.* Проблемы судебного контроля за досудебным производством. Ереван, 2010.

³ См. подробнее: *Pradel J.* Procédure pénale. 15 éd. Paris. Cujas. 2010. P. 593 – 602.

⁴ Цит. по: <http://www.senat.fr/rap/197-312/197-312.html>

концепцией защиты прав личности в досудебных стадиях уголовного процесса (российский вариант) опять-таки нет ничего общего.

Поэтому гипотетически напрашивающаяся версия о том, что российский термин “судебный контроль” является элементарным переводом с иностранных языков (скорее всего английского или, если угодно, англо-американского *judicial review*), при всей своей почти что очевидности, учитывая общемировую моду на американские термины и институты, оказывается на поверку ошибочной. Допустим, когда в сравнительно-правовой литературе М. Лангер называет *judicial review* в числе хрестоматийных примеров американских концепций и институтов, оказывающих глобальное влияние на многие современные правовые порядки⁸, то он имеет в виду отнюдь не российско-постсоветскую теорию судебного контроля, а конституционный контроль со стороны всех судей, рассматривающих рядовые гражданские и уголовные дела, который на постсоветском пространстве как раз распространен слабо. Иными словами, постсоветские страны, включая Россию, являются той правовой территорией, где американская концепция *judicial review* практического развития не получила, во всяком случае на данный момент, хотя учение о судебном контроле и развивается очень активно в совершенно другой плоскости (применительно к досудебным стадиям уголовного процесса). Более того, использование в разнообразных англоязычных рекомендательных документах международных организаций термина “*judicial review*” применительно к постсоветскому уголовному процессу⁹, т.е. его использование точно в том же самом контексте, в котором используется русскоязычный термин “судебный контроль”, является не более чем обратным переводом с русского на английский, не имеющим никакого отношения к аутентичному *judicial review* в духе американской доктрины конституционного контроля.

В такой ситуации терминологическая реконструкция российско-постсоветского понятия “судебный контроль в уголовном процессе” должна производиться с помощью не сравнительно-пра-

вового, но исторического метода, т.е. путем обращения к доктринальной эволюции советского и российского права. Впрочем, мы не ставим перед собой цель выявить, кто первый, в какой работе и т.п. впервые в отечественной уголовно-процессуальной науке употребил понятие “судебный контроль” в том смысле, в котором оно используется сегодня применительно к досудебным стадиям уголовного процесса¹⁰. На наш взгляд, широкое распространение этого понятия в 1990-е годы, превратившееся в его подлинный “доктринальный расцвет”, после которого оно очень прочно вошло в научный оборот и стало хрестоматийным, связано с принятием Концепции судебной реформы в Российской Федерации, утвержденной Постановлением Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. В этом документе, как известно, указывалось, что “функции административного (прокурорского) принуждения к исполнению процессуальных обязанностей и соблюдению законов следует... заменить **судебным контролем** (выделено составителем Концепции. – Л.Г.) на досудебных стадиях процесса, который обеспечит реальную состязательность на этих этапах...”¹¹. Более того, данное предложение рассматривалось в качестве одного из ключевых решений не только в сфере уголовного судопроизводства, но и в рамках судебной реформы в целом¹².

Интересно, что в той же Концепции судебной реформы понятие “судебный контроль” использовалось и в совершенно ином контексте, далеко выходящем за пределы уголовного судопроизводства. Так, в соответствующем параграфе Кон-

⁸ Langer M. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure // Harvard International Law Journal. Vol. 45. Number 1 (2004). P. 1 – 2.

⁹ См., например: Final Report. Trial Monitoring Project in Armenia (April 2008 – July 2009). ODIHR OSCE. Warsaw. 8 March 2010. P. 13 (<http://www.osce.org/odihr/41695>); III Expert Forum on Criminal Justice for Central Asia. Final Report. ODIHR OSCE. 17 – 18 June 2010. Dushanbe, Tajikistan. P. 4 (<http://www.osce.org/odihr/81134>).

¹⁰ Скажем, в очень известной монографии И. Л. Петрухина конца 1980-х годов понятие “судебный контроль” уже встречается, но без малейшей концептуализации, будучи скорее проявлением авторского поиска адекватной терминологии для новых уголовно-процессуальных явлений. Так, с одной стороны, И.Л. Петрухин называет судебным контролем только одну из возможных моделей участия суда в принятии решения о заключении под стражу, выделяя, соответственно: а) судебный порядок санкционирования арестов; б) судебный контроль за их применением в форме рассмотрения *a posteriori* жалоб на незаконный или необоснованный арест (Петрухин И.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М., 1989. С. 200, 203). С другой стороны, буквально здесь же он задает вопрос о том, “какую модель судебного контроля избрать?” (там же. С. 202), т.е. называет судебным контролем оба гипотетических варианта участия суда в принятии решения о заключении под стражу. В целом понятно, что на тот момент никакой устойчивой терминологии еще не было – она только вырабатывалась, причем без существенного терминологического влияния сравнительно-правового фактора.

¹¹ Концепция судебной реформы в Российской Федерации. Сост. С.А. Пашин. М., 1992. С. 84.

¹² См.: там же. С. 83–86.

цепции, озаглавленном “Судебный контроль за содержанием закона”, речь шла о необходимости установить верховенство Конституции РСФСР, отойти от советского нормативистского понимания права, предусмотреть наряду с абстрактным контролем, осуществляемым Конституционным судом РСФСР, также конкретный контроль, которым должны заниматься общие суды при осуществлении правосудия¹³. Понятно, что здесь термин “судебный контроль” представлял собой уже буквальный перевод американского понятия “*judicial review*”. Другое дело, что в данном значении понятие “судебный контроль” в российском праве не прижилось, уступив место концепции конституционного контроля, да и то фактически исключительно в его абстрактной (европейской) форме, т.е. понятийным ретранслятором теории *judicial review* Концепция судебной реформы так и не стала. Однако данная деталь красноречиво иллюстрирует не только хорошее знакомство составителей Концепции судебной реформы с американскими теоретическими подходами, но и то сравнительно-правовое влияние, которое эти подходы оказали на содержательную часть многих высказанных в Концепции предложений и рекомендаций, что немаловажно для понимания интеллектуальной атмосферы, окружавшей сугубо российское понятие “судебный контроль” в досудебных стадиях уголовного процесса” на первых этапах его эволюции.

II. Постсоветская теория судебного контроля в геополитическом измерении

Значение Концепции судебной реформы в Российской Федерации проявилось не только в том, что данный документ дал официальный зеленый свет понятию “судебный контроль в досудебных стадиях уголовного процесса”, почти незамедлительно подхваченному постсоветской доктриной, начавшей его усердную научную шлифовку. Оно проявилось даже не только в том, что Концепция обозначила максимально широкое понимание судебного контроля, позволившее вобрать в себя фактически все появившиеся на постсоветском пространстве за два десятилетия формы и варианты участия суда в досудебном производстве по уголовным делам – как *a priori* (санкционирование), так и *a posteriori* (рассмотрение жалоб)¹⁴.

¹³ См.: там же. С. 39, 40.

¹⁴ Когда уже после разработки Концепции судебной реформы в Российской Федерации новая Конституция РФ через два года сделала решительный и окончательный шаг в сторону судебной монополии на принятие решений не только о заключении под стражу, но и об ограничении

Никоим образом не умаляя эти несомненные теоретические достижения Концепции судебной реформы, есть еще один аспект, на который обычно не обращают внимания в доктрине, но который обладает в контексте данного исследования первостепенной важностью.

При всей очевидной необходимости преодоления советских деформаций и возврата к классическим судебным ценностям, в том числе в досудебных стадиях уголовного процесса, решение данной задачи вовсе не обязательно предполагало отсутствие альтернативы в выборе модели уголовного процесса. Иначе говоря, переход от преимущественно полицейского уголовного процесса к преимущественно судебному уголовному процессу отнюдь не означает автоматического следования англосаксонским уголовно-процессуальным образцам, поскольку никто еще убедительно не доказал на теоретическом уровне, что в рамках континентальной уголовно-процессуальной традиции такого рода переход неосуществим.

Однако в Концепции судебной реформы проблема выбора модели уголовного процесса даже не обсуждалась – теоретическая конструкция судебного контроля с самого начала оказалась *a priori* вписанной в англосаксонскую уголовно-процессуальную идеологию¹⁵, став с легкой руки составителей этого документа одним из ее постсоветских символов (наряду с так называемой “состязательностью”). Здесь проявилась своеобразная российская “англофилия”, часто не имеющая ни малейшего отношения к реальному состоянию современного английского права. Наше предположение об англосаксонских корнях подтверждается сегодняшними высказываниями одного из ключевых разработчиков Концепции судебной реформы, который отмечает: “Идеи судебного контроля за расследованием уголовных

всех остальных конституционных прав и свобод, что при составлении Концепции казалось еще несбыточной мечтой, широкое понимание судебного контроля позволило без труда охватить новые формы судебной деятельности в досудебных стадиях уголовного процесса. Иначе говоря, переход от контроля *a posteriori* исключительно за применением заключения под стражу (реформа 1992 г.) к принятию судом решений *a priori* в отношении всех действий, ограничивающих любые конституционные права и свободы (Конституция 1993 г., Закон об оперативно-розыскной деятельности 1995 г., новый УПК РФ 2001 г. и др.), на понятийном уровне оказался безболезненным, поскольку понятие “судебный контроль” оказалось той терминологической формой, которая при минимальных усилиях доктрины легко вместила новое содержание.

¹⁵ Мы здесь не будем воспроизводить соответствующие положения Концепции судебной реформы, которые всем прекрасно известны (см.: там же. С. 84–86).

дел восходят по крайней мере к Magna Charta Libertata 1215 года... В наиболее очевидном и законченном виде судебный контроль реализовывался в институте *habeas corpus*, сперва существовавшем как элемент *common law*, а затем, с принятием английским парламентом Акта о лучшем обеспечении свободы подданного и предупреждении заточений за морями 1679 года, ставшем частью законодательства (*statute law*)¹⁶. С исторической точки зрения все правильно. С нынешних позиций – не совсем, так как практическая роль института *habeas corpus* “в современном английском уголовном процессе крайне незначительна”¹⁷, не говоря уже о том, что в США он вовсе сегодня обозначает один из способов пересмотра вступивших в законную силу приговоров, предусматривающих лишение свободы¹⁸, т.е. находится в совершенно иной уголовно-процессуальной системе координат.

Возникла парадоксальная ситуация, когда два уголовно-процессуальных понятия (“судебный контроль” и “состязательность”), являющихся плодом завершающей фазы внутреннего развития советской уголовно-процессуальной науки и, строго говоря, не имеющих никаких глубоких и компетентных сравнительно-правовых корней, оказались на постсоветском пространстве основными проводниками англосаксонской модели уголовного процесса. Здесь-то и наступил *теоретический перелом*, когда произошел не столько осознанный выбор адекватной для России и других постсоветских стран модели уголовного процесса, сколько замена

языка уголовно-процессуального дискурса, не подкрепленная к тому же никакими инфраструктурными или техническими преобразованиями.

Впрочем, оставим в стороне понятие “состязательность”, которое нас здесь не интересует. Для нас важно, что одним из символов нового англосаксонского дискурса стала именно теоретическая конструкция судебного контроля – своего рода постсоветский *judicial review*, не имеющий, как мы видели, терминологического отношения к аутентичным английским или американским образцам. Стоит ли удивляться, что многие ориентированные на англосаксонский уголовный процесс международные организации стали охотно прибегать к обратному переводу с русского на английский, превратив судебный контроль в *judicial review* *bis*, т.е. в некий вариант англо-американского института “в экспортном исполнении”? Возникла иллюзия, что *проводник* англосаксонской уголовно-процессуальной *идеологии* является подлинным *элементом* англосаксонской уголовно-процессуальной *техники*.

В результате постсоветский институт “судебного контроля” превратился в фактор геополитического влияния англо-американской модели уголовного процесса или, иначе говоря, в то, что М. Лангер в более глобальном общеправовом смысле назвал *Americanization Thesis*¹⁹. И здесь возникает очень важный теоретический вопрос. Если абстрагироваться от геополитического фактора и исходить из вполне *a priori* резонного допущения, что *Americanization Thesis* не является императивом при построении той или иной национальной уголовно-процессуальной системы, то в какой мере это сказывается на возможности сохранения постсоветской концепции судебного контроля? Говоря конкретнее, способен ли судебный контроль, невзирая на его сугубо постсоветский доктринальный генезис и явную англо-американскую идеологическую окраску, сохраниться при ином выборе модели уголовного процесса и смене доктринального дискурса в рамках классической евро-американской дихотомии “англосаксонские процессуальные традиции” vs “континентальные процессуальные традиции”? В конечном итоге от ответа на данный вопрос зависит, подлежит ли теория судебного контроля такой степени гипотетической концептуализации, которая позволила бы отделить ее от постсоветских событий последних десятилетий XX в. и наивных ожиданий “англосаксонского чуда” с лубочными представлениями о *habeas corpus*, вписав в универсальное уголовно-

¹⁶ Пашин С. Судебный контроль за расследованием : проблемы правового регулирования // F.-C. Schroeder, M. Kudratov (Hrsg.) Das strafprozessuale Vorverfahren in Zentralasien zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell / Предварительное расследование в уголовном процессе стран Центральной Азии: между инквизиционной и состязательной моделью / Под ред. Ф.-К. Шрёдера, М. Кудратова. Frankfurt am/M., 2012. С. 225.

¹⁷ Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. Изд. 2-е. М., 2002. С. 108 (здесь же обоснование). См. также очень известную монографию, специально посвященную английскому досудебному производству в уголовном процессе, где институт *habeas corpus* не был даже удостоен включения в алфавитно-предметный указатель (Ashworth A. The Criminal Process. An Evaluative Study. Oxford, 1994). Более того, в том месте монографии, где идет речь о праве задержанного предстать перед судом, ни о каком *Habeas Corpus Act* опять-таки нет ни слова. Вместо этого делается ссылка на Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод и указывается, что как раз Великобритания имеет в данном аспекте определенные проблемы с соблюдением ст. 5 Конвенции, поскольку допускает длительное полицейское содержание под стражей без санкции суда и без доступа к судье по делам о терроризме (Ibid. P. 64).

¹⁸ См.: 28 USC Chapter 153 – Habeas Corpus.

¹⁹ См.: Langer M. Op. cit.

процессуальное пространство, где, как минимум, половину места всегда занимал и занимает уголовный процесс сугубо континентального типа.

III. Постсоветская теория судебного контроля в концептуальном измерении

Если ненадолго отвлечься от сравнительно-правового фактора, который в последние годы все больше превращается в “фактор геополитики”, и взглянуть на проблему абстрактно-теоретически, то любые попытки найти подлинное концептуальное обоснование “теории судебного контроля” приводят нас к **фундаментальному** институциональному противопоставлению *полицейской* и *судебной* деятельности.

В такой ситуации необходимость судебного контроля гипотетически можно объяснить институционально, но ее нельзя объяснить с точки зрения ни правозащитной эффективности, ни снижения уровня репрессивности уголовной юстиции, как это часто стараются сделать в доктрине, настаивая на некоей уникальной способности судебного контроля “обеспечить эффективную защиту прав человека, восстановление его нарушенных при расследовании прав и свобод”²⁰. Кто может аргументированно доказать, что судья *a priori* (в силу одной своей профессии) более либерален или склонен к защите прав человека, нежели полицейский или прокурор? Единственный аргумент известен – судья независим. Но независимость отнюдь не всегда является гарантией “либерального поведения” в духе защиты прав человека. Более того, в некоторых случаях зависимого прокурора или полицейского значительно легче “принудить к либеральному поведению”, о чем свидетельствуют частые обращения правозащитных организаций к главам государств и разнообразным политическим инстанциям, нежели независимого судью.

Подмена институциональной логики логикой правозащитной вызывает только появление неоправданных иллюзий и вполне естественное разочарование в реальной эффективности данного “гарантийного механизма”, причем такое разочарование имеет место не только в России и на постсоветском пространстве²¹, где принято ссы-

латься на отсутствие независимости судей, скверную правоприменительную практику, советское наследие, “переходное состояние” и т.п., но и в странах с устоявшимися уголовно-процессуальными системами современного образца, например в Германии, где специального судью по судебному контролю (*Ermittlungsrichter*) иногда сравнивают с “театральной контролершей билетов, пропускающей или не пропускающей зрителя, но на самом деле толком не знающей содержание той пьесы, которую дают...”²². В результате такой судья “крайне редко выступает подлинным препятствием для соответствующих действий полиции и прокуратуры”²³. Если исходить из правозащитных иллюзий, то нет сомнений, что высказываемые в доктрине предложения по имплементации в России института следственных судей как аналога немецких *Ermittlungsrichter*²⁴ в случае их реализации спустя несколько лет обернутся очередным российским разочарованием, причем независимо от того, резонны такие предложения сами по себе или нет. Да и как может быть иначе? В США, миф о правовой системе которых обычно и питает несбыточными надеждами континентальных идеологов разного рода “гарантийных механизмов” вроде интересующего нас здесь судебного контроля, ситуация абсолютно идентична, но с одной существенной оговоркой, касающейся отнюдь не мнимой правозащитной эффективности соответствующего института, а его *институционального восприятия* американскими юристами. Так, У. Бернам, анализируя практику санкционирования в США судом полицейских обысков, отмечает: “В больших городах сотрудники полиции зачастую стремятся отыскать среди судей “покладистого” человека, который не станет доискиваться до деталей характера доказательств, предлагаемых полицией в подтверждение наличия достаточных оснований. Нередко судьи изучают заявления о выдаче ордера прямо на председательском месте в зале суда, когда проходит разбирательство по делу или какое-нибудь еще слушание. Таким образом, возникает вопрос: обеспечивает ли порядок получения ордера широкую охрану процессуальных прав личности? Некоторые судьи

²⁰ Пашин С. Указ. соч. С. 226.

²¹ См., например: Ковтун Н.Н. Оперативный судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: состоялась ли конституционная по сути гарантия // Судебная защита прав и свобод человека и гражданина при применении мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста. Материалы Всероссийской межведомственной научно-практической конференции 25 – 26 ноября 2010 г. Н. Новгород. 2011. С. 129–144.

²² Satzger H. Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich // Jung H. Leblois-Happe J., Witz C. (Hrsg.) 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle. Baden-Baden, 2010. S. 93 ff.

²³ Walther J. Les procédures d'exception et l'instruction en Allemagne. Le déferlement de “l'exception” et les fragiles digues de l'Etat de droit // J.-P. Céré (dir.) Procédures pénales d'exception et Droits de l'homme. Paris, 2011. P. 142 (здесь же ссылки на аналогичные оценки в других работах).

²⁴ См., например: Ковтун Н.Н. Указ. соч. С. 143, 144.

действительно отказывают в выдаче ордера (т.е. в США это не слишком типично, хотя иногда и случается. – Л.Г.), но одно только условие, что *ходатайство* (выделено мною. – Л.Г.) о выдаче ордера должно быть подано, уже предоставляет такую охрану. Поскольку ходатайство выполняет функцию *протокола* (выделено мною. – Л.Г.) фактических обстоятельств, предположительно образующих достаточные основания, которые имели место *до того, как* (выделено мною. – Л.Г.) был произведен обыск, не должно быть спора по поводу существования фактических обстоятельств, составивших достаточные основания”²⁵. Иначе говоря, для американских специалистов (в отличие от большинства континентальных) важен сам *факт* обращения в суд, а не *результат* такого обращения, что немедленно переводит проблему из плоскости правозащитной в плоскость сугубо институциональную.

Итак, нас интересует только институциональное русло, а точнее – обозначенное фундаментальное противопоставление полицейской и судебной деятельности, представляющее собой вершину уголовно-процессуальной абстракции, с помощью которой любую конкретную уголовно-процессуальную систему со всеми ее нюансами можно объяснить точно так же, как можно, допустим, объяснить разнообразнейший материальный мир с помощью Периодической системы элементов Д.И. Менделеева.

Существуют по меньшей мере *три* положения, которые следует считать базовыми элементами уголовно-процессуальной теории, объясняющими институциональную логику построения любой уголовно-процессуальной системы, независимо от ее принадлежности к англосаксонской традиции, континентальной традиции или даже традиции советской. Эти три положения при желании можно назвать институциональными *уголовно-процессуальными аксиомами*, поскольку в современном праве они (по крайней мере две первые из них) признаются *a priori* и не требуют доказательств.

Во-первых, во всех развитых уголовно-процессуальных системах *полицейская* деятельность считается процессуально *ущербной*, т.е. не являющейся полноценной частью уголовного процесса, что отличает ее от подлинно процессуальной судебной деятельности, которая только и заслуживает высокой характеристики в качестве уголовно-процессуальной. Иными словами, уго-

ловно-процессуальная деятельность и судебная деятельность – это по сути своей синонимы²⁶, тогда как уголовно-процессуальная деятельность и полицейская деятельность – едва ли не антонимы. Даже советское право, глубоко деформировавшее соотношение полицейской и судебной деятельности²⁷, в целом понимало эту логику и ее *mutatis mutandis* придерживалось, отделив уголовно-процессуальную деятельность (уголовное *судопроизводство* – *sic!* – Л.Г.) от деятельности сугубо полицейской (по советской терминологии – оперативно-розыскной) и отказываясь признать уголовно-процессуальный характер последней.

Во-вторых, невзирая на всю свою процессуальную ущербность, полицейская деятельность абсолютно *необходима* для реализации задач уголовного процесса, каковы бы ни были национальные особенности восприятия самого понятия “уголовный процесс”. Даже если исходить из некоего уголовно-процессуального пуризма и ставить знак равенства между уголовным процессом и судебной деятельностью, то тогда в любом случае неизбежен вывод, что «уголовному процессу, как правило, *предшествует* (курсив мой. – Л.Г.) этап, в ходе которого требуется установить факт совершения преступления и обнаружить совершившее его лицо, обязанное предстать перед судом. Этот этап, известный в немецкой доктрине под именем “Vorverfahren”, соответствует тому, что во Франции принято называть полицейским производством...»²⁸. Иначе говоря, полицейская деятельность ущербна, неполноценна и не совсем уголовно-процессуальна, но обойтись без нее в уголовном процессе нельзя, в связи с чем начинается игра терминами и словами, является ли полицейское производство стадией уголовного процесса или предшествует ему, следует ли его считать деятельностью уголовно-процессуальной или оперативно-розыскной, ведет ли его простая полиция или некая условная судебная полиция

²⁶ Характерно, что во французском праве понятие “уголовный процесс” в тесном смысле (*procès pénal*) означает исключительно судебный процесс. Именно поэтому здесь возможна странная, скажем, для российского юриста мысль о том, что “уголовная юстиция не охватывается только уголовным процессом в смысле стадии судебного разбирательства” (Guinchard S., Buisson J. Procédure pénale. Paris., 2000. P. 5).

²⁷ См. об этом, например: Головкин Л.В. Реформа полиции в контексте модернизации предварительного производства в российском уголовном процессе // Уголовная юстиция: связь времен. Избр. материалы Междунар. науч. конф. Санкт-Петербург, 6 – 8 октября 2010 г. М., 2012. С. 24–31.

²⁸ Clerc F. Le procès pénal en Suisse romande. Paris, 1955. P. 103, 104.

²⁵ Бернам У. Правовая система США. Вып. 3 / Под ред. В.А. Власихина. М., 2006. С. 478.

(*police judiciaire*) и т.д.²⁹ Впрочем, не будем углубляться во все эти терминологические ухищрения. Для нас они здесь интересны только тем, что отчетливо показывают институциональный драматизм разрыва между, с одной стороны, определенной нелегитимностью и, с другой – абсолютной неизбежностью полицейской деятельности в уголовном процессе.

В-третьих, будучи фундаментальным для уголовного процесса, само по себе разграничение судебной и полицейской деятельности не является очевидным *a priori* в конкретной плоскости (на техническом уровне). Фактически повсеместно оно предстает скорее результатом сложной и часто неоднозначной исторической эволюции. В этом смысле универсальной уголовно-процессуальной аксиомой служит не конкретный технический способ такого разграничения, а концептуальная **потребность** в нем и объективная **трудность** его адекватной институциональной реализации. Можно, конечно, говорить, что какая-то национальная уголовно-процессуальная система добилась здесь значимых результатов чуть раньше, а какая-то – чуть позже, но в любом случае речь шла об очень сложных исторических усилиях, не вписывающихся в рамки сегодняшних стереотипов в духе “стран-экспортеров” и “стран-импортеров”. Скажем, нынешние российские любители *Magna Charta Libertata* 1215 г. и *habeas corpus* почему-то редко вспоминают сэра У. Блекстона, отмечавшего, что основной миссией английских мировых судей, которой их наделяла Корона, являлась обязанность “стоять на страже мира”, в силу чего они были обязаны “задерживать и предавать суду лиц, совершающих опасные преступления (*felons*), и иных более мелких преступников”³⁰. Иначе говоря, современный английский “судебный контроль за полицией”, которым, как известно, занимаются именно мировые судьи³¹, вырос отнюдь не из *habeas corpus*, а из очевидного смешения полицейских и судебных функций и их постепенного

размежевания, причем размежевания не только трудного, но и относительно позднего³², так как еще в начале XX в. современники констатировали, что “из полицейских обязанностей за мировыми судьями до сих пор сохраняются призыв милиции из граждан в нужных случаях, рассеяние преступных сборищ (так называемое чтение *riot act*), отобрание поручительства хранения мира и доброго поведения, приведение к присяге констеблей, арест преступников и пр.”³³. В этом смысле подлинным истоком нынешнего судебного контроля, если уж обращаться к английскому праву, служат полицейские обязанности мировых судей, уполномоченных принимать решения об аресте или о его альтернативе (*bail*), ныне признаваемые едва ли не квинтэссенцией функций судебной власти. Не менее сложным, хотя и несколько в другой плоскости, было разграничение полицейских и судебных функций во Франции, где до принятия УПК 1958 г. следственный судья являлся не только магистратом (членом судейского корпуса), но и одновременно так называемым “членом судебной полиции”, о чем, правда, вспоминали и вспоминают значительно чаще³⁴. Так что современные постсоветские трудности с выяснением подлинной уголовно-процессуальной природы статуса следователя, предстающего функциональным наследником дореволюционных судебных следователей, но с советских времен служащего в очевидно полицейских по своей природе ведомствах (МВД, КГБ, ФСБ, Следственный комитет и т.д.)³⁵, не выглядят чем-то исключительным со сравнительно-правовой точки зрения. Это лишь очередной эпизод сложнейшей эволюции в направлении адекватного разграничения полицейских и судебных функций, наблюдаемой повсеместно, хотя и везде протекающей по-разному.

Итак, вот те три положения, которые можно считать *универсальными* уголовно-процессуальными аксиомами: полицейская деятельность ущербна,

²⁹ В том же самом французском праве возникает непереодолимое на русский и многие другие языки разграничение между *procédure pénale* и *procès pénal*, когда первый значительно превосходит по своему объему второй (*Guinchard S., Buisson J. Op. cit. P. 5*). Любая попытка пересказать этот нюанс, например на русском языке, будет означать что-то вроде “уголовный процесс шире уголовного процесса”...

³⁰ См. гл. 9 “О низших магистратах” кн. 1 “Комментариев к законам Англии”: *Sir William Blackstone. Commentaries on the Laws of England (1765–1769). Book 1. Chapter 9 “Of Subordinate Magistrates”* // <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone> (на этом сайте опубликована полная версия фундаментального труда У. Блекстона).

³¹ См., например: *Spencer J.R. La procédure pénale anglaise. Paris, 1998. P. 24.*

³² Надо также учитывать, что полиция как *государственный орган* появилась в Англии только в начале XIX в., т.е. никакого исторического институционального размежевания полицейских и судебных функций там просто не могло быть. В этом смысле возложение на мировых судей полицейских функций было просто-напросто институциональной публично-правовой необходимостью, так как других представителей центральной власти Короны на местах не имелось. Тем более странными выглядят современные попытки искать корни “судебного контроля за полицией” в Великой хартии вольностей 1215 г. или *Habeas corpus act*.

³³ *Люблинский П.И. Очерки уголовного суда и наказания в современной Англии. СПб., 1911. С. 206.*

³⁴ См., например: *Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. Изд. 3-е. СПб., 1910. С. 348.*

³⁵ См.: *Головко Л.В. Указ. соч.*

она необходима, и ее очень трудно в реальном измерении отделить от деятельности судебной. Поскольку речь идет об аксиомах, то их нельзя не учитывать при построении конкретной уголовно-процессуальной системы. В то же время в своей совокупности они не позволяют создать уголовно-процессуальную систему *идеального* типа, так как, ограничивая полицейскую деятельность (она ущербна), мы неизбежно теряем в эффективности (она необходима) и наоборот, не говоря уже о всех сложностях, связанных с пониманием того, какая деятельность является судебной, какая полицейской и т.д.

Каждая уголовно-процессуальная система исторически стремилась и продолжает стремиться решить этот ребус по-своему. Здесь универсализм заканчивается. Иначе говоря, универсализм постановки проблемы, связанный с универсализмом лежащих в ее основании противоречивых аксиом, отнюдь не означает универсальных методов ее решения. Напротив, такие методы часто технически не имеют между собой почти ничего общего. Но если попытаться их концептуализировать, то мы получаем два различных и отчасти противоположных направления (вектора) преодоления обозначенной нами проблемы. Эти два вектора *grosso modo* соответствуют англосаксонской и континентальной уголовно-процессуальной логике.

Континентальный процесс развивался в русле минимизации полицейской деятельности, т.е. ее *поглощения* деятельностью судебной. Иначе говоря, в ситуации, когда от полицейской деятельности нельзя избавиться, поскольку кто-то должен констатировать преступления, устанавливать виновных и т.п., необходимо, чтобы она оказалась пронизанной судебными началами. Если подлинно легитимной является только судебная деятельность, то требуется, чтобы “колпак легитимности” накрыл все производство по раскрытию, расследованию и т.д. преступлений. Так появляется розыскная идея, в которой полиции места нет, поскольку расследованием уголовного дела занимается следователь-судья, беспристрастно и независимо исследующий все обстоятельства дела, устанавливающий все неизвестные элементы (принцип материальной истины) и т.д. Так розыскная идея постепенно трансформируется в классическое предварительное следствие французского типа во главе со следственным судьей. Если где-то и появляется необходимость в полиции, поскольку следственный судья не в состоянии сам выполнять все полицейские функции, то любые полицейские действия становятся

действиями судебной полиции, являющейся инструментом следственного судьи и прокурора по собиранию полноценных уголовно-процессуальных (судебных) доказательств. Помимо того возникает так называемая “теория приказов” (*théorie des mandats*), когда “для того, чтобы дать возможность правосудию – в частности следственному судье – выполнять его миссию, романские законодательства наделяют следственного судью правом издания особых распоряжений в отношении частных лиц, которые могут в более или менее жесткой степени ограничивать их свободу”³⁶. О каком доставлении в суд для судебного контроля может идти речь в данном случае, если соответствующее распоряжение (приказ) само по себе является вполне легитимным судебным актом, изданным полноправным членом судебного корпуса? В целом классическая континентальная модель уголовного процесса преодолела дилемму разграничения судебной и полицейской деятельности за счет создания полностью судебного предварительного следствия и абсолютной маргинализации полицейского дознания, юридически допускавшегося только для кратковременного задержания подозреваемых с поличным по делам об очевидных преступлениях (*in flagranti*)³⁷.

Ясно, что в такой ситуации не возникает проблем с легитимностью предварительного следствия, поскольку любой следственный акт, любое следственное действие, любое следственное решение исходят от представителя судебной власти – следственного судьи. Должен ли за ним осуществляться *контроль*? Конечно, должен. Как и за любым другим судьей. Но речь идет об *инстанционном* контроле, ничем по своей природе не отличающемся от контроля за решениями суда первой инстанции (апелляция, кассация и т.д.). Широко используемое, допустим, во франкоязычной юридической литературе выражение “контроль за предварительным следствием” означает прежде всего деятельность так называемой “обвинительной камеры” (*chambre d'accusation*)³⁸, или, как ее называют во Франции после Закона от 15 июня 2000 г., “следственной камеры” (*chambre de l'instruction*)³⁹, т.е. органа предварительного следствия второй инстанции. Иначе говоря, сам “контроль”, разумеется, являющийся *судебным*, здесь полностью подчинен инстанционной логике, так как речь идет о контроле одного судебного

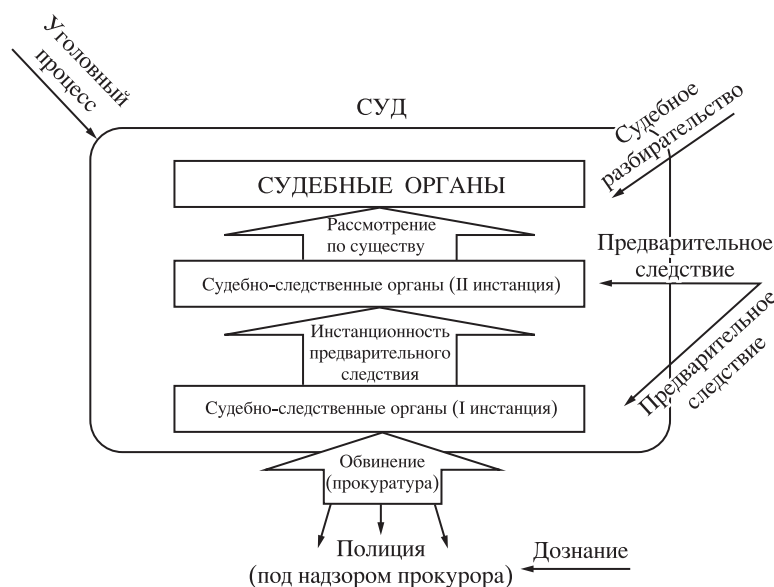
³⁶ Clerc F. Op. cit. P. 97.

³⁷ См. подробнее: Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 30–33; Pradel J. Op. cit. P. 458, 459.

³⁸ Clerc F. Op. cit. P. 124.

³⁹ Mathias E. Procédure pénale. Paris, 2003. P. 175.

Схема № 1



органа (апелляционного уровня) за действиями и решениями другого судебного органа (следственного судьи). С точки зрения использования термина “контроль” здесь нет ни малейшего концептуального отличия от деятельности ординарного суда второй инстанции, который “осуществляет контроль (курсив мой. – Л.Г.) над судом первой инстанции...”⁴⁰. В институциональном плане наличие такого рода контроля не приводит к появлению автономного института судебного контроля в постсоветском смысле, поскольку полностью охватывается классическим институтом *судебных инстанций*.

Англосаксонский процесс развивался в обратном направлении в сторону автономизации полицейской деятельности, т.е. ее *освобождения* от деятельности судебной. Если от полицейской деятельности опять-таки нельзя по тем же самым причинам избавиться, то надо ее пустить в свободное плавание, полностью отделив от суда. Сама судебная деятельность в такой ситуации сужается до хрестоматийных судебных процедур (предание суду, судебное разбирательство, апелляция), не имея никакого отношения к предварительному расследованию. Поэтому, например, в Англии “нет судебных следователей”, что является “одной из наиболее характерных черт английского судостроительства”⁴¹. При таком подходе в Англии их и не могло быть. Вместо того возникла тео-

рия автономии полиции, когда “по сравнению с полициями большинства европейских государств английская полиция осуществляет свои функции по дознанию и уголовному преследованию очень свободно в плане рутинного надзора со стороны других государственных органов”⁴². Аналогичная ситуация имеет место в США, где концепция автономного полицейского дознания признается одним из фундаментальных положений состязательного предварительного расследования. Суть концепции в целом сводится к тому, что органы полиции имеют очень большие полномочия “на принятие по собственному усмотрению решений об уголовном преследовании”. При этом “ни один судебный орган не проводит дознания и не вмешивается в процесс установления истины” в ходе досудебного производства⁴³. Таким образом, классический англосаксонский процесс преодолел проблему разграничения судебной и полицейской деятельности совершенно иначе, чем на континенте Европы, — за счет ограничения судебного начала, автономизации полиции и выведения ее за официальные скобки уголовного процесса.

Однако при таком подходе происходит не только существенная *полицизация* предварительного

⁴⁰ Гродзинский М.М. Кассационное и надзорное производство в советском уголовном процессе. М., 1949. С. 17.

⁴¹ Полянский Н.Н. Уголовное право и уголовный суд в Англии. М., 1937. С. 106.

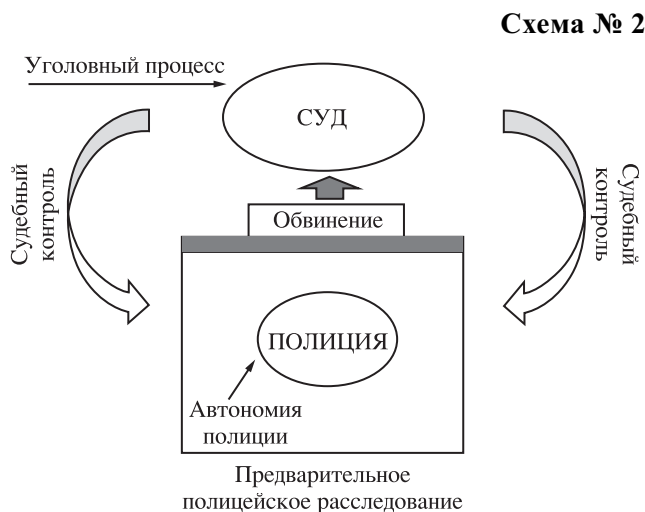
⁴² Spencer J.R. Op. cit. P. 31.

⁴³ Бахмайер Винтер Л. Основные черты этапа предварительного расследования в уголовном процессе США // F.-C. Schroeder, M. Kudratov (Hrsg.) Das strafprozessuale Vorverfahren in Zentralasien zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell / Предварительное расследование в уголовном процессе стран Центральной Азии: между инквизиционной и состязательной моделью / Под ред. Ф.-К. Шрёдера, М. Кудратова. С. 72.

расследования, становящегося не только несудебным, но и непроцессуальным, что, как отмечалось выше, взаимосвязано. Возникает общий кризис полицейской деятельности, в значительной мере теряющей *легитимность*. Но обойтись без полицейской деятельности, как мы помним, нельзя даже в идилическую эпоху “золотого века”, не говоря уже о дне сегодняшнем с организованной преступностью, терроризмом и т.п. В результате появляется нужда в специальных процессуальных механизмах, позволяющих компенсировать полицеизацию расследования и восстановить утраченную легитимность. Такими компенсаторными механизмами становятся различного рода специальные процедуры по *процессуализации* полицейской деятельности, т.е. по наведению на нее “судебного макияжа” в виде санкционирования, выдачи судом разрешения, депонирования доказательств (*deposition*) и прочих инструментов, которые на постсоветском пространстве известны как меры судебного контроля и которые на том же постсоветском пространстве почему-то принято связывать с почти мифическим *habeas corpus*. Именно поэтому У. Бернам, как мы помним, так мало обеспокоен реальной эффективностью в США судебного санкционирования обысков. Именно поэтому его в большей мере интересует не социологическая проблема, как часто судьи отказывают в санкциях, а сугубо институциональная проблема *самого факта* обращения полиции в суд⁴⁴, позволяющая легитимировать (процессуализировать) полицейскую деятельность, как таковую, и сохранить институциональную логику англосаксонского уголовного процесса. Судебные процедуры выступают здесь *не столько как средство разрешения споров* (о каком споре может идти, например, речь при выдаче судебного разрешения на прослушивание телефонных переговоров?), сколько в качестве инструмента *судебной легитимации* полицейских действий (схема 2).

Таким образом, проблема *судебного контроля* в теоретической плоскости не может развиваться автономно и безотносительно от природы предварительного расследования в уголовном процессе, что, в свою очередь, зависит от общей модели уголовного процесса. В конечном итоге здесь все определяется тем, в чьих руках находятся полномочия по производству предварительного расследования: 1) судебных органов или 2) полиции.

В *первом* случае (классический континентальный вариант) речь может идти только об *инстанционном судебном контроле* вышестоящих судебных инстанций за нижестоящими, т.е. по сути об инстанционности в духе традиционных про-



цессуальных взаимоотношений разноразличных судебных органов.

Во *втором* случае (классический англосаксонский вариант) появляется необходимость в специальных судебных инструментах легитимации (процессуализации) полицейской деятельности путем создания *контроля за полицией со стороны суда*, т.е. в восстановлении судебной легитимности, утрачиваемой при разграничении судебной и полицейской деятельности и автономизации последней.

В результате теория судебного контроля в том виде, в котором она сформировалась на постсоветском пространстве, *не подлежит универсальной концептуализации*. Она может развиваться только в тех правовых системах, где достаточно широкие и относительно автономные полномочия по производству предварительного расследования принадлежат полиции.

Если говорить о постсоветских странах, то для них данная теория была и пока еще остается необходимой в качестве наиболее доступного на начальном этапе механизма восстановления судебной легитимности предварительного расследования, превратившегося в советский период в деятельность преимущественно полицейскую, но по инерции сохранившего функциональную нагрузку и “процессуальный престиж”.

Однако, когда мы начинаем размышлять о перспективах построения в России и других постсоветских странах современной и законченной (не “переходной”) модели уголовного процесса, то судебный контроль даже на самом общем уровне должен рассматриваться как необходимый атрибут только одного из возможных вариантов развития – варианта дальнейшей *полицеизации* предварительного расследования в англосаксон-

⁴⁴ См.: Бернам У. Указ. соч.

ском духе. Если гипотетически допустить иной вариант развития, прежде всего связанный с восстановлением классического континентального предварительного следствия судебного типа, то это, разумеется, заставит забыть о “судебном контроле” и вспомнить совершенно другую концепцию – инстанционности следственной деятельности. Кроме того, континентальная эволюция в аспекте противопоставления “судебный контроль” vs “инстанционность” много менее однородна. Здесь все сложнее как со сравнительно-правовой точки зрения, так и в плане внутренней комбинированности подходов в рамках той или иной национальной уголовно-процессуальной системы, что требует не только абстрактно-концептуального, но и более технического взгляда на интересующую нас проблему.

IV. Постсоветская теория судебного контроля в техническом измерении

Англосаксонский вариант судебной легитимации полицейской деятельности путем “точечного” обращения полиции в суд выглядит *незыблемым* и институционально гомогенным. Нет ни малейших оснований прогнозировать появление здесь каких-либо тенденций, связанных с проникновением судебного начала в существо полицейско-розыскной деятельности, а сама мысль о создании в Англии или в США фигуры следственного судьи французского типа выглядит почти сравнительно-правовым анекдотом. Поэтому в англосаксонском полицейском расследовании нет и не может быть никаких примесей инстанционности, никакой комбинированности подходов и т.п. Технический анализ оснований и процедуры обращения английской или американской полиции в суд сам по себе интересен и способен обогатить нас новыми эмпирическими данными, но с точки зрения целей настоящего исследования никаких новых сведений в части влияния судебного контроля на динамику эволюции моделей уголовного процесса (или наоборот) он нам не принесет.

Совершенно иначе обстоит дело в континентальном уголовном процессе, где наблюдается явная *полицизация* предварительного расследования, вынуждающая признать, что хрестоматийный уголовный процесс наполеоновского типа, когда фактически все предварительное расследование сводилось к деятельности следственного судьи и когда официально не признавалось полицейское дознание, ушел в прошлое. Это, разумеется, связано далеко не только с англосаксонским сравнительно-правовым влиянием, хотя и оно имеет место. Но даже без такого влияния

понятны роль современной полиции в раскрытии опасных преступлений, необходимость применения различных “специальных мер расследования” (агентурное внедрение, прослушивание переговоров, соноризация и т.п.)⁴⁵ и прочие неизбежные атрибуты полицейской реальности сегодняшнего уголовного процесса, от которых более нельзя отрешиваться, прикрываясь исключительно судебной логикой института следственного судьи. Однако неизбежная полицизация континентального предварительного расследования не только не стирает грань между континентальной и англосаксонской спецификой построения предварительного расследования, позволяя сохранить общую континентальную уголовно-процессуальную логику, но и происходит по-разному внутри самой континентальной уголовно-процессуальной “семьи”. Более того, речь может идти лишь о *частичной полицизации* континентального предварительного расследования, что для нас важно прежде всего с точки зрения понимания степени и форм судебного влияния на него. Здесь следует выделить несколько возможных подходов.

Французский уголовный процесс, невзирая на официальные заявления бывшего президента Н. Саркози, объявившего в январе 2009 г. о начале реформы, направленной на упразднение института следственного судьи (*juge d'instruction*)⁴⁶, которая так и не состоялась, остался в целом привержен идеям классического предварительного следствия наполеоновского типа, где нет места судебному контролю, но есть место только судебным инстанциям. Однако, в отличие от эпохи легендарного Кодекса уголовного следствия (CIC) 1808 г., когда полицейское дознание вовсе не было предусмотрено законом, составители УПК 1958 г., “находившиеся под впечатлением практической значимости дознания и осознававшие невозможность его более игнорировать, предпочли признать дознание (названное ими первоначальным), что позволило его урегулировать законом”⁴⁷. В то же время в первые десятилетия действия Кодекса речь шла лишь о минимальных полномочиях полиции по ограничению конституционных прав граждан, по сути сводившихся к хрестоматийному кратковременному задержанию (*garde à vue*). Это позволяло сохранять классическую континен-

⁴⁵ См., например, на европейском уровне: Recommandation Rec (2005) 10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux techniques spéciales d'enquête en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme (<http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849281&Site=COE>).

⁴⁶ De Charrette L. Sarkozy envisage la fin du juge d'instruction // Le Figaro, mercredi 7 janvier 2009 (№ 20 043). P. 9.

⁴⁷ Pradel J. Op. cit. P. 459.

тельную структуру уголовного процесса, когда для применения мер уголовно-процессуального принуждения и “чувствительных” следственных действий требуется официально начать уголовное преследование, передать материалы следственному судье, который уже на судебном уровне принимает соответствующие решения, контролируемые вышестоящими судами в порядке инстанционного судебного построения, что снимает вопрос о необходимости судебного контроля за полицией.

Но сегодня французское полицейское дознание наполняется все новыми и новыми полномочиями полиции по *непосредственному* ограничению конституционных прав граждан, т.е. происходит дальнейшая полицеизация предварительного расследования с переносом центра тяжести с судебной на полицейскую деятельность. Так, например, Закон от 9 марта 2004 г. разрешил полиции производить в ходе дознания обыски в жилище без согласия проживающих там лиц, что еще недавно было невозможно. Понятно, что в такой ситуации возникает необходимость в судебной легитимации полицейской деятельности, т.е. институциональная логика требует от французского законодателя тех же подходов, что и в США или на постсоветском пространстве. Другое дело, что наличие специализированных судебно-следственных органов, задействованных для производства предварительного следствия, создает удобную инфраструктуру для реализации специализированного судебного контроля за полицией. Так, при необходимости произвести в ходе дознания обыск в жилище полиция обращается к специальному судье по свободам и заключению, появившемуся после принятия Закона от 15 июня 2000 г., который и принимает соответствующее решение. Более того, к этому судье перешли некоторые полномочия следственного судьи при производстве предварительного следствия, прежде всего право принимать решение о заключении под стражу, хотя здесь вряд ли можно говорить о горизонтальном контроле одного судьи (по свободам и заключению) над другим (следственным). Речь скорее идет не о контроле, а о разграничении полномочий между одноуровневыми судебными органами в духе распределения подсудности.

Таким образом, французская модель уголовного процесса ныне является с точки зрения судебного контроля *комбинированной*: в ходе полицейского дознания специализированный судья (*juge des libertés et de la détention*) осуществляет судебный контроль, позволяющий в англосаксонском или постсоветском духе придавать легитимность действиям полиции по ограничению конститу-

ционных прав граждан; в ходе предварительного следствия все полномочия распределены между традиционным следственным судьей и новым судьей по свободам и заключению, судебные акты которых (действия и решения) подлежат инстанционному контролю со стороны вышестоящих судебных органов апелляционного уровня. В этом плане французский уголовный процесс остается хрестоматийным континентальным примером не только *частичной* полицеизации предварительного расследования, но и полицеизации вполне умеренной и не слишком обширной.

Германский уголовный процесс, долгое время развивавшийся *mutatis mutandis* в классическом континентальном духе с судебным предварительным следствием и т.п., в ходе ставшей уже легендарной реформы (Закон от 9 декабря 1974 г.), как известно, полностью отказался от института предварительного следствия, как такового. Разумеется, это сразу же резко увеличило нагрузку на полицейское дознание, ставшее единственной формой предварительного расследования, в ходе которой отныне необходимо было применять все меры, ранее относившиеся к компетенции классического следственного судьи французского типа. Произошел переход от умеренного континентального дуализма в духе “предварительное судебное следствие + прокурорско-полицейское дознание” к унифицированному и полностью полицейскому расследованию под руководством прокурора, что привело не только к “полицеизации” предварительного расследования, но и к естественной необходимости решить проблему судебной легитимации последнего.

При этом, решая поставленную задачу, германский уголовный процесс обозначил новую континентальную тенденцию, направленную на поиск компромисса между классической инстанционностью французского типа и англосаксонскими механизмами легитимации полицейской деятельности *любым ординарным* (часто непрофессиональным) судьей. Фактически речь шла не о сломе французской модели, но о ее преобразовании путем лишения традиционных следственных судей сугубо следственных полномочий с сохранением за ними полномочий судебных. Иначе говоря, германский законодатель воспользовался инфраструктурой континентального уголовного процесса (институтом следственных судей) для того, чтобы сконструировать на их базе некий орган *специализированного судебного контроля* за полицией. Здесь, конечно, уже нет полного поглощения судебной властью полицейской деятельности, когда каждое следственное действие или каждый следственный акт рассматриваются

в виде судебного действия или судебного акта, однако нет и полной автономии полиции от судебной власти, поскольку взаимодействие между полицией и судом является строгим институциональным механизмом в континентальном духе с устойчивой подсудностью, компетенцией, функциональным разграничением полномочий и т.п., а не выбором полиции наиболее удобного для нее и процессуально экономичного способа легитимации своей деятельности в американском духе.

Появление новых немецких следственных судей, или судей над следствием (*Ermittlungsrichter*), привело к институциональному оформлению новой модели, которую во франкоязычной юридической литературе обозначают в качестве системы *juge de l'instruction*, т.е. “судей, вершащих правосудие над решениями следственных органов”, изъясно терминологически противопоставляя классическим *juge d'instruction*, т.е. “судьям, производящим предварительное следствие”. В этом смысле сегодня традиционный русский термин “следственный судья”, часто используемый в обоих случаях, явно недостаточен, поскольку не позволяет понятийно диверсифицировать два совершенно разных подхода, поскольку когда в российской или постсоветской юридической литературе говорят о следственном судье, то не всегда ясно, имеются ли в виду немецкие *Ermittlungsrichter* или французские *juge d'instruction*⁴⁸.

Таким образом, германский вариант *частичной полицеизации*, когда прокурорско-полицейское дознание контролируется специальными судебными органами с четкой компетенцией, представляет собой более *обширную* полицеизацию предварительного расследования, нежели та, что имеет место во Франции, по крайней мере на сегодняшний день. Здесь если и допустимо говорить о *комбинированном* сочетании двух выделенных нами выше моделей – “инстанционного внутрисудебного контроля” (в части контроля вышестоящих судов за решениями “судьи над следствием”) и “контроля суда за действиями полиции”, то, конечно, с явным упором на последнюю модель и неизбежный разрыв с концепцией инстанционности, поскольку контроль суда за действиями полиции

инстанционным быть не может. Однако и полного перехода в англосаксонское русло в Германии также не произошло (даже по сравнению с соответствующими постсоветскими тенденциями). В этом смысле германский уголовный процесс при любых попытках классификации ключевых моделей влияния судебной власти на организацию предварительного расследования будет занимать место рядом то с англо-американским уголовным процессом, противопоставляясь французскому, то с французским уголовным процессом, противопоставляясь англо-американскому (зависит от критериев сравнения). Так, с одной стороны, уголовный процесс Германии входит в одну “семью” с уголовным процессом США или Англии, поскольку в нем судебная власть не занимается производством предварительного расследования, являющимся исключительной прерогативой несудебных органов, что отличает данную “семью” от уголовного процесса Франции (институт классических следственных судей и судебная инстанционность следственной деятельности) и требует особых механизмов судебной легитимации полицейской деятельности. С другой стороны, уголовный процесс Германии входит в одну “семью” уже с уголовным процессом Франции в том смысле, что в обеих этих системах существуют специализированные судебные органы, занимающиеся исключительно предварительным расследованием (пусть и с разным объемом полномочий этих органов в двух странах), что остается континентальной “константой”. Англосаксонский уголовный процесс никаких специализированных судебно-следственных юрисдикций не знает.

Добавим, что модель *juge de l'instruction* (судьи над следствием), начало которой положила немецкая реформа 1974 г., ныне становится самой распространенной (если не сказать – “модной”) в рамках континентального уголовного процесса. За Германией *mutatis mutandis* последовали Италия, Австрия, Швейцария, создавшая специальный “трибунал по мерам процессуального принуждения” (общегосударственный УПК Швейцарии, вступивший в силу с 1 января 2011 г.)⁴⁹, и некоторые другие страны. Более того, данная модель видится достаточно гибкой, позволяя находить новые и новые механизмы сочетания классической судебно-следственной инстанционности и судебного контроля за полицейско-прокурорским дознанием. Иначе говоря, модель *juge de l'instruction* (судьи над следствием)

⁴⁸ Попытка терминологического разграничения двух моделей предпринята в работе: Ковтун Н.Н. О понятии и содержании термина “судебный следователь” (следственный судья) // Росс. судья. 2010. № 5. Однако понятие “судебный следователь”, заимствованное из законодательства Российской империи, не совсем точно отражает французское понятие *juge d'instruction* не только сугубо лингвистически, но и по смыслу, поскольку по своему статусу сегодняшний французский следственный судья является полноценным *судьей*.

⁴⁹ См., например: Jendly M., Kuhn A. Procédures d'exception et instruction: un éclairage helvétique // J.-P. Céré (dir.) Procédures pénales d'exception et Droits de l'homme. Paris, 2011. P. 124.

в разных странах, словно маятник, раскачивается между французским и немецким вариантами организации предварительного расследования. Так, в Португалии основной формой предварительного расследования является прокурорско-полицейское дознание, контролируемое специализированными судебно-следственными юрисдикциями в духе *juge de l'instruction*. Однако по просьбе обвиняемого или потерпевшего следственный судья (*juiz de instrução*) вправе принять дело к своему производству и провести предварительное следствие в полном объеме, став таким образом классическим *juge d'instruction*⁵⁰. В Нидерландах "судья над следствием", контролирующий полицейско-прокурорское дознание как основную форму расследования, также иногда превращается в традиционного следственного судью, но не по ходатайству сторон, а по инициативе прокурора, считающего, что расследование является слишком сложным и требующим настолько активного вмешательства судебной власти, что полное его поглощение последней выглядит предпочтительнее фрагментарной легитимации в форме судебного контроля за полицией⁵¹. Но в данных примерах с теоретической точки зрения речь идет не столько об устоявшихся моделях, сколько о поиске компромисса между французской и германской системами, хотя в практической плоскости такой "компромисс" выглядит весьма любопытным и многообещающим.

В заключение нельзя не обратить внимания еще на одну проблему, которая значительно усложняет континентальное понимание легитимации полицейской деятельности. Выше (причем из сугубо методологических соображений) государственный сегмент предварительного расследования сводился здесь исключительно к соотношению полицейских и судебных функций в рамках дихотомии "полиция – суд". Однако на самом деле речь идет не о дуализме, а о триоде – суд, полиция и прокуратура. Прокуратура вовсе не рассматривалась нами применительно к англосаксонскому уголовному процессу и лишь мельком упоминалась применительно к континентальному уголовному процессу (в основном в виде формулы "прокурорско-полицейское дознание"). В таком подходе есть свой методологический резон, но есть и резон сугубо теоретический, так как про-

куратура (в отличие от полиции и суда) в концептуальном плане не имеет четко очерченного универсального институционального пространства, постоянно балансируя между полицией и судом. В зависимости от исторических и сравнительно-правовых обстоятельств она то тяготеет к полиции, являясь ее юридизированной процессуальной "вершиной", то приближается к суду, становясь одним из элементов судебной власти (магистратуры) в широком понимании. В этом смысле англосаксонский уголовный процесс, исключая в контексте теории "автономии полиции" какой-либо надзор за ней прокуратуры, полностью отрицает судебную природу прокурорских функций, что действительно позволяет говорить о дихотомии "полиция – суд" и не дает возможности даже ставить вопрос о легитимации в США или Англии деятельности полиции со стороны прокурора.

Иначе обстоит дело в континентальном уголовном процессе, где прокуратура не только нередко представляла и представляет собой более или менее независимый корпус магистратов, институционально соединенный с судебной властью⁵², но и в более общем смысле является важнейшим инструментом легитимации и процессуализации полицейской деятельности. Система "прокурорской легитимации" достигла пароксизма в советском праве, где она постепенно полностью вытеснила суд из предварительного расследования. Не случайно, что в последние годы к проблеме "прокурорской легитимации" неоднократно вынужден был обращаться Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ), подчеркнувший применительно к Франции с ее дуализмом магистратуры, что "прокурор Республики не является представителем судебной власти"⁵³, в связи с чем не может являться равноценной заменой суду в аспекте легитимации полицейской деятельности. Одна-

⁵⁰ См.: *Monteiro E.* Le nouveau code de procédure pénale portugais // *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*. 1987. № 4. P. 962, 963.

⁵¹ См. подробнее: *Головкин Л.В.* Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юрфака МГУ им. М.В. Ломоносова. Кн. 11. М., 2009. С. 337, 338.

⁵² См., например, применительно к Франции с ее делением на "сидящих магистратов" (*magistrature assise*) и "стоящих магистратов" (*magistrature debout*): *Vincent J., Guinchard S., Montagnier G., Varinard A.* Institutions judiciaires. Organisation. Juridictions. Gens de justice. 6 éd. Paris, 2001. P. 131, 132.

⁵³ Решение ЕСПЧ по делу Медведев (*Medvedyev*) против Франции от 10 июля 2008 г. В другом важнейшем решении – Мерлен (*Merlin*) против Франции (от 23 ноября 2010 г., окончательное решение Большой палаты от 23 февраля 2011 г.) – ЕСПЧ подтвердил, что «представители прокуратуры во Франции не отвечают требованиям независимости по отношению к исполнительной власти, которые в зависимости от конкретной правовой системы должны приниматься в расчет в той же мере, что и беспристрастность, при оценке системы гарантий, присущих понятию "магистрат" в смысле § 3 ст. 5 Конвенции» (http://www.rtdh.eu/pdf/20101123_moulin_c_france.pdf).

ко проблема роли прокурора в предварительном производстве и его взаимоотношений с полицией, в том числе с точки зрения континентальных механизмов “прокурорской легитимации” действий полиции, возможности считать прокурора элементом судебной власти, соотношения прокурорского и судебного контроля за полицией и т.д., сама по себе сложна, автономна и требует специального анализа, выходящего за предметные и методологические рамки настоящего исследования.

* * *

В целом можно выделить три варианта разграничения полицейских и судебных функций в уголовном процессе, которые обеспечивают легитимность полицейской деятельности и которые можно признать в теоретическом плане *архетипическими*⁵⁴.

1) **Французский вариант** полностью судебного предварительного следствия, не требующий специального механизма контроля за полицией и построенный на инстанционной структуре судебно-следственных юрисдикций (*модель судебной инстанционности*);

2) **Германский вариант** полицейско-прокурорского дознания с легитимацией полицейской дея-

тельности специальными судебно-следственными юрисдикциями путем организации контроля за полицией специальным судьей над следствием (*модель контроля за полицией со стороны специализированного судьи*);

3) **Англо-американский** вариант автономного полицейского дознания (расследования) с легитимацией полицейской деятельности ординарными (в том числе непрофессиональными или полупрофессиональными) судебными инстанциями нижнего уровня путем организации контроля за полицией рядовым судьей (*модель контроля за полицией со стороны ординарного судьи*).

При этом постсоветский “судебный контроль” в настоящее время примыкает к англо-американскому варианту. Однако такой подход вряд ли можно считать осознанным выбором модели. Скорее он обусловлен полным отсутствием судебно-следственной инфраструктуры, разрушенной в советское время, и невозможностью избрать в тот момент германский вариант, не говоря уже о варианте французском. По какому пути двинется постсоветский уголовный процесс в целом и российский уголовный процесс в частности — пока предсказывать сложно. Ясно только, что сложившаяся в 1990-е годы постсоветская теория “судебного контроля” слишком узка и концептуально неоправданно ограничена, чтобы служить теоретическим фундаментом адекватного институционального выбора.

⁵⁴ Это, как мы видели, не исключает возможной комбинации данных вариантов в рамках отдельно взятой уголовно-процессуальной системы.