

Министерство образования и науки
Российской Федерации
Федеральное государственное
бюджетное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Уральская государственная юридическая академия»

В. М. БОЗРОВ

**ОСНОВЫ ТЕОРИИ
УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ
ФУНКЦИЙ
Общая часть**

Монография

Екатеринбург 2012

УДК 343.12
ББК Х410.201
Б 72

Рекомендовано редакционным советом
Уральской государственной юридической академии

Рецензенты:
заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук,
профессор *В. А. Азаров*,
заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук,
профессор *Н. А. Колоколов*

Бозров В. М.

Б72 Основы теории уголовно-процессуальных функций. Общая часть: Монография. – Екатеринбург: Издательский дом «Уральская государственная юридическая академия». 2012. – 96 с.

ISBN 978-5-7845-0382-4

Настоящая работа посвящена исследованию уголовно-процессуальных функций. В монографии анализируются исторические, философско-правовые и методологические аспекты проблемы, включенные автором в общую часть. Предлагаются пути дальнейшего развития теории процессуальных функций.

Преподавателям, аспирантам и магистрантам юридических вузов и факультетов

ISBN 978-5-7845-0382-4

© В. М. Бозров, 2012

*Памяти моего друга
известного ученого-процессуалиста
В. М. Кобякова
посвящается*

ВВЕДЕНИЕ

Существует негласное, но устоявшееся правило, в соответствии с которым автор монографического исследования приводит аргументы, побудившие его, что называется, «оседлать» выбранную им тему. В числе таковых всегда основное место отводится актуальности освещаемой проблемы. Ничего предосудительного в этом нет, поскольку востребованность научного труда определяется его актуальностью.

Автор настоящей работы тоже намеревался идти по накатанной дороге, однако здесь имеется одно весьма уязвимое место: то, что актуально для автора, может не оказаться таковым для читателя. Право делать вывод остается за теми, кому интересны проблемы процессуальных функций в уголовном судопроизводстве. Я же со своей стороны напомню, что многие именитые ученые занимались исследованием процессуальных функций. Достаточно назвать таких известных процессуалистов, как Я. С. Аврах, В. А. Азаров, В. Г. Даев, Г. И. Загорский, З. З. Зинатуллин, В. М. Кобяков, О. Я. Мотовиловкер, Н. Г. Муратова, В. П. Нажимов, Н. А. Петухов, Р. Д. Рахунов, М. С. Строгович, Ф. Н. Фаткуллин, М. А. Чельцов, В. В. Шимановский, П. С. Элькинд, Н. А. Якубович и др. Между тем в силу разрозненного характера публикаций вряд ли есть основания утверждать, что учение об уголовно-процессуальных функциях стало в ряд других сформировавшихся теорий.

Настоящее исследование тоже не претендует на такую роль, поскольку в нем сделана попытка лишь заложить основы теории, и то касательно общей части.

Раздел 1. ТЕОРИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ: ИСТОКИ, СУДЬБА И ЗНАЧИМОСТЬ

Говорят, что судьба человека генетически предопределена. Если это действительно так, то, может быть, какие-то таинственные силы или еще неизвестные человечеству закономерности влияют на судьбу теоретических концепций, относящихся к среде гуманитарных наук. Конечно, меньше всего хотелось бы иметь дело с мистикой, чтобы воспринимать ее на довольно серьезном уровне, но ведь поразительно, что судьбы теоретических концепций очень напоминают людские. И вряд ли здесь можно довольствоваться рассуждениями, например, о том, что концепции вынашиваются людьми, а поэтому как бы срастаются с ними и разделяют их судьбу. Ведь не секрет, что одни концепции живут долго, если не вечно, постоянно находятся в центре внимания исследователей, их проблематика процветает, пополняясь с щедростью, достойной зависти, различными смысловыми гранями, аспектами, срезами и пластами, в то время как другие, не успев как следует проявиться, быстро гаснут, оставляя за собой промелькнувшие вялые споры.

Итак, у теоретических концепций, как и у людей, своя судьба. У одних она счастливая, у других – не очень, а у третьих вызывает лишь сожаление. Далеко не простая судьба выпала и на долю теории процессуальных функций, которая, как это не покажется парадоксальным, испытала и всеобщее признание, и неоправданное забвение, и огромный интерес ко всем ее компонентам, и равнодушное игнорирование последних.

Теория процессуальных функций в уголовном судопроизводстве – одна из старейших теорий, имеет давнюю историю. Она пришла в Россию во второй половине XIX столетия, в пору небывалого яркого, блестящего культурного расцвета. Наука того времени воплощала в себе наиболее передовые идеи, и надо, наверное, подчеркнуть, что в области юриспруденции для этого имелись самые благоприятные условия, в той или иной мере связанные с переходом к России мировой гегемонии. Бесспорно, отмена крепостного права (1861 г.) обусловила и проведение в 1864 г. судебной реформы. Думается, что именно эта реформа послужила право-

вой основой для зарождения и развития теории процессуальных функций. До 1864 г. в России не было базы для данной теории, поскольку в уголовном процессе отсутствовало такое свойство судопроизводства, как состязательное начало, которому вопреки здравому смыслу, но в угоду политическим пристрастиям законодательная власть не оставила даже права на формальное существование. Судебные уставы, принятые 20 ноября 1864 г., – это законы о судопроизводстве, уголовном, гражданском процессах, закрепившие переход к новому типу уголовного судопроизводства с такими его естественными свойствами (если ориентироваться на «природную» социальную значимость уголовного процесса), как гласность, честность, непосредственность и, конечно, состязательность. Именно состязательность стала главной причиной появления теории процессуальных функций. Пожалуй, вполне убедительно, что в ее основу (в первоначальном варианте) была положена концепция трех процессуальных функций. Эта концепция в тот период являлась не только ведущей, но и единственной. Согласно ей к процессуальным функциям были отнесены:

- а) обвинение;
- б) защита;
- в) разрешение уголовного дела¹.

Возникнув на основе положений, сформулированных в судебных уставах, теория процессуальных функций стала давать плоды. Своим названием она обязана термину «функция», пополнившему терминологический багаж науки уголовного процесса. Почему был выбран термин «функция»? Можно предположить, что в данном выборе не могли не сыграть роли следующие факторы.

Во-первых, не исключено, что данный термин был заимствован из текста законов или научных изысканий в странах Западной Европы. Например, во Франции следственно-обвинительный (или смешанный) процесс был введен в 1808 г., т. е. намного раньше, чем в России. Одной из особенностей французского уголовного процес-

¹ Именно и только на эти три функции указывали представители науки уголовного судопроизводства, занимавшиеся проблематикой данной теории в конце XIX – начале XX в. См.: *Случевский В.* Учебник русского уголовного процесса. СПб., 1910. С. 3–5; *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства, СПб., 1912. Т. 1. С. 6–11, 71–91; Пг., 1915. Т. 2. С. 1–15, 54–94; *Розин Н. Н.* Уголовное судопроизводство. СПб., 1914. С. 8–9, 22–23.

са являлось то, что судебная функция была отделена от обвинительной, что в свою очередь предусматривало их выполнение строго определенными органами и лицами.

Во-вторых, термин «функция» имеет ряд смысловых значений, которые в той или иной мере приемлемы для обозначения обвинения, защиты и разрешения дела¹. Отделение функций друг от друга, сосредоточенность каждой из них в руках только определенных органов и лиц при беспристрастном суде обусловили противостояние между носителями таких функций, как обвинение и защита. Это противостояние, воспринимаемое в противоборстве различных, порой диаметрально противоположных интересов, потребовало обратиться к помощи термина «сторона», который пришел к нам скорее всего из правовой литературы древнего греко-римского мира. В те далекие времена данное понятие, бесспорно, существовало, и в качестве свидетельства тому можно сослаться на следующее латинское юридическое изречение, которым пользовались не только в сфере юриспруденции, но и, наверное, в политических речах: *audiat et altera pars* («пусть будет выслушана и другая сторона»). Это изречение указывает на то, что термин «сторона» употреблялся для обозначения носителей противоположных функций, каковыми в сфере уголовно-процессуальной деятельности, возможно, являлись обвинение и защита.

Если допустить, что стороны обвинения и защиты существуют лишь для того, чтобы их выслушали, то даже в таком случае они должны быть профессионально подготовлены, ибо их речь в той или иной мере определяется судьба уголовного дела, а следовательно, и лица, находящегося на скамье подсудимых. С учетом того, что поддержание обвинения или осуществление защиты есть обязательное условие реализации состязательного начала, то надо

¹ Например, под функцией понимается: 1) в философии – явление, зависящее от другого явления и изменяющееся по мере изменения этого другого явления (аналогичная связь существует между защитой и обвинением); 2) в математике – переменная величина, меняющаяся в зависимости от изменения другой (защита соответствующим образом меняется в связи с изменением обвинения); 3) работа, производимая органом, организмом (обвинение, защиту и разрешение уголовного дела можно тоже воспринимать как работу соответствующих органов и лиц); 4) обязанность, круг деятельности, роль, значение чего-нибудь (и этот перечень подходит для того, чтобы обвинение, защиту и разрешение уголовного дела именовать термином «функция»). См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1973. С. 789.

признать как факт необходимость организации сторон. Без профессионального мастерства сторон и той организации, которая соответствует их назначению, состязательность может стать лишь пустой формальностью и занять место в среде декларативных лозунгов. Вот почему с провозглашением состязательности в уголовном процессе был введен знакомый для Запада, но совершенно новый для России институт, именуемый государственным обвинением, а в качестве противоположенной обвинению стороны была учреждена присяжная адвокатура. Прокуроры и адвокаты, участвовавшие в рассмотрении судом уголовного дела, стали официально именоваться стороной обвинения и стороной защиты соответственно.

Провозглашение состязательного начала, введение названных новых институтов не только обусловили появление теории процессуальных функций, но и поставили перед ней ряд настоятельных задач, нуждающихся в скором и правильном решении. Огромная заслуга в решении этих задач по праву принадлежит выдающемуся судебному деятелю того времени, незаурядному феномену-юристу и писателю-гуманисту А. Ф. Кони, которого без преувеличения можно назвать основоположником теории процессуальных функций. Действительно, если вспоминать основные идеи таких его работ, как «Приемы и задачи прокуратуры», «Судебная реформа и суд присяжных», «Заключительные прения сторон в уголовном судопроизводстве», то нельзя не заметить, что все они проникнуты заботой о развитии этих институтов, совершенствовании состязательности уголовно-процессуальной деятельности, повышении уровня профессионального мастерства обвинителя и защитника в судебном заседании. Так постепенно очерчивался предмет теории процессуальных функций, а проведенными исследованиями определялась ее проблематика.

Казалось, что перед теорией процессуальных функций раскрылись широкие возможности для развития. Юридическая наука и правоохранительная практика выдвинули целую плеяду известных личностей, для которых осуществление процессуальных функций стало профессиональной обязанностью, служебным долгом, научным интересом, что давало повод надеяться на уготовленную теории процессуальных функций счастливую судьбу. Однако наступил октябрь 1917 г., и прогнозы сменили свою тональность. Большевики взяли власть в свои руки и сразу же, без всяких промедлений, ликвидировали действовавший суд и прокуратуру, упразднили ин-

ститут присяжной адвокатуры. С этого момента началось ожидание первой модификации советского уголовно-процессуального права, тянувшееся до начала 20-х гг. 25 мая 1922 г. был принят первый УПК РСФСР, но 31 октября того же года на IV сессии ВЦИК девятого созыва утвердили Положение о судоустройстве РСФСР, и в связи с этим 15 февраля 1923 г. была принята новая редакция УПК РСФСР.

Законодатель, подготавливая новую редакцию УПК РСФСР, не отказался от термина «сторона» и провел идею о состязательности судебного разбирательства. Казалось, что при наличии такой правовой базы теория процессуальных функций достигнет качественно нового витка в своем развитии. К сожалению, этого не случилось по ряду причин.

1. Длительное время господствовал политический и методологический постулат, отрицающий преемственность советского права с досоциалистическими правовыми системами, и надежной охраной этого постулата служил высший ориентир в теоретических исследованиях – так называемый классовый подход.

2. В 30-х гг. началось широкое хождение идеи, занимавшей умы как ученых-юристов, так и практических работников правоохранительных органов, о целесообразности процессуального упрощения.

3. В это же время была выдвинута концепция А. Я. Вышинского о вредном для советского процесса положении о равноправии сторон, которая, несмотря на свою ошибочность, была весьма влиятельной и подавалась в виде аксиомы.

4. Наконец, произвол, который царил в годы культа личности Сталина, не давал ни малейшего шанса, чтобы этой теории аплодировали.

Эти факторы в совокупности с другими гасили интерес к теории процессуальных функций. Чтобы окончательно исключить ее из науки советского уголовного процесса и указать ей место на той свалке, где якобы должны находиться все буржуазные процессуальные институты, в 1958–1959 гг. появились научные статьи, в которых была сделана откровенная попытка сбросить с научного пьедестала данную теорию.

Авторами таких научных статей были известные ученые-юристы, чьи теоретические взгляды оценивались, как правило, весомо. Не только доводами, но и своим авторитетом в науке они, словно

сговорившись, сделали серьезный выпад против процессуальных функций и самой теории¹.

Можно ли считать, что такой выпад со стороны крупных ученых произвел впечатление, подобное грому среди ясного неба? Думается, что он не был настолько внезапным, и некоторые ученые могли даже предвидеть его.

Известно, что появление таких работ совпало по времени с новой кодификацией уголовно-процессуального права. Бесспорно и то, что принятию нового уголовно-процессуального закона предшествовала большая работа, в которой были задействованы значительные силы специалистов в области уголовного судопроизводства². Естественнo, что уже в ходе обсуждения проекта закона вырисовывались его характерные черты. Оставим в стороне его особенности и с учетом предмета нашего исследования подчеркнем, что во вновь принятом уголовно-процессуальном законе отсутствовало понятие «стороны». Не исключено, что такой шаг был сделан не без настояния ряда лиц, разрабатывающих проект закона.

Конечно, теперь только с определенной долей вероятности можно судить об обстоятельствах, побудивших законодателя отказаться от термина «стороны». Здесь нельзя не обратить внимания на то, что конец 50-х – начало 60 гг. – это, с одной стороны, время демократических преобразований, выразившихся в принятии законов, в которых наглядно прослеживалась тенденция к усилению прав (в том числе процессуальных) личности, а с другой – период ожесточенного до предела противостояния двух различных общественно-политических систем. Это противостояние не только оправдывало, но и поощряло далекую от объективности, а порой просто огульную критику взаимного плана. Среди объектов такой критики с нашей стороны были, пожалуй, все демократические институты

¹ Против процессуальных функций как института советского уголовного процесса выступали М. А. Чельцов, С. А. Галунский и Л. Н. Гусев. См.: *Чельцов М. А. О недопустимости перенесения буржуазных конструкций в советскую уголовно-процессуальную теорию* // Учен. зап. ВЮЗИ. М., 1958. Вып. VI. С. 85–87; *Галунский С. А. Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик* // Вопросы судопроизводства и судостройства в новом законодательстве Союза ССР. М., 1959; *Гусев Л. Н. Процессуальное положение следователя в советском уголовном процессе* // Вопросы судопроизводства и судостройства в новом законодательстве Союза ССР. С. 125–131, 314–316.

² На это обстоятельство указывал М. С. Строгович. См.: *Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса*. М., 1968. Т. I. С. 122–123.

буржуазного правосудия, часть которых в настоящее время либо взяты нашим законодателем на вооружение (например, институт присяжных заседателей), либо получают дальнейшее совершенствование (например, принцип состязательности).

Было бы ошибкой не коснуться набившего оскомину пресловутого классового подхода, которому в то время по вполне понятным причинам служили искренне и верно представители нашей науки, в том числе процессуальной. Классовый подход настолько упрям и прямолинеен, что не знает никаких компромиссов, а поэтому категорически не допускает существования, например, внеклассовых судов, внеклассовой справедливости, бесклассового права. В этом плане рассуждения были просты, как кипяченая вода, а именно: если суд функционирует на капиталистическом западе, значит, он по природе антинароден, так как защищает интересы господствующего класса и является надежным проводником эксплуататорской политики. В таком суде ничего хорошего быть не может, там провозглашенные демократические принципы правосудия – лицемерная декларация, лишенная всякой практической значимости. Критика с классовых позиций процессуальных институтов запада дошла до того, что обрушила свои стрелы даже на такой по характеру весьма привлекательный принцип, как презумпция невиновности, в котором ярко выражены гуманизм и справедливость. Явно необъективные и неприкрыто тенденциозные оценки презумпции невиновности давались и с депутатской трибуны, и в научных трудах¹.

С этих же позиций оценивались процессуальные функции: они присущи буржуазному процессу, следовательно, для нашего уголовного судопроизводства чужды, совершенно ему несвойственны. Сущность «советского» принципа состязательности противопоставлялась сущности «буржуазного» принципа состязательности. В основе последнего лежит, по мнению его критиков, характерное для капитализма противостояние личности и государства как субъектов с антагонистическими интересами. Принцип состязательности, по их представлению, необходим при капитализме для защиты личности от карательной власти государства, тогда как социалистическое государство всегда стоит на службе интересов личности, а значит, противоречивость интересов личности и государства объективно немыслима. В связи с этим советский принцип состязательности предназначен исключительно для обеспечения суду возможности

¹ Правда. 1958. 27 дек.

установить объективную истину по делу с помощью сторон обвинения и защиты. Отсюда следует, что состязание сторон в советском суде – это не противостояние двух антагонистических сил, а единоборство во имя истины¹.

Противопоставление «советского» и «буржуазного» принципов состязательности привело к идеологически ангажированному выводу, что совпадающие, одноименные принципы наполнены различным социальным содержанием². Такой подход позволял делать выводы, которые так или иначе отразились в статьях, где процессуальные функции подвергались беспощадному ostracismu и утверждалось, что в основе вновь принятого уголовно-процессуального закона лежит концепция о соединении в лице органов, ведущих процесс, различных по характеру функций³.

Согласно данной концепции органы уголовного судопроизводства вооружены единым процессуальным интересом – всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства уголовного дела, ибо все они в пределах своей компетенции обязаны бороться с преступностью, активно помогая друг другу. Поэтому у авторов указанных статей имелись основания для озабоченности в том, что теория процессуальных функций может искусственно и неоправданно ограничить активность суда, превратить его в пассивного арбитра, выносящего решение в пользу более удачливого представителя той или иной стороны.

Однако, несмотря на достаточно высокий научный авторитет авторов статей, использованный ими категорический тон и ничем не прикрытую сугубо политическую подоплеку, сделанные в работах выводы не достигли того резонанса, на который, очевидно, рассчитывалось. Большинство ученых-процессуалистов не только не торопились разделить их мнение, а, наоборот, так или иначе высказали свое несогласие с ним. Может быть, здесь сыграл свою роль синдром «неразвешанного недоумения», позволяющий гадать, почему и куда вдруг исчезли процессуальные функции. Неужели только в связи с исключением из закона понятия «стороны» вся

¹ Гиганов А. Единоборство во имя истины // Лит. газ. 1970. 13 мая.

² Полянский Н. Н. К вопросу о юридической природе обвинения перед судом // Правоведение. 1960. № 1. С. 109; Строгович М. С. Общетеоретические проблемы социалистического правосудия // Сов. государство и право. 1969. № 1. С. 74; Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. С. 138.

³ Мокичев К. А. Против ревизионистских извращений марксистско-ленинского учения о государстве и праве. М., 1959.

теория процессуальных функций рухнула, словно карточный домик? При этом очень трудно представить уголовный процесс без процессуальных функций. Было известно, что процессуальные функции упорядочивают уголовно-процессуальную деятельность, а принять во внимание, что они вдруг исчезли, равносильно тому, что признать отсутствие у человека нервной системы. Если быть последовательным и стоять на позиции отсутствия процессуальных функций, то надо согласиться и с тем, что все органы уголовного судопроизводства сообща осуществляют и обвинение, и защиту в тех пределах, в которых они сочтут нужным в интересах уголовного дела, а деятельность защитника приобретает чисто формальный характер и не влияет на ход или исход производства по уголовному делу. Однако сама практика опровергает подобное. В связи с этим было бы наивным ожидать, что указанные статьи пусть не сразу, а постепенно, но все же наложат вето на процессуальные гарантии.

Тем не менее случилось то, что даже при мистическом даре предвидения трудно было предположить. В противовес утверждениям, изложенным в названных работах, к теории процессуальных функций вдруг обнаружился прямо-таки повальный интерес. Число научных работ, посвященных проблематике данной теории, стало расти с неимоверной быстротой. Пожалуй, в этом с ней не могла соперничать ни одна другая теория науки уголовного судопроизводства. Ряды сторонников теории процессуальных функций постоянно пополнялись. Увлеченные научной значимостью, практической полезностью теории процессуальных функций, под ее знамена становились даже те ученые, которые еще не так давно призывали к «крестовому походу» против функций¹.

Термин «функция» становится одним из самых популярных терминов, используемых наукой уголовного судопроизводства. Он вдруг приобрел такую притягательную силу, что идеи и выводы, изложенные в статьях, опровергающих процессуальные функции, стали объектом критики², а если и раздавались единичные голо-

¹ В 90-е гг. это воспринималось как одна из наиболее отрицательных черт советского уголовного процесса. См.: Концепция уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации // Государство и право. 1992. № 8. С. 47.

² В данном случае речь идет о М. А. Чельцове, который сделал переоценку своих научных взглядов и отказался от идеи о «вредности» теории процессуальных функций, став ее сторонником. См.: Уголовный процесс / под ред. М. А. Чельцова. М., 1969. С. 11–14.

са в поддержку подобных идей и выводов, то они быстро глохли в общем хоре сторонников данной теории¹.

Итак, теория процессуальных функций начала свое «триумфальное» шествие. Сведениям, составляющим предмет теории процессуальных функций, предоставили свои страницы учебные пособия и учебники², юридические журналы и сборники научных трудов³, им посвящались отдельные монографические исследования⁴, о них упоминалось в научно-популярных изданиях⁵.

¹ В начале 60-х гг. с такой критикой выступили Р. Д. Рахунов и М. С. Строгович. См.: Рахунов Р. Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М., 1961. С. 39; Строгович М. С. О состязательности и процессуальных функциях в советском уголовном процессе // Правоведение. 1962. № 2. С. 101–104.

² Периодически появлялись научные работы, в которых отвергалось состязательное начало в связи с отсутствием термина «стороны» либо функция обвинения как не принадлежащая прокурору, поскольку он осуществляет одну функцию – функцию надзора. См.: Скворцов К. Ф. Конституционные основы законодательства о прокуратуре СССР // Развитие теории и практики уголовного судопроизводства в свете нового законодательства о Верховном суде СССР, прокуратуре СССР и адвокатуре СССР. Воронеж, 1981. С. 30–36; Даев В. Г. К понятию обвинения в советском уголовном процессе // Правоведение. 1970. № 1. С. 85; Цыпкин А. Л. Сущность уголовно-процессуальной функции прокурора // Вопросы теории и практики прокурорского надзора. Саратов, 1974. С. 20.

³ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М., 1970. Т. 2. С. 188–200; Уголовный процесс РСФСР / под ред. В. Е. Чугунова, Л. Д. Кокорева. Воронеж, 1948. С. 10–12; Уголовный процесс / под ред. М. А. Чельцова. С. 11–14; Советский уголовный процесс / под ред. Д. С. Карева. М., 1975. С. 17–19; Советский уголовный процесс. Книга первая / под ред. А. С. Кобликова. М., 1982. С. 68–77; Советский уголовный процесс: учеб. пособие / под ред. И. В. Тыричева. М., 1985. С. 10–11; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А. Д. Бойкова, И. Н. Карпеца. М., 1989. С. 420–440; Уголовный процесс: учеб. пособие / под ред. Н. Я. Дюрягина, П. М. Давыдова. Екатеринбург, 1992. С. 10–11; Уголовный процесс / под ред. П. А. Лупинской. М., 1995. С. 46–50; Уголовный процесс: учеб. пособие / под ред. К. Ф. Гиценко. М., 1996. С. 19; Уголовный процесс. Общая часть / под ред. В. П. Божьева. М., 1997. С. 8 и др.

⁴ См.: Якуб М. Л. О понятии процессуальной функции в советском уголовном судопроизводстве // Правоведение. 1973. № 5; Шимановский В. В. К вопросу о процессуальных функциях следователя в советском уголовном процессе // Правоведение. 1965. № 2; Нажимов В. П. Об уголовно-процессуальных функциях // Правоведение. 1973. № 5; Выдря М. М. Расследование уголовного дела – функция уголовного процесса // Сов. государство и право. 1980. № 9; Зинатуллин З. З. К вопросу об уголовно-процессуальных функциях // Уголовная ответственность: основание и порядок реализации. Самара, 1990; Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальные функции: понятие, виды, социальное назначение // Вести Удмурт. ун-та. Ижевск, 1992. № 2 и др.

⁵ См.: Элькин П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976. С. 45–56; Савицкий В. М. Государственное обвинение

Многочисленные исследования в области теории процессуальных функций, бесспорно, свидетельствуют о том, что она занимает центральное место в науке уголовного процесса, и это место она по праву заслуживает. Если данную теорию охарактеризовать в самых общих чертах, то прежде всего следует подчеркнуть ее универсальность. Она проявляется в том, что темы, связанные с теорией процессуальных функций, как правило, сквозного характера, ибо их границы охватывают не одну, а несколько стадий процесса.

Проблемы теории напрямую связаны с достаточно широким кругом субъектов уголовно-процессуальной деятельности, они многочисленны, затрагивают вопросы не только сугубо процессуального плана, но и профессиональной специализации, а также касаются психологических и этических сторон деятельности этих субъектов. Не боясь преувеличения, можно сказать, что теория процессуальных функций в связи с изложенными характеристиками играет в определенной мере методологическую роль. С помощью ее положений можно проникать в еще существующие тайны такого сложного и загадочного явления, как уголовный процесс. Хотелось напомнить о мудрой мысли, которую в свое время высказал А. Ф. Кони. Суть ее сводится к тому, что именно уголовный процесс особенно близко соприкасается с жизнью¹. Уместно к этому добавить, что уголовное судопроизводство – это частица нашей жизни, причем частица далеко безрадостная, где мы встречаемся с добром и злом, а зло здесь порой проявляется в самых жутких и мрачных картинах, краски для которых черпаются и из процессуальных функций.

Непосвященный в проблематику теории процессуальных функций читатель может заметить, что большое число работ (которое нельзя считать полным, и с учетом исследований современных авторов в действительности этих работ еще больше), посвященных процессуальным функциям, наверно, позволило исследовать эти функции настолько подробно и всесторонне, что автору этой монографии осталось довольствоваться либо экскурсом в историю теории, либо прогнозом на ее будущее. Спешу сразу заверить та-

в суде. М., 1971; *Стецовский Ю. И., Ларин А. М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1988. С. 105–222; *Зинатуллин З. З.* Уголовно-процессуальные функции. Ижевск, 1994. и др.

¹ *Стецовский Ю. И.* Если человек обвинен в преступлении. М., 1988. С. 105–111; *Бозров В. М., Кобяков В. М.* От преступления до приговора. Екатеринбург, 1996. С. 30–31.

кого читателя, что, несмотря на изобилие работ и известность ученых-процессуалистов, внесших лепту в разработку данной теории, все ее основные компоненты (что такое процессуальные функции, сколько их в сфере уголовно-процессуальной деятельности, как они называются и кем осуществляются) до сих пор вызывают горячие споры с учетом положений, содержащихся в новом УПК РФ. В них сталкиваются различные точки зрения, иногда подающиеся как вероятностные суждения с сопровождением аргументационного материала, а в некоторых случаях – в виде аксиом без пояснения. Причем разночтения здесь не просто разительные, степень этих разночтений настолько углублена, настолько парадоксальна, что трудно поддается объяснению. Об этом свидетельствует хотя бы следующий факт: ряд ученых сошлись в едином мнении о понятии процессуальных функций и абсолютно одинаково, даже в текстовальном виде, объясняют их сущность, однако тут же расходятся в суждениях, когда речь заходит о количестве функций, а следовательно, об их наименованиях. Одни настаивают на трех функциях, другие – на четырех, а третьи говорят о большем их числе¹. В итоге критическая масса по этим компонентам достигла такой концентрации, что имеющиеся суждения не столько проливают свет на основные вопросы, сколько делают всю систему проблем похожей на лабиринт.

Чтобы нащупать путеводную нить, требуется критический анализ всех основных точек зрения, связанных с проблематикой теории процессуальных функций. Необходимо выявить их сильные стороны и уязвимые места, определиться с доводами представителей различных позиций и понять научную и практическую значимость существующих концепций. Именно такому анализу посвящается следующий раздел.

¹ См., например: *Абашеева Ф. А.* Осуществление правосудия в системе процессуальных функций. Ижевск, 2008; *Азаров В. А., Таричко И. Ю.* Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса. Омск, 2004; *Гавло В. К., Доровских Ю. В.* К вопросу о функциях уголовного процесса // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае. Барнаул, 2001. Вып. 1; *Зинатуллин З. З., Зинатуллина Т. З.* Уголовно-процессуальные функции. Ижевск, 2002; *Михайловская И. Б.* Цели, функции и принципы российского уголовного процесса. М., 2003; *Муратова Н. Г., Чулюкин Л. Д., Гайнуллов И. Ф., Кириллова Н. П.* Процессуальные функции профессиональных участников состязательного судебного разбирательства уголовных дел. СПб., 2007.

Раздел 2. ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ

Палитра разночтений по основным компонентам теории процессуальных функций, украшенная то горячностью полемики, то холодностью суждений-аксиом, весьма сложна и на редкость своеобразна. Если перевести ее на обладающий наглядностью язык схем, то эту палитру можно представить в виде двух прямых линий, исходящих из одной точки, расстояние между которыми постепенно расширяется. Иными словами, такая схема похожа на равнобедренный треугольник, у которого пока отсутствует основание. Уходящие в разные стороны лучи символизируют все увеличивающийся объем разночтений по самым главным вопросам теории процессуальных функций, появление все новых и новых точек зрения не столько по существу самих функций, сколько по вопросам, связанным с их количеством в сфере уголовно-процессуальной деятельности и наименованиями.

Действительно, если оценивать сформулированное в процессуальной литературе понятие функций предварительно и только в самых общих чертах, то станет очевидным, что абсолютное большинство ученых суть процессуальной функции сводят к так называемому направлению уголовно-процессуальной деятельности. Поскольку эти ученые с предельно категорическим тоном делают акцент на термине «направление», то мне пришлось обратиться к «Словарю русского языка», чтобы разобраться в его смысловом значении. Приемлемыми в данном случае могут быть только два следующих значения этого термина: а) стремление к чему-либо и б) линия движения, путь развития¹. В связи с этим под процессуальной функцией подразумевается определенное свойство уголовно-процессуальной деятельности, отражающее специфику ее развития по расследуемому и рассматриваемому уголовному делу, и это свойство у большинства ученых получило название «направление»².

Вместе с тем, делая акцент на данном понятии, авторы подчеркивают модификационный нюанс, который прямо связан с термином «направление». Суть его сводится к желанию с учетом своего видения охарактеризовать направление как главное в содержании

¹ Ожегов С. И. Указ. соч. С. 353.

² См. об этом: Муратова Н. Г., Чулюкин Л. Д., Гайнуллов И. Ф. Механизм реализации уголовно-процессуальных функций. Казань, 2009.

функции. В связи с этим одни ученые не сопровождают термин «функция» каким-либо прилагательным, уточняющим или подчеркивающим особые черты изучаемого явления¹, другие же с не меньшей уверенностью считают, что функции – это не просто направления, а «отдельные» направления², третьи не без категоричности относят к функциям только «основные» направления³. На первый взгляд этот нюанс покажется незначительным, хотя бы потому, что все авторы независимо от него в число функций включают защиту отправления правосудия. Иными словами, данные функции – и направление уголовно-процессуальной деятельности, и отдельные направления, и основные направления. И все же думается, что авторы таким нюансом пытались подчеркнуть некоторые особенности процессуальных функций.

Когда одни ученые отказываются сопровождать термин «направление» каким-либо из указанных прилагательных, то, очевидно, их следует понимать так: все существующие в сфере уголовно-процессуальной деятельности направления есть не что иное, как сами функции, и называются они так потому, что обладают определенными характерными чертами. Ученых, указывающих, что функции – это отдельные направления, можно понимать двояко:

а) отдельные – далеко не все, а только какая-то особая часть из них;

б) отдельные – все направления, но отделенные друг от друга какой-то гранью.

И наконец, есть ученые, которые подчеркивают, что функции – это основные направления, таким образом они группируют все направления на основные и не являющиеся таковыми, а роль функций отводят только тем, которые, по их мнению, относятся к основным.

Казалось бы, что такие уточняющие и конкретизирующие прилагательные в первую очередь должны быть фактором, стабилизирующим мнения о количестве и наименовании функций, однако получается все как раз наоборот. Например, сторонники понятия функций как отдельных направлений существенно разошлись во

¹ См., например: Уголовный процесс РСФСР. Воронеж, 1968. С. 10; Уголовный процесс / под ред. М. А. Чельцова. С. 11; Советский уголовный процесс: учеб. пособие / под ред. И. В. Тыричева. С. 10.

² Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Т. I. С. 188; Советский уголовный процесс / под ред. Д. С. Карева. С. 17; Шпилев В. Н. Содержание и формы уголовного судопроизводства. Минск, 1974. С. 56.

³ Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальные функции. Ижевск, 1994. С. 9.

мнениях по вопросу, сколько этих функций и как они называются¹. Аналогичная ситуация сложилась и у ученых, которые при формулировке понятия процессуальных функций отказались от всяких характеристик направлений².

Из сказанного можно сделать, по крайней мере, два вывода:

1) единство позиции в вопросе о существовании функций отнюдь не обеспечивает единство взглядов по остальным основным компонентам теории процессуальных функций;

2) сама формулировка понятия функций мало что значит для определения их числа и наименований.

Изложенные выводы настолько очевидны, что вряд ли можно их опровергнуть. Полагаю, что как бы эти выводы не были неприятны, сколько бы они не задевали чувств, связанных с анализом своего научного потенциала, с ними следует согласиться и разделить мнение, что они могут быть следствием и таких далеко не утешительных явлений, как отсутствие необходимой строгости в исследовании или смешение личного, сугубо субъективного видения с объективными данными, а также наличие налета научной фантазии, когда желаемое принимается за действительное.

Конечно, наши предположения могут быть оспорены, и мы с удовольствием присоединимся к доводам опровержения, если они того заслуживают. Однако для того чтобы поставить все точки над «i», следует подвергнуть анализу высказанные в процессуальной литературе точки зрения по всем основным компонентам теории процессуальных функций.

Думается, целесообразно начать такой анализ с позиции, которая с чьей-то легкой руки получила название концепции размежевания функций обвинения, защиты и правосудия. Во-первых, данная точка зрения по сравнению со всеми другими имеет очень давнюю историю. Ее долгая жизнь началась еще до так называемого рево-

¹ Так, если М. С. Строгович говорил о трех функциях (*Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. Т. I. С. 189), то Д. С. Карев утверждал, что в сфере уголовно-процессуальной деятельности этих функций не менее пяти (*Советский уголовный процесс* / под ред. Д. С. Карева. С. 17–18), В. Н. Шпилев настаивает на еще большем числе процессуальных функций (*Шпилев В. Н.* Указ. соч. С. 67–68).

² В частности, И. И. Малхазов настаивает на трех функциях (*Уголовный процесс* / под ред. В. Е. Чугунова, Л. Д. Кокорева. С. 10). М. А. Чельцов полагал, что таких функций четыре (*Уголовный процесс* / под ред. М. А. Чельцова. С. 11), а И. В. Тыричев говорил о восьми процессуальных функциях (*Советский уголовный процесс: учеб. пособие* / под ред. И. В. Тыричева. С. 10–11).

люционного периода, она опиралась на характерные свойства уголовного судопроизводства, функционирующего с момента отмены крепостного права. В советское время она с настойчивостью, достойной подражания, отстаивалась известным ученым-процессуалистом, стоявшим всегда в своих научных изысканиях на платформе подлинного демократизма, М. С. Строговичем и одним из его последователей, обретшим популярность в научных кругах, В. М. Савицким¹. Во-вторых, эта точка зрения развивалась не изолированно от других проблем уголовного судопроизводства, не сама по себе, чем, бесспорно, страдают другие позиции, она напрямую примыкает к состязательности уголовно-процессуальной деятельности, при этом сами функции обвинения, защиты и разрешения дела составляют суть состязательного начала. В-третьих, проявление данных функций наиболее ярко выражено в производстве по уголовному делу. Его кульминационным моментом являются прения сторон, значимость которых настолько велика, что они образуют относительно самостоятельную часть судебного разбирательства. В-четвертых, проявление трех названных функций имеет место во всех уголовных делах, переданных в суд для рассмотрения в судебном заседании по существу с постановлением обвинительного или оправдательного приговора.

Суть этой точки зрения сводится к следующим основным положениям:

1) уголовно-процессуальная деятельность обладает многофункциональным характером и охватывает три основные процессуальные функции: обвинение, защиту и разрешение дела;

2) процессуальные функции как отдельные виды или направления деятельности находятся в состоянии размежевания, вместе с тем они взаимосвязаны, проявляются в комплексе и по каждому без исключения делу, переданному в суд.

Данная точка зрения, господствовавшая в теории длительное время, вдруг стала объектом критики, и число оппонентов постепенно возросло по мере увеличения количества работ, посвященных проблематике процессуальных функций. Какие же основные недостатки этой концепции увидели ученые-процессуалисты в попытке сбросить ее со щита и доказать ее ошибочность?

¹ *Строгович М. С.* Уголовное преследование в советском уголовном процессе. М., 1951. С. 15, 66; Курс советского уголовного процесса. Т. I. С. 188–189; *Савицкий В. М.* Государственное обвинение в суде. С. 41; *Савицкий В. М.* Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. М., 1975. С. 30.

Прежде чем дать ответ на поставленный вопрос, целесообразно сделать оговорку в защиту (как это не покажется парадоксальным) указанной концепции и тех авторов, которые относили себя к числу ее оппонентов. Часть претензий к концепции, думается, можно снять, в связи с тем что существенным образом изменился уголовно-процессуальный закон, в который вновь введен термин «стороны» и подчеркнуты как функции обвинения и защиты, так и функция разрешения дела по существу¹. Сейчас можно исключить из числа оппонентов В. Г. Даева, который по всей вероятности уже не стал бы настаивать на том, что в сфере уголовно-процессуальной деятельности отсутствует функция обвинения, поскольку прокурор не является ее носителем². Поистине пророческими стали предупреждения В. М. Савицкого, который подчеркивал: «Нельзя ссылаться на непоследовательность нормативной регламентации как на аргумент в научной сфере, потому что, когда она будет устранена, аргумент бумерангом ударит по позиции, в обоснование которой он выдвинут»³.

Вместе с тем некоторые критические замечания в адрес концепции размежевания трех функций могут быть. Одним из первых ее критиков был М. А. Чельцов. По его мнению, оценивая концепцию трех процессуальных функций, следует признать, что такое понимание функции не раскрывает всего содержания деятельности каждого из государственных органов. Подобная оценка объясняется тем, что в этой концепции якобы произвольно сужается судебная функция и неоправданно исключается надзорная функция прокуратуры⁴.

Итак, уязвимость концепции размежевания трех функций М. А. Чельцов видел только в том, что функциональные свойства органов уголовного судопроизводства в ней не отражаются с достаточной полнотой. Вслед за М. А. Чельцовым с подобной критикой этой концепции выступил В. Н. Шпилев, который прямо заявил, что «теория трех основных процессуальных функций не в полной мере отражает содержание уголовно-процессуальной деятельности»⁵.

¹ В данном случае имеются в виду ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, п. 45 ст. 5, ч. 3 ст. 15 УПК РФ.

² Даев В. Г. Указ. соч. С. 85.

³ Савицкий В. М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. С. 39–40.

⁴ Уголовный процесс / под ред. М. А. Чельцова. С. 14.

⁵ Шпилев В. Н. Указ. соч. С. 57.

Этот критический выпад автор объясняет тем, что «каждый участник процесса выполняет определенную функцию»¹.

Через несколько лет эту же претензию к концепции размежевания трех функций повторил Я. О. Мотовиловкер, который, с одной стороны, настойчиво доказывал право на жизнь этой концепции, а с другой – утверждал следующее: «Но функции обвинения, защиты, правосудия вовсе не отражают всей полноты уголовно-процессуальной деятельности. За ее пределами оказывается деятельность (функции) таких участников процесса, как, скажем, свидетель или секретарь судебного заседания»². Как представляется, замечания уважаемого ученого связаны с тем, что он – сторонник позиции крайнего упрощения сущности функции, которую он выразил так: «Функционировать означает работать, быть в действии (лат. *functio* означает деятельность). Можно поэтому утверждать, что любой участник уголовного процесса является носителем определенной функции»³.

При знакомстве с подобной позицией невольно вспоминается пословица о простоте и гениальности. Точка зрения Я. О. Мотовиловкера действительно может показаться предпочтительной хотя бы потому, что значительно облегчает труд ученых-процессуалистов. Она освобождает их от многих мыслительных операций, в том числе от поисков наиболее оптимальных формулировок понятия функций, решений вопросов об их названиях, количестве и др. Однако оставим пока в стороне достоинства и недостатки этой позиции и попытаемся определить, насколько верны сделанные в адрес концепции размежевания трех функций упреки в том, что она не отражает всей полноты уголовно-процессуальной деятельности.

Сразу согласимся, что эта концепция действительно не отражает всей полноты уголовно-процессуальной деятельности, и зададим ее оппонентам встречный вопрос: почему, собственно говоря, она обязана полностью отражать эту деятельность, почему ее сторонники участие, например, понятых должны оценивать как отдельную направленность в сфере данной деятельности, а роль переводчика приравнивать по своей направленности к функции правосудия?

¹ Шпилев В. Н. Указ. соч.

² Мотовиловкер Я. О. Функция осуществления правосудия и состязательное построение судебного разбирательства // Вопросы повышения эффективности правосудия по уголовным делам. Калининград, 1981. С. 12.

³ Там же. С. 11.

Претензии оппонентов можно сравнить с производственной характеристикой, в которой сказано, что N прекрасно владеет своей профессией, но у него при этом есть существенный недостаток: он не овладел другими профессиями, которые так необходимы нашему производству.

Не исключено, что данное сравнение покажется утрированным, но ведь дело обстоит именно так. Концепция размежевания трех функций достаточно подробно исследует обвинение, защиту, судебную функцию, но никакого внимания не обращает на деятельность, например, секретаря судебного заседания. Разве это справедливо? Ведь секретарь тоже действует, а значит, и функционирует. А понятые, разве они не функционировали, когда подписывали протокол следственного действия? Думается, подобные упреки нельзя назвать обоснованными. Если мы словом «функция» будем именовать любые действия всех участвующих в деле лиц от эксперта, дающего показания по поводу данного им заключения, или свидетеля, дающего заведомо ложные показания, до специалиста, производившего освидетельствование, то зачем пользоваться термином «функция»? От таких действий никакой направленности не наблюдается, и вполне можно обойтись вопросами о правах и обязанностях участвующих в деле органов и лиц.

Вместе с тем в адрес концепции размежевания трех функций были высказаны претензии, от которых встречным вопросом уже не отделаешься, и чтобы на них отреагировать, требуется добротный аргументационный материал. Такого рода претензии, а они сыпались как из рога изобилия, со стороны ряда ученых были вызваны тем, что, по утверждению некоторых сторонников данной концепции, в руках следователя соединяются три противоположные по направленности и совершенно разные по содержанию функции обвинения, защиты и даже разрешения дела¹, поскольку сама уголовно-процессуальная деятельность характеризуется тесным переплетением этих трех функций².

¹ Здесь надо подчеркнуть настойчивую последовательность В. М. Савицкого, с которой он отстаивал это мнение (*Савицкий В. М.* Государственное обвинение в суде. С. 48; *Его же.* Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. С. 33–44; *Его же.* О презумпции невиновности и других принципах уголовного процесса // Уголовный процесс России: лекции-очерки / под ред. В. М. Савицкого. М., 1997. С. 53–54).

² *Савицкий В. М.* Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. С. 33.

Может показаться, что у сторонников этой концепции по указанному вопросу нет единого мнения, поскольку И. И. Малхазов, отстаивающий позиции существования только трех функций, прямо заявлял о своем несогласии с мнением В. М. Савицкого и подчеркивал, что встречающееся утверждение о том, что прокурор и органы расследования осуществляют функции (основное направление деятельности) и обвинения, и защиты, представляется неверным¹. В то же время, очевидно, даже того не замечая, он произвольно допускает возможность соединения разных функций в руках одного органа. И это объясняется тем, что И. И. Малхазов, как и В. М. Савицкий, полагал, что все три процессуальные функции находятся в состоянии переплетения, и объяснял это следующим образом: «Прокурор, осуществляя функции обвинения, в силу закона обязан защищать интересы невиновного»².

Эта фраза по существу верна, но она, думается, не столько объясняет тезис о переплетении функций, сколько запутывает его восприятие и понимание. Ведь если этот пример, по мнению автора, раскрывает картину о переплетении функций, то дальше согласно логике должны следовать такие соображения: функции переплелись, значит, они соединились, а соединились они в действиях одного органа, ведущего процесс (в данном случае – прокуратуры), поэтому прокурор в результате обязан осуществлять не одну функцию, а все те, которые переплелись³. Таким образом, в выводах И. И. Малхазова имеют место существенные противоречия, и читателю, очевидно, приходится гадать, где же автор ближе к истине: когда говорит о переплетении процессуальных функций или когда в противовес этому утверждает, что прокурор реализует именно и только функцию обвинения.

Многие оппоненты ни с тем, ни с другим выводом не согласны. Для опровержения тезиса о соединении в одних руках нескольких функций у них объявился мощный козырь. Они отыскали цитату К. Маркса, в которой тот подчеркивал, что соединение в одном лице судьи, обвинителя и защитника противоречит всем законам психологии⁴. Работы противников концепции размежевания

¹ Уголовный процесс РСФСР / под ред. В. Е. Чугунова, Л. Д. Кокорева. С. 11.

² Там же. С. 10.

³ Слово «переплестись» имеет два значения: 1) от слова «сплестись», что означает «соединиться»; 2) «перепутаться, смешавшись» (Ожегов С. И. Указ. соч. С. 465).

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 26.

трех функций сразу запестрели этой цитатой, хотя В. М. Савицкий в свое время сделал попытку объяснить, что данная цитата никакого отношения ни к следователю, ни к прокурору не имеет, однако его голос мало кто воспринял как серьезный довод¹.

По поводу же осуществления прокурором только функции обвинения мнения разошлись и у оппонентов. Одни утверждали, что прокурор вообще не связан с обвинением², другие говорили, что прокурор осуществляет функцию не только обвинения, но и надзора за соблюдением законов³.

Оставим пока в стороне вопрос о том, насколько все эти критические замечания были справедливы, хотя сразу можно подчеркнуть, что тезисы о переплетении функций и, как следствие, осуществлении одним лицом нескольких различных функций – действительно одно из самых слабых мест анализируемой концепции. Оно затушевывает главное назначение данной теории, а именно органическую связь с состязательностью. По мнению ряда сторонников этой концепции, следователь, реализуя разные функции, состязуется с самим собой.

К этим претензиям вернемся, когда будем исследовать другие точки зрения. Пока же перейдем к анализу пробелов в теории процессуальных функций. Основным пробелом является логическая незавершенность формулировок понятия процессуальных функций. Такие формулировки, как «отдельные виды», «отдельные направления» уголовно-процессуальной деятельности как бы оставляют за кадром ответы на напрашивающиеся вопросы: чем же конкретно обусловлены так называемые отдельные виды или отдельные направления, откуда и в связи с чем они появляются в сфере уголовно-процессуальной деятельности и какова отличительная грань между самой деятельностью и ее отдельными видами? Конечно, некоторые представители данной точки зрения стремились придать определению понятия функций несколько завершенный вид. Эта заслуга в первую очередь принадлежит И. И. Малхазову, который попытался ликвидировать существующую расплывчатость формулировки М. С. Строговича, придать ей четкость и необходимую в таких случаях конкретность. Выбранный им вариант определения

¹ Савицкий В. М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. С. 42–43.

² Уголовный процесс / под ред. В. Е. Чугунова, Л. Д. Кокорева. С. 11–14; Давев В. Г. Указ. соч. С. 85.

³ Советский уголовный процесс / под ред. Д. С. Карева. С. 17–19.

понятия функций не просто сводится к направлению уголовно-процессуальной деятельности, а сопровождается еще указанием на то, что это направление осуществляется субъектами уголовного процесса в соответствии с преследуемыми каждым из них целями¹.

Уточнение, сделанное И. И. Малхазовым, конечно, существенно, поскольку обращает внимание на новые свойства функции, но и оно окончательно не снимает перечисленные вопросы. Из формулировки И. И. Малхазова неясно, от чего у того или иного субъекта уголовного процесса зависит выбор цели, которой в конечном счете подчиняется сама функция. Эта недомолвка может позволить говорить о некотором соприкосновении мнения И. И. Малхазова с утверждением В. П. Нажимова. Последний как раз проблему процессуальных функций постарался осветить с позиции выбора функции и в связи с этим перешел на психологический аспект проблематики. В результате он пришел к выводу, что уголовно-процессуальный закон закрепляет строго определенные функции только за судом и защитником. За всеми остальными субъектами уголовного процесса якобы оставлено право выбора существующих в сфере уголовно-процессуальной деятельности функций². Полагаю, что позиции В. П. Нажимова и И. И. Малхазова совпадают, поскольку первый прямо заявляет о наличии у некоторых субъектов уголовно-процессуальной деятельности возможности варьировать профессиональными функциями и по своему усмотрению в зависимости от обстоятельств выбирать ту, которую они считают наиболее приемлемой, а второй своей формулировкой, во всяком случае, не исключает подобного.

На наш взгляд, такая точка зрения не просто ошибочна, она не-правильна по существу³. Конечно, нельзя утверждать, что многие ученые не замечали подчеркнутой логической незавершенности в формулировке понятия функций и поэтому делали и делают попытку объяснить обусловленность направлений уголовно-процессуальной деятельности. Однако и здесь не удалось избежать разночтений.

Касааясь существа процессуальной функции, М. А. Чельцов писал, что «это направление деятельности, рассматриваемое законодателем

¹ Уголовный процесс РСФСР / под ред. В. Е. Чугунова, Л. Д. Кокорева. С. 10.

² *Нажимов В. П.* Об уголовно-процессуальных функциях. С. 73.

³ Справедливую критику позиции В. П. Нажимова см.: *Элькинд П. С.* Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. С. 49.

как обязанность соответствующего органа или лица»¹. Известно, что научный авторитет М. А. Чельцова был весьма высоким, поэтому вполне естественно было ожидать, что к его мнению, если не по всем, то хотя бы по отдельным компонентам теории процессуальных функций, присоединятся другие авторы. Однако ничего подобного не произошло. Хотя и имели место на страницах печатных изданий реплики, которые можно отнести к защитной реакции на критические замечания, адресованные в том числе М. А. Чельцову. Назвать же их удачными можно только с натяжкой. В связи с этим ученый со своими решениями по всем компонентам данной теории оказался в одиночестве.

Почему так случилось? Не хотелось бы молчанием обойти этот вопрос и тем самым допустить, что точка зрения М. А. Чельцова или малоинтересна, или малоэффективна, или в ней отсутствует то, что принято называть рациональным зерном. Допустить такое – значит поступить вопреки справедливости. Сразу подчеркнем, что именно М. А. Чельцов один из первых попытался раскрыть механизм проявления процессуальных функций, определить главные, по его мнению, причины, обуславливающие наличие направлений в сфере уголовно-процессуальной деятельности, преодолеть логическую не-завершенность формулировки понятия процессуальных функций.

По мнению М. А. Чельцова, процессуальные функции есть не что иное, как следствие выполнения процессуальных обязанностей, но не всеми, а только соответствующими органами и лицами. О том, кого автор конкретно относит к «соответствующим органам и лицам» мы узнаем из предлагаемого им перечня направлений, которые он относит к процессуальным функциям. В сфере уголовно-процессуальной деятельности он выделяет четыре функции:

а) судебная функция, принадлежащая только суду как органу правосудия;

б) функция надзора за точным применением закона, осуществляемая прокурором;

в) функция расследования, связанная с процессуальной деятельностью следователя и органа дознания;

г) функция защиты, которая принадлежит адвокатам и другим лицам, вовлекаемым в производство по уголовному делу в качестве защитников².

¹ Уголовный процесс / под ред. М. А. Чельцова. С. 11.

² Уголовный процесс / под ред. М. А. Чельцова. С. 11–12.

Итак, мы видим, что мнение М. А. Чельцова значительно расходится с суждениями сторонников концепции размежевания трех функций. Например, у М. А. Чельцова отсутствует функция обвинения, однако при этом он настаивает на существовании функции защиты, а обвиняемый, по мнению автора, никак не связан с функцией защиты и не является носителем этой функции, поскольку уголовно-процессуальный закон не обязывает его защищаться от предъявленного обвинения. Это определяет специфику концепции процессуальных функций, предлагаемой М. А. Чельцовым. Конечно, если исходить из определения, которое автор дал функциям, то все эти специфические особенности выверенны и достаточно обоснованны. Вместе с тем они настолько спорны, что мало кто оценивает их как приемлемые потому, что автор ограничился только процессуальными обязанностями как обстоятельствами, обуславливающими функции.

Сведения в учебнике под редакцией М. А. Чельцова настолько скупы, что не раскрывают, чем вызвана такая позиция ученого. Но она подается как постулат без пояснений. Я далек от намерения упрекнуть автора в отсутствии аргументов, определяющих суть функций, так как это характерно для всех без исключения учебников и учебных пособий. Однако возьму на себя смелость вопреки возможным возражениям предположить, какие рассуждения М. А. Чельцова привели к указанному постулату. Не исключено, что автор, перед тем как сформулировать понятие процессуальной функции, рассуждал приблизительно так. Поскольку уголовно-процессуальная деятельность должна обладать определенными качественными характеристиками (существуют же такие понятия, как «качество предварительного следствия» или «качество судебного разбирательства» и т. п.), то, следовательно, функции как направления этой деятельности также должны отвечать требованиям в части их качественного состояния. Иными словами, все функции должны быть осуществлены на качественном уровне, который, бесспорно, зависит от процессуального статуса органов и лиц, и в первую очередь от содержания и объема их обязанностей. Поэтому, по мнению М. А. Чельцова, носителями процессуальных функций могут быть только такие органы и лица, которые обязаны реализовывать соответствующую направленность, чтобы влиять на ход и исход производства по делу, при этом их обязанность связана с требованиями определенного качества функций. Думается,

примерно такие рассуждения привели автора к формулировке, которую он дал понятию процессуальных функций. В связи с этим становится понятным и его мысль, исключая обвиняемого из числа носителей функции защиты. С точки зрения М. А. Чельцова, противоправно наделять обвиняемого ролью, которая характерна для защитника, да еще ждать от него качественного осуществления такой функции. Действительно, давайте представим такую картину: после окончания судебного разбирательства кто-либо из присутствовавших в зале сделал обвиняемому упрек, что он не выполнил свою функцию. Подобный упрек даже для человека, далекого от юриспруденции, покажется явно несправедливым. Он равносителен тому, когда прикованному к постели инвалиду, не умеющему плавать, пытаются поставить в вину то, что он не бросился в воду с целью спасти жизнь утопающему. С этих позиций точку зрения М. А. Чельцова понять можно, однако согласиться с ней очень трудно. Пожалуй, это как раз тот случай, когда между понятием и соглашением стоит стена не совсем осознанного сопротивления.

Известно, что не так уж редки случаи (чтобы их совершенно не принимать во внимание), когда подсудимый по разным причинам, но совершенно добровольно отказывается от услуг защитника и сам защищает свои права и законные интересы. При этом его действия приобретают ту же направленность, которая бы ожидалась от действий защитника, если бы тот принял участие в производстве по уголовному делу.

Итак, то, что направленность уголовно-процессуальной деятельности, обусловленная действиями подсудимого, существует – неоспоримый факт. Однако если разделять мнение М. А. Чельцова, то следует признать, что функция защиты в данном случае отсутствует, и только потому, что в деле не принимает участия защитник. Позиция автора понятна: если признать за деятельность подсудимого факт осуществления им функции защиты, то необходимо согласиться, что функция даже при наличии ее носителя может проявляться, а может и не проявляться. Поэтому уже своим определением автор решительно исключает факультативный характер функций и, связывая их с обязанностью, он тем самым «отобрал» защиту у такого лица, которое является самым заинтересованным в защите. Конечно, М. А. Чельцов прав в том, что закон не обязывает обвиняемого (подсудимого) защищаться. Но он упускает из виду другое важнейшее положение, согласно которому закон предоставляет обвиняемо-

му (подсудимому) реальную возможность обеспечить защиту своих прав и законных интересов, лично своими процессуальными правами (а не правами защитника) оспаривать обвинение в целом или в части, непосредственно своими действиями влиять на ход и исход производства по уголовному делу. Для чего это надо законодателью? Думается, ответ здесь один: чтобы именно подозреваемый и обвиняемый (подсудимый) могли осуществить предоставленную им самой природой уголовного судопроизводства функцию защиты, и защиты не вообще, как это трактовал М. А. Чельцов, а от конкретного обвинения, т. е. целенаправленной деятельности, вытекающей из уголовного преследования конкретного лица в связи с конкретным преступным деянием, имевшим место в действительности.

М. А. Чельцов настаивал на том, что обвинение как функция вообще не существует, а защита направлена против уже сделанного органами расследования вывода о том, что обвиняемый совершил преступление, которое сформулировано в специальном акте (постановлении). Такая позиция, хотя и спорна, вполне понятна (если ориентироваться только на стадию предварительного расследования, не принимая во внимание новые уголовно-процессуальные законы, принятые после 2000 г.), но совершенно неприемлема для судебного разбирательства, где ясно, отчетливо, рельефно проявляются в столкновении две противоположные функции: обвинения и защиты, — и отрицать этот факт невозможно.

Именно этим обстоятельством (а вернее, самой практикой как критерием истины) должна быть снята всякая полемика по данному вопросу. Да и сама процессуальная логика говорит, что без обвинения как функции не может быть ни подозреваемого, ни обвиняемого. Вовлечь без обвинения в сферу процессуальной деятельности защитника равносильно тому, чтобы заставить его ломиться в открытую дверь или представить его в виде боксера, ведущего бой с собственной тенью. Можно предположить, что основным препятствием, мешающим некоторым авторам признать функции обвинения, было положение, обязывавшее все без исключения органы уголовного судопроизводства, включая суд, всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства дела. Однако если абстрагироваться от этого положения, то представляется, что ошибочность такой позиции заключается в отказе ее сторонников видеть отличие целевого предназначения органов уголовного судопроизводства от метода его осуществления.

Иногда полагают, что существование функции защиты без функции обвинения невозможно из-за того, что по неизвестным причинам подменяются разные явления, обозначаемые термином «обвинение». При этом об обвинении говорят как о функции и в подтверждение своих слов вдруг ссылаются на обвинение как на акт предварительного расследования. Так, В. Н. Шпилев, очевидно, защищая точку зрения М. А. Чельцова, заявил, что утверждение, согласно которому, где нет обвинения или подозрения, не нужна защита, не совсем правильно. Чтобы это заявление не выглядело голословным, он подтверждает его следующим доводом: «Закон знает обязательную защиту лиц, совершивших общественно опасные деяния в состоянии невменяемости, либо заболевших душевной болезнью после совершения преступления. Обвинение по этим делам не предъявляется»¹.

В процитированной фразе все правильно. Действительно, по делам указанной категории обвинение не предъявляется, а участие защитника обязательно. Вместе с тем ее нельзя отнести к серьезному аргументу в пользу сделанного В. Н. Шпилевым заявления. Во-первых, вряд ли корректно вести научный спор, опираясь только на исключения из общих правил. Во-вторых, абсолютно нет оснований говорить об отсутствии функции обвинения только потому, что обвинение не предъявляется, так как предъявлением обвинения эта функция не исчерпывается.

Проблематичность, спорность выводов М. А. Чельцова сделали необходимой корректировку формулировок о понятии процессуальных функций, прежде всего для того, чтобы обвиняемого (подсудимого) считать носителем функции защиты. Для этого оказалось достаточно только увеличить число обстоятельств, непосредственно имеющих причинно-следственную связь с направлениями уголовно-процессуальной деятельности. К числу таких обстоятельств некоторые ученые стали относить не только обязанности, но и роль, и даже цель участников процесса². Вместе с тем они почему-то оставили без объяснения, что такое роль участников процесса и чем конкретно определяется их цель, очевидно, полагаясь на абсолютную

¹ Шпилев В. Н. Указ. соч. С. 61–62.

² См.: Советский уголовный процесс / под ред. И. В. Тыричева. С. 10; Уголовно-процессуальное право / под ред В. М. Лебедева. М., 2012. С. 48; Уголовный процесс / под ред. П. А. Лупинской. С. 47; Шпилев В. Н. Указ. соч. С. 65. К аналогичным точкам зрения можно отнести мнение В. Г. Журавлева (Советский уголовный процесс. Книга первая / под ред. А. С. Кобликова. М., 1982. С. 68).

ясность явлений, обозначенных этими терминами. С расширением числа подобных обстоятельств ученые пошли на увеличение количества процессуальных функций и стали предлагать их перечень уже не из трех или четырех, а из гораздо большего числа. Некоторые ученые помимо судебной функции, обвинения и защиты, стали выделять расследование (а в некоторых случаях обнаружение, проверку и расследование общественно опасных деяний), прокурорский контроль за расследованием и еще две функции, именуемые рядом авторов «дополнительными», – поддержание гражданского иска и защиту от него.

Представляется, что введение термина «роль» для обозначения дополнительного обстоятельства, обуславливающего функцию, связано прежде всего с необходимостью расширить круг носителей функций за счет лиц, вовлеченных в сферу уголовно-процессуальной деятельности. Благодаря этому обстоятельству сторонники данной точки зрения настаивают на том, что процессуальные функции проявляются в результате действий подозреваемого, обвиняемого (подсудимого), которые осуществляют функцию защиты, а субъектами функций поддержания гражданского иска и защиты от него выступают соответственно гражданский истец и гражданский ответчик.

Нашли ли сторонники приведенной точки зрения наиболее оптимальный вариант решения основных проблем теории процессуальных функций? Данный вопрос поставлен отнюдь не случайно, а в связи с тем, что аналогичный перечень процессуальных функций дают авторы, несколько иначе толкующие понятие функции. В частности, П. С. Элькинд при формулировке понятия функции акцент делала не на направлении деятельности, а на назначении и роли субъектов уголовного судопроизводства¹. Следовательно, основным содержанием уголовно-процессуальных функций она считала не вид и не направленность процессуальной деятельности, а назначение и роль ее субъектов. К такой формулировке понятия процессуальных функций П. С. Элькинд, очевидно, подтолкнули сведения из «Словаря русского языка» (на которые она для подтверждения правоты своего мнения ссылалась), где под функцией подразумева-

¹ См.: Элькинд П. С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963. С. 54–55; *Ее же*. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. С. 51.

ется круг деятельности, назначение, роль. Сопоставим это мнение с точкой зрения, высказанной И. В. Тыричевым: разница между ними в смещении акцентов и не более. Если И. В. Тыричев говорил о функциях как об отдельном направлении процессуальной деятельности, обусловленном назначением и ролью субъектов этой деятельности, то П. С. Элькинд утверждала, что суть функции заключается в определении ролей субъектов уголовного процесса, выраженных в направлении такой деятельности. Иначе говоря, от перемены мест слагаемых сумма не меняется. И на самом деле, как и И. В. Тыричев с В. Н. Шпилевым, П. С. Элькинд в одной из работ прямо подчеркивала, что в уголовном процессе насчитывается семь функций: расследование, обвинение, защита, надзор прокурора за законностью¹, судебная, а также вспомогательная и побочная².

Не кажется ли странным то, что при некотором различии определений понятия процессуальных функций вдруг обнаружилось единое понимание в части их числа и наименований? Такое положение наводит на мысль, что формулировка понятия функций мало влияет на их перечень, ибо он часто дается с довольно произвольных позиций, причем нередко без достаточных объяснений. Не секрет, что все существующие дефиниции понятия функций настолько расплывчаты, что позволяют рассматривать в качестве функций любое явление процессуального характера и по своему усмотрению определять их виды и число. Кроме того, суть функции зачастую сводится к компетенции органа или процессуальному интересу лица. Если следователь осуществляет стадию расследования, значит, он – носитель функции расследования. Если прокурор обязан осуществлять обвинение, следовательно, ему принадлежит соответствующая функция. Раз гражданский ответчик заинтересован в благоприятном для него решении вопроса о гражданском иске, то надо полагать, что им осуществляется отдельная процессуальная функция защиты, но только от гражданского иска, и т. д. Ориентируясь на подобные рассуждения, авторы не обращают внимания на то, в чем конкретно проявляется не сама деятельность, а направленность деятельности того или иного носителя предполагаемой ими процессуальной функции. В связи с этим в процессуальной литературе возникла ситуация, когда существует больше вопросов,

¹ Ссылка на эту деятельность прокурора объясняется ретроспективным характером настоящего исследования.

² См.: Уголовный процесс: учеб. / под ред. Н. С. Алексеева, В. З. Лукашевича, П. С. Элькинд. М., 1972. С. 12–13.

чем ответов, причем вопросы появляются преимущественно тогда, когда авторами предлагается определенная концепция, причем с такой категоричностью, с которой могут соперничать, пожалуй, только аксиомы. Проиллюстрируем сказанное. Например, В. П. Божьев, касаясь реализации процессуальных функций, утверждал, что такие функции, как обвинение и защита, реализуются не одновременно, а последовательно¹. По мнению автора, сначала полностью осуществляется функция обвинения, а уже потом наступает очередь функции защиты. Почему автор пришел к этому выводу, сказать трудно, поскольку никаких доводов он не приводит. Может быть, на такое решение его подтолкнула очередность судебных прений или то, что сначала в судебном следствии допрос ведет сторона обвинения, а затем сторона защиты. Если встать на эту позицию, то надо в целях соблюдения последовательности отстаивать мнение, согласно которому подозреваемый и его защитник не связаны с функцией защиты, поскольку в момент их вовлечения в сферу уголовно-процессуальной деятельности обвинению далеко до реализации. Думается, что утверждение о последовательном осуществлении функций обвинения и защиты ни в какой мере не согласуется с процессуальной логикой. Если обвинение уже реализовано, то для функции защиты «поезд уже ушел».

Приведем и другой не менее красноречивый пример в контексте сделанных нами замечаний. Одни ученые судебную функцию, т. е. функцию, осуществляемую только судом, называют «функцией правосудия»², другие – «разрешением дела»³, третьи – «разбирательством дела в суде»⁴. Таким образом, либо эти названия по смысловому значению совершенно не отличаются друг от друга, либо, наоборот, каждый из авторов приводит именно свое виденье сути и диапазона судебной функции, так как их мнения были высказаны в виде аксиом. Поясним: в ст. 15 УПК РФ судебная функция вошла под названием «разрешение уголовных дел».

Представляется, что любой терминологический разнобой, часто не сопровождающийся объяснениями, может, если не прямо, то косвенно, сказаться на качестве процессуальной деятельности и процессуального закона.

¹ См.: Уголовный процесс. Общая часть / под ред. В. П. Божьева. С. 8.

² Уголовный процесс / под ред. И. В. Тыричева. С. 10.

³ Уголовный процесс. Общая часть / под ред. В. П. Божьева. С. 8.

⁴ Уголовный процесс / под ред. К. Ф. Гуценко. С. 19.

В 60-х гг., когда только набирала популярность точка зрения, согласно которой расследование считалось процессуальной функцией, М. С. Строгович предупреждал о допускаемой ее сторонниками терминологической путанице. Он писал: «Что касается расследования, то мы думаем, что это не уголовно-процессуальная функция, а стадия уголовного процесса – дознание и предварительное следствие»¹. Замечание Михаила Соломоновича большинством сторонников указанной позиции было оставлено без внимания, а сама она стала распространенной².

Очевидно, нельзя не задаться вопросом: почему же, не пренебрегая терминологической путаницей, большинство авторов решительно встало на сторону этой точки зрения и настаивает на существовании расследования в виде как стадии, так и функции?

На наш взгляд, не следует быть категоричным в этом вопросе, ибо при ответе на него действительно легко ошибиться, имея в распоряжении не столько доводы ученых, сколько аксиоматические утверждения, лишённые обоснования. Наши суждения по этому вопросу носят вероятностный характер, к тому же нельзя не принимать во внимание следующее обстоятельство.

Рассматриваемая точка зрения есть своеобразная и негативная реакция на утверждение, согласно которому органы предварительного расследования будто бы одновременно по одному и тому же делу осуществляют совершенно противоположные по направлению функции – обвинения и защиты. Известно, что соединение в одних руках этих функций характерно для инквизиционного уголовного процесса, для судопроизводства, функционирующего в условиях произвола и беззакония. В связи с этим мнение о реализации функции обвинения и защиты одним лицом было практически неприемлемо с позиции демократических преобразований уголовного процесса и настоятельно требовало надежного противовеса. Самым

¹ *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. Т. I. С. 189.

² Эту точку зрения разделяли очень многие ученые-процессуалисты (*Рахунов Р. Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. С. 47, 127; *Элькинд П. С.* Сущность советского уголовно-процессуального права. С. 59–60; *Иванов В. А.* Прокурорский надзор в борьбе с преступностью. Л., 1964. С. 21; *Шимановский В. В.* Указ. соч. С. 175–178; *Ратинов А. Р.* Судебная психология для следователя. М., 1967. С. 50–51; Советский уголовный процесс / под ред. Д. С. Карева. М., 1968. С. 24; *Жогин Н. В.* Прокурорский надзор за предварительным расследованием уголовных дел. М., 1968. С. 97; *Давев В. Г.* Указ. соч. С. 79. *Алексеев И. С., Лукашевич В. З.* Ленинские идеи в советском уголовном судопроизводстве. Л., 1970. С. 88–90; *Шпилев В. Н.* Указ. соч. С. 60 и др.

мудрым решением могло быть, по мнению ряда авторов, такое, которое бы закрепляло за следователем только одну функцию, по характеру подобную судебной, совершенно нейтральную к обвинению и защите, чтобы она согласовывалась с требованием действовавшего тогда закона о всестороннем, полном и объективном исследовании обстоятельств дела.

Рецепт такого решения оказался до чрезвычайности прост и в самых общих чертах он сводился к следующей мыслительной операции: поскольку следователь обязан осуществлять предварительное расследование, то его деятельность целесообразно в плане теории процессуальных функций именовать расследованием. Рецепт стал приемлемым, поскольку расследование наряду с существующей стадией предварительного расследования можно рассматривать и как направленность уголовно-процессуальной деятельности, связанную именно с обязанностью органов предварительного расследования. Если обойтись без четкой, детальной и полной характеристики направленности уголовно-процессуальной деятельности, не проводить различия между деятельностью и ее направленностью, то указанное решение покажется действительно настолько удачным, что для многих авторов правильность его не потребует доказательств. Так в теории уголовного судопроизводства появились два понятия, обозначаемые единым термином «расследование»: «расследование-стадия» и «расследование-функция». В то же время нельзя сказать, что замечание М. С. Строговича о таком терминологическом смешении совершенно осталось без внимания и что никто из авторов не пытался на фоне этого замечания оправдать приведенное решение. В частности, отвести упрек М. С. Строговича попытался В. Н. Шпилев фразой довольно громоздкой, но заслуживающей того, чтобы привести ее здесь полностью. «Понятие „расследование“, как нам представляется, в одной связи может означать стадию процесса, в другой – уголовно-процессуальную функцию. При анализе развития уголовно-процессуальной деятельности в ее поступательном движении „расследование“ выступает как стадия процесса. Когда же исследуется вопрос, в каком направлении действуют органы расследования, в чем заключается их деятельность, „расследование“ приобретает значение отдельного направления в процессуальной деятельности»¹.

¹ Шпилев В. Н. Указ. соч. С. 61.

Оставим в стороне логическую суть довода и обратим внимание на то, что автор придает этой проблеме сугубо теоретическое значение, и такими фразами, как «анализ развития деятельности», «исследование вопроса, в каком направлении действуют органы расследования», решительно отмежеввал ее от практических нужд. Трудно сказать, что для следователя наиболее приемлемо: когда его деятельность исследуется как стадия или анализируется как функция. Что же касается процессуальной науки, то разобраться ученым в данной совершенно искусственно созданной отличительной черте непросто, подобная проблема вряд ли решаема.

Представим, что какой-нибудь автор заявил, что он не будет анализировать деятельность следователя в ее поступательном движении, ибо эта проблема его не интересует, и займется вопросом, связанным не с динамикой деятельности, а с ее направлением. Трудно, наверное, предположить, какой получится труд. Переведа это в плоскость практической деятельности органов предварительного расследования, можно представить следователя в постоянном умственном напряжении в связи с попытками определить, осуществил ли он в конкретном случае (например, допрашивая свидетеля) эпизод стадии или выполнил часть функции.

Такую реакцию на доводы В. Н. Шпилева можно признать излишне резкой, но является ли она неверной? Для ответа на этот вопрос обратимся к тексту источников. Например, в одном и том же учебнике есть сведения о содержании расследования и как функции, и как стадии. О расследовании как функции сказано, что суть его сводится к собиранию и закреплению доказательств, тщательному исследованию всех обстоятельств дела¹. Содержание расследования-стадии определяется как деятельность органов расследования по собиранию и закреплению доказательств, всестороннему исследованию всех обстоятельств дела². Если же говорить об отличиях, на которых настаивал В. Н. Шпилев, то они сводятся к тому, что в расследовании-функции исследуются обстоятельства дела тщательно, а в расследовании-стадии эти обстоятельства исследуются всесторонне. Аналогичную картину можно наблюдать и в некоторых других изданиях³.

¹ Уголовный процесс / под ред. И. В. Тыричева. С. 10.

² Уголовный процесс / под ред. И. В. Тыричева. С. 120.

³ Уголовный процесс: учеб. / под ред. Н. С. Алексеева, В. З. Лукашевича, П. С. Элькинд. С. 12, 234.

Конечно, ряд авторов понимают проблематичность точки зрения о существовании в сфере уголовно-процессуальной деятельности функции расследования, которую осуществляют, по мнению ее сторонников, органы дознания и следователь. Однако в противовес этой позиции в своем решении идут на другую крайность, заявляя, что у следователя не одна и даже не три, а гораздо больше процессуальных функций. Например, по мнению А. П. Гуляева, на долю следователя приходится восемь процессуальных функций:

- 1) рассмотрение заявлений и сообщений о преступлении;
- 2) исследование обстоятельств дела;
- 3) обвинение в совершении преступления;
- 4) ограждение граждан от неосновательного обвинения;
- 5) обеспечение возмещения материального ущерба, причиненного преступлением, и исполнение приговора в части конфискации имущества;
- 6) пресечение преступлений и принятие мер к устранению обстоятельств, способствующих совершению преступления;
- 7) розыск обвиняемых, местонахождение которых неизвестно;
- 8) разрешение уголовного дела¹.

Полемизировать с автором по поводу числа процессуальных функций, осуществляемых только следователем, вряд ли целесообразно, однако отнюдь не потому, что с ним стоит согласиться, а потому, что его точка зрения, как нам видится, признания в процессуальной литературе не получила. И все же отметим следующее: если допустить, что следователь реализует восемь процессуальных функций, и добавить, что суд и прокурор также выполняют ряд функций², то, пожалуй, нетрудно потерять счет всем существующим в уголовном судопроизводстве функциям. Заметим, что этот список сегодня пополнился и процессуальными функциями полиции.

В завершение обзора проблем теории процессуальных функций остановимся на одной из значимых работ, посвященных названной теории, – «Уголовно-процессуальные функции» З. З. Зинатуллина.

Конечно, здесь не место для развернутой рецензии этой книги, и все же хотелось бы подчеркнуть, что намерения автора исследовать сущность, правовую природу процессуальных функций в рабо-

¹ Гуляев А. П. Следователь в уголовном розыске. М., 1981. С. 23.

² Например, В. М. Семенов говорил о трех судебных функциях: суда первой, второй и надзорной инстанций (Семенов В. М. Суд и правосудие в СССР. М., 1984. С. 77).

те монографического плана, бесспорно, подлежат одобрению. Если не ошибаюсь, Зинур Зинатуллович первым написал монографию на данную тему, на основе анализа различных концепций и взглядов осветив проблему целиком, останавливаясь достаточно подробно на всех ее основных компонентах.

Сразу замечу, что наверняка есть ученые, которые аплодируют теоретическим положениям З. З. Зинатуллина. Не исключено, что он будет приобретать сторонников и в последующем, ибо в целом его суждения имеют право на жизнь. И все же у меня возникли серьезные замечания по ряду вопросов, освещенных в названной монографии.

Начнем с формулировки понятия процессуальных функций. Автор пишет следующее: «Уголовно-процессуальные функции есть не что иное, как основные направления уголовно-процессуальной деятельности участников уголовного процесса по решению стоящих перед ними задач»¹. Думается, читатель обратил внимание на предельно категоричный тон формулировки. Используя выражение «не что иное» автор сразу опровергает значимость и истинность какого-либо иного суждения по этому вопросу и решительно относит его к ошибочным. Не исключено, что убеждения автора давали ему право на это. К таким основным направлениям он относит:

- а) раскрытие преступления;
- б) обвинение;
- в) защиту;
- г) осуществление правосудия;
- д) возмещение вреда (ущерба), причиненного преступлением;
- е) предупреждение преступлений, воспитание граждан в духе соблюдения законов и уважения права общежития².

С учетом понимания автором существа уголовно-процессуальных функций вступать с ним в полемику по поводу такого перечня процессуальных функций – это все равно, что спорить о существовании Бога. З. З. Зинатуллин настаивает на том, что следователь и прокурор реализуют такие противоположные функции, как обвинение и защита. «Не видеть того, – пишет автор, – что процессуальное действие и отношения, предпринимаемые следователем и прокурором, есть не что иное, как их участие в реализации уголовно-

¹ Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальные функции. Ижевск, 1994. С. 9.

² Там же. С. 14.

процессуальной функции защиты, представляется неправильным, нелогичным»¹.

Заметим, что автор опять использует выражение «не что иное», чтобы обеспечить своему суждению предельную категоричность. Но ведь от этого приведенная цитата бесспорной не становится, и трудно ожидать, что, прочитав работу З. З. Зинатуллина, авторы, которые ранее были не согласны с подобным мнением, вдруг кардинальным образом изменят свою точку зрения, решительно откажутся от прежних взглядов и, как на покаянии, скажут, что до сих пор они были неправы. Очевидно, этого не будет, поскольку они могут упрекнуть З. З. Зинатуллина в том, что его суждение вряд ли согласуется с процессуальной логикой. Только вопреки логике можно не видеть неблагоприятные последствия, обусловленные печальным фактом, когда в одних руках соединились такие функции, как обвинение, защита и разрешение уголовного дела.

Бесспорно, ученый может утверждать, что его выводы основаны на характеристике предварительного расследования, анализе норм уголовно-процессуального закона, действующих во время написания книги, что его утверждения не вымысел, а факт, с которым надо считаться. Подобное объяснение вполне возможно, но чтобы его понять и разделить, необходимо согласиться со следующим: деятельность следователя постоянно меняет свое направление, причем то в одну, то в другую сторону, порой совершенно независимо от усмотрения следователя. Поясним сказанное примером. Допустим, следователь вызвал на допрос лицо в качестве свидетеля, заранее не зная, каковы будут его показания. Допрашиваемый дает показания в пользу обвиняемого (подозреваемого). Выходит, следователь в данном случае осуществляет защиту. Затем другой допрашиваемый свидетель говорит уже не в пользу обвиняемого (подозреваемого) – направление деятельности кардинально изменилось. Если ориентироваться в решении вопросов о процессуальных функциях на такой подход, то остается признать, что не только следователь, но и защитник может осуществлять различные по направленности функции. Допустим, защитник в целях выяснения обстоятельств, смягчающих наказание его подзащитному, задает вопросы другому подсудимому, ответами на которые тот изобличает самого себя в совершении преступления. Получается, одна функция сменилась другой? Ответить на этот вопрос утвердительно – значит поступиться

¹ Уголовно-процессуальные функции. Ижевск, 1994. С. 43.

логикой, а поэтому полагаю, что выводы уважаемого З. З. Зинатуллина все же ошибочны и не согласуются с положением вещей.

Итак, завершен анализ существующих точек зрения по главным вопросам теории процессуальных функций, т. е. о понятии функций, их количестве в сфере уголовно-процессуальной деятельности, а также числе носителей, субъектов, их осуществляющих. Вместе с тем подчеркнем, что некоторые работы, в той или иной мере освещающие данные вопросы, мы обошли молчанием, назвали не всех авторов, чьи научные интересы связаны с рассматриваемой проблематикой. Однако это молчание не означает, что названные труды недостойны внимания. Ряд из них заслуживают особого интереса, но больше в плане исследования только такой части уголовно-процессуальной деятельности, как, допустим, стадия предварительного расследования. Этим объясняется решение ограничиться указанным перечнем работ, поскольку он позволил сделать необходимые выводы о состоянии разработанности теории процессуальных функций, причем, как представляется, достаточно объективно отражающие действительное положение вещей.

Конечно, при формулировке выводов вряд ли возможно избежать повторений, думается, они могут быть даже оправданны. Выводы по данному разделу монографии можно подразделить на две группы: позитивные и негативные. К позитивным следует отнести следующие.

1. Наличие процессуальных функций в сфере уголовно-процессуальной деятельности – факт объективной действительности, который настоятельно нуждается в дальнейшем исследовании, причем с использованием новых знаний, полученных в результате привлечения других теорий науки уголовного судопроизводства.

2. Процессуальных функций несколько, к их числу относятся защита, обвинение и так называемая функция правосудия. Считается, что эта функция шире функции разрешения уголовного дела по существу, поскольку означает всю процессуальную деятельность суда (судьи).

Такие выводы обусловлены тем, что только за защитой и разрешением судом дел все авторы совершенно безоговорочно, без всякой тени сомнения признали значение уголовно-процессуальных функций¹. Остальные явления, которые выдвигались различными учены-

¹ Следует заметить, что некоторые авторы эти две функции выделяют особо и подчеркивают наличие у них единого свойства, которое сводится к тому, что

ми на роль процессуальных функций выступают объектами полемики, поскольку признание их таковыми подвергается сомнению.

Выводы негативного свойства касаются существенных недостатков в исследовании вопросов теории процессуальных функций. К их числу мы относим такие.

1. При наличии многих весьма схожих формулировок о понятии процессуальных функций не выработан единый критерий, позволяющий определить роль того или иного явления как процессуальной функции. Причем не всегда перечень так называемых процессуальных функций согласуется с формулировкой о понятии функций. Поэтому к процессуальным функциям нередко относят явления, по свойствам больше различающиеся, нежели сходные. Например, наряду с утверждением, согласно которому защита выступает процессуальной функцией, о ней с такой же предельной категоричностью говорится как о функции удостоверения факта, содержания и результатов строго определенных следственных действий понятиями. Общее в этих явлениях только то, что они имеют место в сфере уголовно-процессуальной деятельности, и в связи с этим в их основе лежат правила процедурного характера. В то же время они отличны друг от друга. Защита напрямую связана с социальной ролью уголовного процесса, действия понятих здесь опосредованы. Защита действительно проявляется в определенной направленности уголовно-процессуальной деятельности, о действиях понятих этого никак нельзя сказать. Защита находит свою реализацию в нескольких стадиях процесса, и главным образом в такой решающей и основной, как судебное разбирательство. Понятие же участвуют только в одной стадии – предварительном расследовании, но не в судебном разбирательстве.

2. Этими же причинами можно объяснить противоречия в части количества как функций, так и их носителей. Если одни настаивают только на трех функциях, то другие говорят о семи лишь в одной стадии – судебном разбирательстве. Если одни говорят, что один объект уголовно-процессуальной деятельности осуществляет при производстве по уголовному делу сразу несколько функций, то другие с такой же уверенностью утверждают, что одна функция обязательно осуществляется рядом носителей.

именно названные функции нормативно закреплены за соответствующими субъектами уголовно-процессуальной деятельности (*Нажимов В. П. Об уголовно-процессуальных функциях. С. 75*).

3. Существование взаимоисключающих суждений, причем далеко не всегда с сопровождением необходимого для этого документационного материала, свидетельствует о том, что еще не добыто достаточно знаний по всем компонентам теории процессуальных функций. Это обстоятельство в свою очередь можно объяснить тем, что в настоящий момент мы не располагаем необходимыми разработками методологического характера, которые бы, бесспорно, оказали благотворное влияние на процесс углубления знаний в области данной теории и сыграли бы роль руководящих положений в выработке подходов к решению всех ее вопросов.

Не исключено, что по поводу сказанного возникают категорические возражения, критические замечания. Суть таких замечаний может быть сведена к тому, что наличие разночтений есть явление естественное для науки, в частности уголовно-процессуальной. Оппоненты могут отмечать, что трудно найти в данной науке какие-либо кардинальные вопросы, на которые бы имелись однозначные ответы. В качестве примера сделают ссылку на проблематику, связанную, например, с принципами уголовного процесса, где тоже не совсем ясно, что такое принцип, сколько их и какова их роль¹, или сослаться на теорию судебных доказательств и на другие проблемы с разночтениями².

Конечно, наука всегда предполагает наличие различных мнений, в том числе противоположных по характеру, что настолько очевидно, что всякий спор по этому поводу совершенно бессмыслен. Однако давайте абстрагируемся от теории процессуальных

¹ О принципах уголовного судопроизводства см.: *Агеева Г. Н.* Принципы советского уголовного процесса, их сущность и значение // Проблемы укрепления законности и охраны прав личности в уголовном процессе: тр. ВЮЗИ. М., 1972. Т. XX; *Добровольская Т. Н.* Принципы советского уголовного процесса. М., 1971; Курс советского уголовного процесса / под ред. А. Д. Бойкова, И. Н. Карпеца; *Нажимов В. П.* Дискуссионные вопросы учения о принципах советского уголовного процесса // Вопросы организации суда и осуществления правосудия в СССР. Калининград, 1975. Вып. 4 и др.

² Об этом подробно см.: *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькин П. С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978; Доказывание по уголовным делам: межвуз. сб. Красноярск, 1986; *Зинатуллин З. З.* Уголовно-процессуальное доказывание. Ижевск, 1993; *Карнеева Л. М.* Доказательство в советском уголовном процессе. Волгоград, 1988; Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973; *Трусов А. И.* Основы теории судебных доказательств. М., 1960; *Фаткуллин Ф. Н.* Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1976 и др.

функций и обратим внимание на уровень разработанности других проблематики теории уголовного процесса. Представляется, что без труда можно обнаружить тенденцию к стабилизации мнений и существование так называемой господствующей концепции. Пока ничего подобного в области теории процессуальных функций нет, и такое положение можно в известной мере объяснить и тем, что не выработаны методологические положения, позволяющие в целях эффективности исследования определить подходы к проблемам теории процессуальных функций, и в первую очередь к вопросу о природе процессуальных функций как существующих в сфере уголовно-процессуальной деятельности явлений. Великий физик А. Эйнштейн писал: «Для применения своего метода теоретик в качестве фундамента нуждается в некоторых общих предположениях, так называемых принципах, исходя из которых, он может вывести следствие»¹. Хотелось бы обратить внимание на вытекающие из данной цитаты моменты:

а) любой метод в исследовании должен покоиться на определенном фундаменте, на котором строится вся теоретическая конструкция, и прочность такой конструкции зависит от прочности самого фундамента;

б) фундамент теоретической конструкции – это положения принципиального характера, которые своими общими свойствами скрепляют каркас конструкции, и на данном каркасе выводятся более частные и специальные положения-следствия, которыми в конечном счете определяется глубина значений в соответствующей области.

Итак, эффективность исследования в любой области знаний зависит от разработки определенной совокупности закономерностей (принципов), которые в силу своих конструктивных свойств принимают на себя роль отправных моментов в исследовании. Естественно, сказанное относится и к теории процессуальных функций. Успех исследования находится здесь в прямой зависимости от уровня разработанности фундаментальных основ, в качестве которых выступают принципы методологического плана. Думается, методологические правила выступают средством, с помощью которого можно раскрыть тайну явлений, названных процессуальными функциями. Именно они будут рассмотрены в следующем разделе.

¹ Эйнштейн А. Физика и реальность. М., 1965. С. 5.

Раздел 3. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ

В методологии обычно различают три уровня: философский, общенаучный и конкретно-научный¹. Каждый из них вооружает исследователя знаниями разного порядка. Выбор методологии зависит в первую очередь от того, к какой по характеру науке относится предмет исследования. Вполне естественно наше предпочтение конкретно-научному уровню. Это согласуется с локальным характером теории процессуальных функций как составной части науки, именуемой теорией уголовного судопроизводства. Думается, при таком положении обращение к конкретно-научной методологии не имеет альтернативы, ибо задача состоит в том, чтобы четко выявить закономерности в конкретной области реальности и определиться в частных методах исследования².

Призывая к решению вопросов методологического характера в конкретно-научном аспекте, мы понимаем, что теорию процессуальных функций нельзя отнести к так называемым точным знаниям, таким как математика. Мы далеки от намерения полагать, что предложенные методологические рекомендации обеспечат высокий уровень строгости исследования вопросов по всем компонентам теории процессуальных функций. Действительно, надо быть чересчур наивным, чтобы возлагать серьезную надежду на такую возможность.

Нельзя утверждать и того, что решение методологических проблем следует начать с чистого листа. В процессуальной литературе без труда можно обнаружить сформулированные различными авторами положения сугубо методологического свойства³. Конечно,

¹ Об указанных уровнях см.: *Аверьянов А. Н.* Системное познание мира. М., 1983. С. 11–14.

² О конкретно-научной методологии см., например: *Иванов Р. И., Симанов Л. А.* Реализация методологических функций в научном познании и практике. Новосибирск, 1984.

³ См., например: *Абашева Ф. А.* Осуществление правосудия в системе процессуальных функций. Ижевск, 2008; *Азаров В. А., Таричко И. Ю.* Указ. соч. С. 185–200; *Гавло В. К., Доровских Ю. В.* Указ. соч.; *Зинатуллин З. З., Зинатуллина Т. З.* Уголовно-процессуальные функции. Ижевск, 2002; *Михайловская И. Б.* Цели, функции и принципы российского уголовного процесса; *Чирко С. И.* Роль и функции милиции в уголовном процессе России. М., 2005. С. 41–44; *Муратова, Н. Г., Чулюкин Л. Д.,*

они разные, но их объединяет озабоченность авторов по поводу настоятельной необходимости существенного прироста знаний в области теории процессуальных функций. Это как раз та область, где трудно говорить о приоритете.

Бесспорно, авторы методологических рекомендаций понимают, что успех исследования основных компонентов теории процессуальных функций во многом зависит от степени разработанности вопроса о правовой природе процессуальных функций, факторах, обуславливающих их как реальность в сфере уголовно-процессуальной деятельности, поэтому в опубликованных методологических рекомендациях был сделан соответствующий акцент. В связи с этим целесообразно в качестве основы дальнейших суждений проанализировать методологические рекомендации, сформулированные А. Б. Алексеевой. Она подчеркивает, что «а) анализу функций должен предшествовать тщательный анализ задач и целей уголовного судопроизводства, поскольку каждая функция прямо или косвенно, непосредственно или опосредованно вытекает из задач и целей процесса; б) в любой выделенной системе функций должна четко просматриваться связь между ними, поскольку функции всегда взаимосвязаны»¹.

С одной стороны, нет оснований, чтобы полемизировать по поводу данных методологических рекомендаций, а с другой – приходится признать, что в научном плане они малоэффективны. Действительно, можно согласиться, что функции прямо или косвенно, непосредственно или опосредованно вытекают из задач процесса, но ведь нельзя не признать, что любое явление процессуального свойства таким же точно образом обусловлено. Поэтому данное методологическое положение носит весьма общий характер и по существу довольно слабо вооружает исследователя, ориентируя его не столько на исследование функций, сколько на изучение задач и целей процесса.

Аналогичными недостатками страдает и второе методологическое положение А. Б. Алексеевой. Проблематике процессуальных функций посвящено значительное количество различных работ², но

Гайнуллов И. Ф. Механизм реализации уголовно-процессуальных функций. С. 6–31; Шестакова С. Д. Состязательность уголовного процесса. СПб., 2001. С. 58–68.

¹ Курс советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А. Д. Бойкова, И. И. Карпеца. С. 423.

² См., например: *Строгович М. С.* О состязательности и процессуальных функциях в советском уголовном процессе. С. 106–114; *Мотовиловкер Я. О.* Основные

ни один из авторов не взял на себя смелость утверждать, что между функциями отсутствует взаимосвязь, поскольку это равносильно тому, чтобы белое выдавать за черное. Иными словами, и так ясно, что функции взаимосвязаны между собой, хотя бы потому, что уголовно-процессуальная деятельность представляет собой систему, компоненты которой определенным образом взаимосвязаны. К тому же утверждать о существовании взаимосвязи между функциями – значит еще ничего не сказать, ибо методологическая задача здесь видится отнюдь не в этом, а в определении особенностей взаимосвязи.

Считаем, что именно эту проблему пытался осветить видный американский ученый-юрист Л. Л. Уайнреб. Он отмечал: «Функции обвинения и защиты не противоположны, они взаимосвязаны и дополняют друг друга. Если одна из этих функций расширяется, то другая соответственно сужается»¹. Подчеркнем, американский коллега прав только отчасти, поскольку согласиться с тем, что названные функции не противоположны, нельзя. Они дополняют друг друга именно в силу того, что являются противоположными.

С определенной долей условности к методологическим положениям можно отнести и утверждение Л. Д. Кокорева о том, что процессуальные функции вытекают из процессуальных прав и особенностей субъектов². Автор поставил телегу впереди лошади. Оценивая таким образом высказывание Л. Д. Кокорева, П. С. Элькинд вполне справедливо заметила: «Наоборот, характер и объем прав и обязанностей субъектов предопределяется особенностями предписанных им нормами права уголовно-процессуальных функций»³.

Думается, не лишены методологического значения слова Р. Д. Рахунова о том, что «каждая процессуальная функция определя-

уголовно-процессуальные функции. Ярославль, 1976; *Зинатуллин З. З.* Уголовно-процессуальные функции. Ижевск, 1999; *Кириллева Н. П.* Процессуальные функции профессиональных участников состязательного судебного разбирательства уголовных дел. СПб., 2007; *Якубович Н. А.* Профессиональные функции следователя в уголовном судопроизводстве. М., 1980; *Нажимов В. Н.* Об уголовно-процессуальных функциях; *Евдокимов Б. П.* Философские основы учения об уголовно-процессуальных функциях // Вестн. Удмурт. ун-та. 1994. № 1 и др.

¹ *Уайнреб Л. Л.* Отказ в правосудии. Уголовный процесс в США. М., 1985. С. 68–69.

² См.: *Кокорев Л. Д.* Участники правосудия по уголовным делам. Воронеж, 1971. С. 51.

³ *Элькинд П. С.* Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. С. 45–56.

ется процессуальным интересом, спецификой полномочий участников процесса»¹. Честно признаться, нам так и не удалось однозначно оценить эту фразу. «Функция определяется» мы воспринимаем и как то, что функция становится предельно ясной, строго определенной, и как то, что она занимает свое место в системе процессуальных функций.

Ну и конечно, действительная методологическая направленность проявляется в призыве М. Л. Якуба, который предлагал рассматривать процессуальные функции не иначе как в их многообразном, разноаспектном значении². Словно забыв свою рекомендацию, и вопреки провозглашенному призыву, в конце концов, он свел представление об уголовно-процессуальных функциях к уже имеющейся в литературе точке зрения³. Таким образом, автор сам определил судьбу своей методологической рекомендации, которая у него словно повисла в воздухе.

На наш взгляд, коэффициент полезного действия этих методологических положений невысок, и объяснение тому следующее.

Во-первых, очень трудно найти основания (полагаем, их вообще нет), чтобы поставить под сомнение правовой характер процессуальных функций. Во-вторых, несколько раньше П. С. Элькинд высказывала мнение, согласно которому каждая функция охватывает отдельную, а не все процессуальные стадии. Так, в частности, в учебнике 1978 г. она к числу функций относил функцию расследования, границы которой определялись только одной стадией – предварительного расследования⁴.

Конечно, каждый из упомянутых коллег мог бы заметить, что критиковать проще, нежели формулировать свои позитивные взгляды на поставленную проблему. Отмечая невысокую эффективность данных в процессуальной литературе методологических рекомендаций в области теории процессуальных функций, подчеркнем, что обращение к вопросам методологии может дать заметные, ощутимые плоды только при условии, если эти вопросы составляют предмет специального исследования. Поскольку же они исследова-

¹ Рахунов Р. Д. Независимость судей в советском уголовном процессе. М., 1972. С. 61.

² См.: Якуб М. Л. Указ. соч. С. 86.

³ Там же. С. 87.

⁴ См.: Уголовный процесс: учеб. / под ред. Н. С. Алексеева, В. З. Лукашевича, П. С. Элькинда. С. 12.

телями процессуальных функций затрагивались в связи с иными главенствующими вопросами, результат именно такой.

Мы далеки от мысли о разработке методологических правил сразу же, разночтения по основным компонентам теории процессуальных функций не могут исчезнуть словно по мановению волшебной палочки. В данном исследовании преследуется совершенно другая цель – показать существующие пути прироста знаний в области теории процессуальных функций, попытаться найти ключик, который позволит проникнуть в ее таинства.

Бесспорно, главным во всех отношениях является вопрос об истоках процессуальных функций. Сейчас можно дать на него ответ только в самом общем виде, который, думается, вполне может удовлетворить сторонников различных точек зрения о существовании функций. Такой ответ можно сформулировать следующим образом: процессуальные функции представляют собой проявления внутренних и самых существенных свойств уголовного судопроизводства, и в первую очередь той его части, которая именуется правосудием¹. В связи с этим прежде чем более углубленно и детально искать истоки процессуальных функций, обратимся к правосудию, его характерным свойствам. Уместно начать с латинского изречения *Fiat justitia, pereat mundus* («Да свершится правосудие, хотя бы мир погиб»).

Отношение к этому изречению не может быть однозначным. Одни увидят в нем проявление крайнего формализма в праве, другие могут отнести его к числу так называемых крылатых фраз, в которых нередко за мнимой словесной наглядностью скрывается мысль, либо только частично соответствующая истине, либо вообще весьма далекая от нее. Дело в том, что в данном изречении использован такой поэтический прием, как гипербола, и если в буквальном смысле

¹ Законодатель в п. 50 ст. 5 УПК РФ дал четкое определение правосудию, отнеся к нему любую деятельность суда, в том числе в досудебном производстве по уголовному делу. Такое определение оправданно с точки зрения права и с позиций практики, поскольку иной подход к процессуальной деятельности судьи, облеченного в мантию, выводил бы отдельные ее направления за пределы как функций правосудия, так и принципов осуществления самого правосудия, а также постулатов, закрепленных в тексте присяги судьи (Петрухин И. Л. Судебный контроль – форма осуществления правосудия; Его же. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. М., 2008. С. 131–133; Михайловская И. Б. Судебная власть / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2003. С. 23; Воскобитова Л. А. Правосудие и другие формы реализации (функции) судебной власти. Судопроизводство. Правоохранительные органы: учеб. / под ред. Ю. К. Орлова. М., 2010. С. 43–46).

воспринимать это выражение, то можно утверждать, что в нем мир ошибочно противопоставляется правосудию.

Однако думается, что в этом изречении заложен совсем иной смысл, оно нам представляется сродни таким великолепным образцам народной мудрости, как пословицы, в которых назидательный смысл обычно обострен образно. Если отвлечься от указанного поэтического приема, а изречение перевести на уровень обыденной прозы, то суть его сводится к следующему: правосудие – это одно из важнейших социально-правовых явлений, призванное обеспечивать охрану жизненно необходимых общечеловеческих ценностей. Ни при каких обстоятельствах нельзя отказать в правосудии, если кто-то в нем объективно нуждается¹.

Конечно, автора этих строк могут упрекнуть в излишней идеализации правосудия, указав, что сформулированное положение имеет мало общего с реалиями, с теми сложностями объективного и субъективного характера, которые являются постоянными спутниками человеческой жизни. Однако, во-первых, то, что имеет место, еще не значит, что так оно и должно быть (думается, переоценка ценностей – постоянный процесс в человеческом обществе), во-вторых, полагаем, всегда надо стремиться к тому, чтобы быть максимально приближенным к идеалу. Вот почему данное положение мы относим к числу вечных правил мудрости, и если следовать ему, то можно прийти к двум выводам: а) правосудие на общественной арене объективно необходимо, ибо без него невозможна размеренная жизнь людей, и поэтому существование его есть потребность настоятельная; б) правосудие не просто социально-правовое явление, а своего рода феномен, исполняющий миссию по характеру действительно исключительную.

Поскольку термин «правосудие» определяется при помощи слов «феномен», «миссия», то, естественно, возникает вопрос о социальной роли правосудия. Надо заметить, что подобные вопросы постоянно находились и находятся в центре внимания ученых-юристов. Имеется значительное число научных трудов, посвященных целям и задачам уголовного правосудия, начиная от сложнейших исследований методологического плана и кончая публицистикой, рассчитанной на самый широкий круг читателей. Думается, нет смысла

¹ Под термином «правосудие» мы подразумеваем главным образом правосудие по уголовным делам.

обращаться к анализу данных работ, поскольку разительных противоречий по кардинальным, отправным моментам проблемы в них обнаружить не представилось возможным. И все же одну цитату по обозначенному вопросу целесообразно привести. Она принадлежит известному ученому-юристу, видному государственному деятелю А. Ф. Кони. В интереснейшей работе, послужившей одним из поводов считать А. Ф. Кони основателем судебной этики, «Нравственные начала в уголовном процессе» он писал: «Задача уголовного суда состоит в исследовании преступного деяния и справедливом приложении к человеку, признанному виновным, карательного закона»¹. Эта формулировка задачи уголовного суда кратка по форме, но емка по содержанию. Из нее можно сделать вывод, что уголовное правосудие в конечном счете служит торжеству закона. Интересно, что такой вывод прослеживается и в смысловых гранях слова «правосудие», которыми оно так богато.

Если исходить из того, что это слово сложное, так как образовано от слов «право» и «судить», то в семантическом плане термин «правосудие» означает «обладание правом судить». В таком ракурсе термин «правосудие» создает некий общий смысловой фон явлению, называемому этим термином, придавая ему специфическую суть. Действительно, понятие «правосудие» отнюдь не воспринимается как, например, высказывание своих мыслей по поводу чего-либо (т. е. судить о чем-нибудь или о ком-нибудь), под ним не подразумевается и судейство при спортивных состязаниях или оценочная деятельность жюри на различных конкурсных мероприятиях, хотя в некоторых таких случаях лицо, осуществляющее судейство, именуется «судьей». В жизни между действительным правосудием и иными квазисудебными действиями всегда проводилась четкая грань. В первую очередь она определяется тем, что «право судить» в термине «правосудие» носит элитарный характер. Это означает, что такое право предоставляется не иначе, как только основным законом страны – Конституцией РФ.

Думается, у слова «правосудие» имеется и другая смысловая грань – праведное судейство, т. е. судейство, в основе которого лежит только правда (конвенциональная истина). Если объединить эти два смысловых значения, то сущность правосудия по уголовным делам можно свести к следующему: *правосудие – это результат*

¹ Кони А. Ф. Собр. соч. М., 1967. Т. 4. С. 34.

обусловленной Конституцией деятельности суда по реализации норм уголовного закона в каждом случае совершения преступления, основанный не на догадках и признаниях, а на объективных данных, именуемых доказательствами.

Почему же в сфере правосудия (естественно, имеется в виду только действительное правосудие, а отнюдь не все то, что порой в силу различных политических задач обозначается этим термином¹) делается ориентир исключительно на объективные данные. Полагаем, ответ на этот вопрос очевиден: чтобы обеспечить законность принятого судом решения.

Законность и справедливость настолько взаимосвязаны, что в смысловом плане часто воспринимаются как слова-синонимы. Известный писатель-гуманист С. Залыгин в весьма интересной и поучительной работе «К вопросу о бессмертии» пишет: «Нет справедливости без ее идеала»². Соглашаясь с автором с мировоззренческих позиций, со своей стороны заметим, что не только для уголовного, но и для других видов правосудия этот термин не более чем юридическая «пустышка», не ощущаемое человеческими органами чувств, но желаемое нечто. Поскольку эта проблема широко дискутируема, полагаю уместным привести аргументы в обоснование сказанного.

Крестьянин попал в тюрьму за мешок картошки, а министр за миллионы прикарманенных денег осужден условно. Такие примеры «справедливости» в судебной практике неединичны³. При желании в этом нетрудно убедиться, если просмотреть приговоры в отношении миллионов сограждан, осужденных с 1961 г.⁴ Однако дело не в количественной характеристике проблемы, а в качественной ее стороне, т. е. в том, насколько справедливы приговоры судов не только в формате одной страны, но и в международном плане. Если они должны быть таковыми, то каковы критерии судейской справедливости? В связи с этим возникает вполне естественный вопрос: кто, когда и по каким правилам создал эталон справедливости для судов, включая суды всего мирового сообщества? Ответ на этот вопрос особенно актуален для уголовного судопроизводства на современном этапе максимальной глобализации общественных процес-

¹ Например, так называемые особые совещания, тройки и т. д.

² Новый мир. 1989. № 1. С. 13.

³ См. об этом: Падва Г. Невозможно сосчитать несправедливо осужденных // Известия. 2003. 12 апр.

⁴ Шкель Т. Страшная статистика // Рос. газ. 2004. 8 дек.

сов. В первую очередь требование справедливости предъявляется к уголовному правосудию¹. Но тогда она должна восприниматься идентично во всех государствах и у всех народов вне зависимости от национальности, культуры, вероисповедания, традиций и т. д. Она должна быть реальной, ощутимой, объективной (как эталон массы веса, хранящийся в Лондоне²), т. е. конкретной, а не иллюзорно-абстрактной, а значит, и доказуемой, чтобы и «тунгус, и друг степей калмык» ощущали эту самую справедливость одинаково, как, например, солнце, луну, воду, воздух, цвета и запахи. Только при этом условии можно считать справедливость доминантой правосудия в любой точке мира. Между тем, несмотря на обилие международно-правовых актов по данному поводу³, достичь единого понимания справедливости оказалось архисложным, в связи с чем справедливое правосудие не только в России, но и во всем мире больше походит на нерегулируемый перекресток, правильность движения по которому каждый определяет в силу собственного мироощущения. За примерами далеко ходить не надо. В газете «Совершенно секретно» под заголовком «Самый гуманный суд в мире» опубликовано следующее. На севере Афганистана талибы публично забили камнями влюбленную пару – 28-летнего мужчину и 23-летнюю помолвленную женщину. Молодых людей публично казнили на базарной площади. Казнь произошла через неделю после того, как на северо-западе Афганистана талибы публично высекли, а затем расстреляли женщину, которая по заключению шариатского суда забеременела в результате прелюбодеяния. Одоблив «справедливость по-талибски», священнослужители Афганистана потребовали от властей вернуть законы шариата, а вместе с ними и смертную казнь. Приняв этот призыв как руководство к действию,

¹ См. ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

² Хранящийся в Лондоне эталон килограмма размножен в количестве более 80 экземпляров, которые разосланы во многие государства, в том числе в Россию. Если «справедливость», о которой говорится в ряде международных документов, принять за эталон, то ее тоже нужно растиражировать как контрольную меру в джоулях, децибелах и еще каких-то единицах измерения.

³ Всеобщая декларация прав человека; Международный пакт о гражданских и политических правах; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания; Основные принципы независимости судебных органов; Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних; Американская конвенция о правах человека; Африканская хартия прав человека и народов и т. д.

талибы на контролируемых ими территориях стали вводить параллельную правовую систему, основанную на жестких нормах шариата¹. Заметим, во время своего правления в Афганистане (1996–2001 гг.) талибы систематически проводили публичные казни на футбольных стадионах. Обвиненных в прелюбодеянии забивали насмерть камнями, а ворах отсекали конечности.

Можно возразить, что талибы и духовенство не представляют на данный момент государственную власть. Замечание верное, однако бесспорно и то, что в основе подобных примеров «справедливости» лежит разноречивость представлений о ней в афганском обществе, и в случае захвата талибами власти критерии их «справедливости» перерастут в официальную уголовную политику, а следовательно, и судебную практику, как это случилось, к примеру, в Ираке. Верховный судья Ирака «справедливо» был приговорен к смертной казни теми, которых он в свою очередь также «справедливо» отправлял в тюрьмы. Таких системообразующих примеров в мировой истории множество, что свидетельствует о субъективном, а не правовом характере категории «справедливость», о ее производности от политики, ориентиров мировоззрения, уровня и особенностей культуры и т. д.

Например, для Нигерии и США в отличие от большинства европейских стран смертная казнь вполне укладывается в их представления о справедливом воздаянии, и это объяснимо. Так, в Нигерии, несмотря на протесты мирового сообщества, в 1995 г. повесили девять активистов Движения за права национальных меньшинств и экологистов, среди которых был известный писатель и общественный деятель, видный эколог, лауреат многих международных премий Кеннас Равив, выдвинутый на Нобелевскую премию мира в 1996 г. При этом приговоренные оказались на виселице в мгновение ока, тогда как в тюрьмах Нигерии бандиты, грабители, убийцы, осужденные на казнь, годами ждут исполнения приговора.

В США тоже казнят. Не исключено, что их скорее беспокоит не справедливость воздаяния, а ее экономическая составляющая, поскольку смертная казнь там обходится дешевле, чем пожизненное заключение. В то же время не во всех штатах США существует эта мера наказания. Вероятно, причина тому – разноречивость в определении социальных ценностей, понимании добра и зла.

¹ Совершенно секретно. 2010. Сент. С. 4.

Итак, что же следует считать справедливостью в уголовном правосудии? На данный вопрос каждый даст свой единственно правильный ответ. Причем разброс мнений ученых по данной проблеме настолько разителен, что поиск точек соприкосновения между ними представляет определенную сложность. Например, по глубокому убеждению одних, «сегодня в России никакого правосудия и судебной справедливости нет»¹. Другие, наоборот, категорично заявляют, что российское уголовное и уголовно-процессуальное законодательство как никогда прежде ориентировано на справедливость².

Несмотря на полярность мнений, объединяет их то, что все хотят от суда правды и справедливости, только не совсем понятно какой: справедливости судопроизводства или справедливости приговора? А может того и другого вместе? По этому поводу уместно сослаться на ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая рассматривает категорию справедливости как требование, относящееся и к динамике судебного разбирательства в целом, и к итоговому акту правосудия.

Признавая общественно-политическую значимость комментируемого документа, заметим, что в данном случае мы имеем дело с декларативной нормой, в основе которой общепризнанные человеческие ценности, а не формула права. В обоснование этого тезиса полагаем уместным сослаться на разд. 2 ст. III Конституции Соединенных Штатов Америки, где право и справедливость представлены как две самостоятельные ценностные категории правосудия.

Если абстрагироваться от сказанного и занять позицию уважаемых коллег, отстаивающих правовую природу справедливости в правосудной деятельности, то вследствие такого реверанса непременно возникнет проблема доказуемости справедливости и средств ее достижения, что потребует включения справедливости в число обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. В связи с этим появится необходимость раскрытия в ст. 5 УПК РФ справедливости как правовой категории. В противном случае теряется смысл искомой судом категории права. Возможно ли решить эти вопросы в ситуации, когда у суда и сторон свое представление о справедливости, а закон не называет ее объективных критериев?

¹ См.: *Истархов В.* Удар русских Богов. СПб., 2001. С. 378–379.

² См.: *Подольский Н. А.* Принцип справедливости в уголовном процессе России // Рос. судья. 2002. № 12. С. 13–15.

Попытку разрешить проблему законодатель вроде бы сделал, обязав в ч. 2 ст. 367 УПК РФ апелляционную инстанцию приводить в своем решении основания признания приговора суда первой инстанции справедливым. Если толковать термин «основания» по аналогии с «основаниями к возбуждению уголовного дела», то он означает совокупность объективных фактов. Отсюда обосновываемая этими фактами справедливость тоже должна быть категорией объективной, т. е. доказуемой, а не субъективной. Не случайно в УПК РФ места справедливости среди принципов уголовного судопроизводства не нашлось. Нет такого принципа и в ГПК РФ.

Можно предположить, что в уголовном судопроизводстве категория справедливости по сути более всего определяется материальным, а не процессуальным правом, а поэтому содержание ее закреплено в ст. 6 УК РФ. С таким доводом можно согласиться, но только отчасти, поскольку в названной норме речь идет лишь о наказании, т. е. конечном результате правосудной деятельности по уголовным делам. Но тогда как быть с правом на справедливость самого процесса судебного разбирательства или правом на справедливое применение той или иной меры процессуального принуждения, в первую очередь мер пресечения, не являющихся уголовным наказанием, однако законность применения которых в данном случае также должна быть обеспечена справедливым правосудием? Выходит, справедливость обошла их вниманием? Или в современном российском правосудии установлены собственные принципы и стандарты для каждого вида правосудия?

Усилия найти исчерпывающие ответы на эти и другие вопросы обозначенной проблемы в пределах одной статьи тщетны, что вынуждает ограничиться кратким анализом некоторых ее этиологических аспектов.

Проблема справедливости, ее содержания, свойств и критериев представляет несомненный интерес со времен Пифагора Самосского. Если верить библейской мифологии, то масло в огонь извечных споров подлил Иисус Христос, воздавший по окончании работ каждому участнику уборки винограда поровну¹. Между тем поступок

¹ Не исключено, что этот библейский сюжет повлиял на взгляды Теодора Руссо и Пьера-Жозефа Прудона, которые тоже считали равенство реальным воплощением справедливости (*Прудон П.-Ж. Что такое собственность или исследование о принципе права власти. М., 1919. С. 23, 160*).

Христа посчитали справедливым не все работники, поскольку одни трудились весь день, другие – полдня, а третьи – и того меньше. Продолжается эта дискуссия и нынешним поколением философов. При этом философские дуэли по данному поводу постепенно просочились в сферу права.

В повседневной жизни мы нередко пользуемся термином «справедливость», приводя его в качестве критерия при оценке тех или иных поступков должностных либо частных лиц, а также во многих других случаях. Если преступник привлечен к уголовной ответственности, принято говорить, что это справедливо, и, наоборот, при осуждении невиновного отмечаем несправедливость.

Справедливость воспринимается как понятие о должном, она сопряжена с исторически меняющимися представлениями о неотъемлемых правах человека. В роли категории общественного сознания справедливость охватывает соотношение реальной значимости различных индивидов (социальных групп) и их социального положения, их прав и обязанностей, деяния и воздаяния, труда и вознаграждения и т. д. В справедливость обычно включают идею равенства всех членов общества, их отношение к материальным благам и друг к другу. Любое несоответствие в этих соотношениях в большинстве своем оценивается как несправедливость. «Люди прибегают к лексике справедливости, – говорил Э. Кан, – когда они сталкиваются с реальным или воображаемым примером несправедливости»¹.

В научном плане ученые отмечают неоднородность содержания справедливости. «У справедливости много аспектов: социальный, экономический и др., – но все они, – пишет О. В. Мартышин, – в развитом обществе приобретают политический характер, опосредуются политикой»². Что же касается самого понятия справедливости, то, по мнению О. И. Рабцевич, оно абстрактно, нуждается в конкретных воплощениях и поэтому может иметь несколько значений. Во-первых, справедливость выступает в качестве некой идеальной ценности, понятия о том, как должно быть. Во-вторых, справедливость может отождествляться с истиной. В-третьих, рассматриваемое понятие может употребляться для обозначения совокупности идеальных (желаемых) закономерностей общественного взаимодействия

¹ *Cahn E. Justice // International Encyclopedia of Social Sciences. 1968. Vol. 8. P. 346.*

² См.: *Мартышин О. В. Справедливость и право // Право и политика. 2000. № 12. С. 4.*

(как люди должны взаимодействовать друг с другом). В этом смысле может еще употребляться термин «социальная справедливость»¹.

Абстрактный, субъективный характер содержания справедливости, его критериев и средств достижения отмечали мыслители разных периодов развития человеческого общества. В диалоге Платона «Федр» Сократ задается вопросом: «А если кто назовет справедливость и благо? Разве не толкует их всякий по-своему и разве мы тут не расходимся друг с другом и сами с собой?»²

Для Аристотеля справедливость заключается во всеобщем благе. В то же время он не отрицает взаимосвязи равенства и справедливости: «По общему представлению справедливость есть некое равенство... равные должны иметь равное»³. Однако справедливость, продолжает он, может быть и неравной: равенство для равных, а неравенство для неравных⁴.

Марк Туллий Цицерон ставил справедливость превыше всего. «Одна эта доблесть – властительница и царица всех доблестей», – восклицал он⁵.

В основе кантовских суждений о справедливости лежит библейский завет: возлюби ближнего своего как самого себя. Представления Прудона по этому поводу тоже основаны на этом христианском принципе⁶.

В современном понимании ряда философов справедливость – это критерий оценки всех политических и государственно-правовых явлений, хотя, разумеется, неединственный, ибо реальные социально-экономические обстоятельства диктуют свои требования и ограничивают применение принципов справедливости, выступают по отношению к ним как необходимость⁷. Известны и другие трактовки справедливости, представляющие разновидность приведенных формулировок⁸. Но, пожалуй, только Цицерону удалось первые перевести понятие справедливости с языка философских рас-

¹ См.: *Рабцевич О. И.* О содержании права на справедливое судебное разбирательство // *Мировой судья*. 2004. № 2. С. 23.

² *Платон*. Соб. соч.: в 4 т. М. 1993. Т. 2. С. 173.

³ *Аристотель*. Политика. Кн. 3. VII. 1. С. 114.

⁴ Там же. Кн. 3. V. 8. С. 107.

⁵ *Цицерон*. О старости. О дружбе. Об обязанностях. М., 1975. С. 131.

⁶ *Прудон П.-Ж.* Указ. соч. С. 23.

⁷ *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. СПб., 1998. С. 77–117.

⁸ См. по этому поводу: *Гринберг Л. Г., Новиков А. И.* Критика современных буржуазных концепций справедливости. Л., 1977.

суждений на точный язык правовых формул¹. Именно его взгляд на соотношение права и справедливости объективен. Великий римлянин утверждал, что достижение абсолютной справедливости вряд ли возможно, напрасны наши попытки пользоваться исключительной справедливостью, ибо «у нас нет подлинного и ясного представления... о настоящей справедливости, и мы пользуемся только тенью и очертаниями»².

В свете приведенных суждений уместно взглянуть на категорию справедливости с позиции судьи. Согласно ст. 297 УПК РФ приговор только тогда обладает свойством справедливости, когда он постановлен в соответствии с процессуальным законодательством и основан на правильном применении уголовного закона, и, наоборот, в соответствии со ст. 383 УПК РФ несправедливым будет приговор, по которому было назначено наказание, не соответствующее тяжести преступления, личности осужденного, либо наказание, которое хотя и не выходит за пределы, предусмотренные соответствующей статьей Особенной части УК РФ, но по виду или размеру несправедливо вследствие как чрезмерной мягкости, так и чрезмерной суровости. Таким образом, названные правовые нормы в качестве критерия справедливости ссылаются на саму же справедливость, вольно или невольно возводя ее в отличие от взглядов Цицерона на уровень абсолютной правовой категории, которая должна обязательно восторжествовать в процессе отправления правосудия и найти выражение в приговоре.

В юридической науке по данному поводу тоже нет единства мнений. Одни ученые считают, что справедливость характеризует приговор только с нравственной стороны³. При этом некоторые из них прямо заявляют, что справедливость приговора не может быть сведена к его законности и обоснованности. Она выступает как нравственная оценка их в глазах общества и должна быть отражением социальной справедливости. Однако законный и обоснованный приговор, полагают они, не всегда может быть справедливым, например, если действующий примененный уголовный закон уже не

¹ См.: Хайруллин В. И. Одна из классических концепций категории справедливости // Право и политика. 2000. № 12. С. 15–25.

² Цицерон. Указ. соч. С. 131.

³ Учебник уголовного процесса / под ред. А. С. Кобликова. М., 1995. С. 284; Уголовный процесс / под ред. К. Ф. Гуценко. М., 2005. С. 344; Козан Л. Н. Жить по справедливости. Свердловск, 1988. С. 12.

соответствует социальным потребностям. Закон может не отражать изменившиеся нравственно-правовые воззрения общества. Приговор, отвечающий требованию справедливости, утверждают авторы данной точки зрения, должен это учитывать¹.

Другие полагают, что справедливость приговора есть категория юридическая, которая «формируется на основе оценки соответствия юридических норм и актов их применения. Она совпадает с законностью. Быть законным – значит обладать качеством юридической справедливости. И наоборот, кто нарушил законность, не соблюдает правовые нормы, тот действует вопреки юридической справедливости»².

Наконец, по мнению третьих, справедливость в уголовном процессе играет роль принципа, требования которого распространяются на все процессуальные документы, в том числе на приговор суда.

Если обратиться к истории вопроса, то право на справедливый суд имеет библейские корни. Например, требования к справедливой судебной процедуре встречаются в Ветхом Завете. В качестве условия правосудия рассматриваемое право и его составляющие встречаются в древнейших источниках права: в Кодексе короля Леговильда (Либер Юдисиорум) 572 г., японской Конституции Сетоку 604 г., ст. 3, 4, 59, 77, 78 Псковской судной грамоты, Великой хартии вольностей 1215 г., в английском Ордонансе о судьях 1346 г., – а также во многих других документах самых различных периодов истории. На современном этапе практически везде, где существуют писанные конституции, право на справедливый суд имеет конституционный характер³.

Применительно к России советского периода справедливость¹ как обязательное свойство приговора была закреплена еще в УПК РСФСР 1922 г., согласно ст. 63 которого решение считалось справедливым только в том случае, если было обосновано фактически-обстоятельствами дела, не являлось голословным, а назначенное осужденному наказание признавалось соразмерным тяжести совершенного преступления и степени опасности личности виновного.

¹ Уголовно-процессуальное право / под ред. П. А. Лупинской. М., 2005. С. 399.

² См.: Экимов А. М. Справедливость социалистического права. Л., 1980. С. 98.

³ См.: Рабцевич О. И. Международно-правовое закрепление права на справедливое судебное разбирательство // СПС «КонсультантПлюс».

В ст. 417 УПК РСФСР 1923 г. под справедливостью понималось соответствие содеянному назначенного судом наказания, не выходящего за пределы, установленные законом. Требование справедливости мы видим и в ст. 347 УПК РСФСР 1961 г. Однако заметим, что речь идет в них не о справедливом судопроизводстве, а о справедливом приговоре. Таким образом, даже из постреволюционного процессуального законодательства мы видим, что справедливость как требование общественной морали и нравственности, получив юридическую аккредитацию во всех УПК РСФСР, а затем и в ныне действующем уголовно-процессуальном законодательстве (например, ст. 297, 367 и 383 УПК РФ), трансформировалась в уголовное судопроизводство в качестве синтеза нравственной и юридической категорий. По этому поводу А. Ф. Кони говорил: «Судья, решая дело, никогда не имеет ни права, ни нравственного основания говорить: „Я так хочу“. Он должен говорить: „Я не могу иначе“, – не могу потому, что и логика вещей, и внутреннее чувство, и житейская правда, и смысл закона твердо и неуклонно подсказывают мне мое решение, и против всякого другого заговорит моя совесть как судьи и человека»¹.

Чтобы реализовать в приговоре и «логику вещей, и внутреннее чувство, и житейскую мудрость, и смысл закона, и совесть», судья наделен правом на усмотрение. Так, согласно ч. 3 ст. 60 УК РФ при назначении виновному наказания суд с точки зрения нравственности и морали обязан в границах судебного усмотрения оценить общественную опасность преступного деяния и личность виновного, определить влияние назначенного наказания на исправление осужденного, а также на условия жизни его семьи и с учетом перечисленных обстоятельств избрать вид и меру наказания. Если при этом результат усмотрения судьи устроил стороны и совпал с усмотрением вышестоящих судебных инстанций, то оно считается

¹ См.: *Абушенко А. Б.* Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002; *Барак А. А.* Судейское усмотрение. М., 1999; *Гончаров В. Б., Кожевников В. В.* Проблема усмотрения правоприменяющего субъекта в правоохранительной сфере // Государство и право. 2001. № 3. С. 51–60; *Марфицин П. Г.* Понятие и значение усмотрения в уголовном судопроизводстве // Рос. судья. 2002. № 2. С. 38–44; *Папкова О. А.* Усмотрение суда. М. 2005; *Рарог Л. И., Степанов В. П.* Судейское усмотрение при назначении наказания // Государство и право. 2002. № 2. С. 36–42; *Рарог А. И., Грачева Ю. В.* Понятие, основания, признаки и значение судебного усмотрения в уголовном праве // Государство и право. 2001. № 11. С. 90–98; *Телятников В. И.* Убеждение судьи. М., 2004.

справедливым. Усмотрение, как и справедливость, в правоприменении всегда связано с субъективным фактором¹. При этом любая из альтернатив, расположенных в границах судебного усмотрения, законна. «Для меня усмотрение, – пишет А. Барак, – это полномочие, данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя и более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна»². На этот счет в литературе можно встретить дефиниции на любой вкус. Однако наиболее точным представляется определение профессора К. И. Комиссарова. Формулируя понятие судебного усмотрения, он пишет, что усмотрение – это предоставленное суду правомочие принимать, сообразуясь с конкретными условиями, такое решение по вопросам права, возможность которого вытекает из общих и лишь относительно определенных указаний закона³.

В приведенной формулировке вполне узнаваемы характерные для судебного усмотрения черты, позволяющие отнести его в отличие от справедливости к правовым явлениям. Во-первых, оно представляет собой не что иное, как следствие реализации воли судьи; во-вторых, источником судебной воли выступает данная ему законом власть принимать решения по правовым вопросам; в-третьих, полномочия судьи имеют четко определенные законом границы, в пределах которых судья обязан (а не вправе) выбрать одно единственно верное по отношению к конкретному делу решение.

При таком понимании судебного усмотрения остается мало места произволу, но достаточно – субъективному восприятию объективных фактов, обуславливающих справедливость. Напомню, что наказание как конечный результат подтвержденного обвинительного тезиса зависит от уровня истинности установленного объема обвинения. При этом выявить доподлинно (в абсолюте) все ретроспективные обстоятельства преступного деяния уголовно-процессуальными средствами вряд ли возможно и подобно мечте о Городе Солнца. Не случайно в новом УПК суд освобожден от такой обязанности. Иначе говоря, истина, позволяющая суду принять справедливое решение, конвенциональна⁴, зависит от предусмотрен-

¹ См.: Рарог А. И., Грачева Ю. В. Указ. соч. С. 94.

² Барак А. Указ. соч. С. 376.

³ См.: Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Сов. государство и право. 1969. № 4. С. 49.

⁴ Конвенциональность предназначения правосудия – предмет отдельного научного осмысления, поэтому мы воспользовались этим термином применительно лишь к освещаемой проблеме.

ных законом пределов свободы усмотрения судьи. Следовательно, и справедливость, которая должна знаменовать правосудие, не может быть иной.

Одним словом, проблема справедливости в уголовном судопроизводстве остается в ряду актуальных, требующих дальнейшего научного осмысления. А пока, как и во все времена, рассматривая уголовное дело и постановляя приговор, судье с оглядкой на закон приходится руководствоваться собственными представлениями о справедливости. Этим объясним тот факт, что граждане России, исчерпав в своей стране все правовые средства достижения справедливости в их представлении, чаще стали обращаться в Европейский Суд по правам человека. Например, рост количества обращений в Суд против России в 2006 г. составил 38 %. В 2008 г. в стадии производства Европейского Суда находилось около 20 300 жалоб от граждан Российской Федерации, т. е. 16 % от общего числа дел, поступивших из всех стран, присоединившихся к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В 2010 г. процент жалоб из России в ЕСПЧ составил более 20 % от их общего числа¹.

Пытаясь повлиять на ситуацию, Верховный Суд РФ дал некоторые разъяснения по этому поводу в постановлении Пленума от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». Однако тенденция к росту числа жалоб в Европейский Суд не изменилась, что еще раз подчеркивает субъективный характер анализируемой категории, а следовательно, ее неэффективность как критерия определения цели правосудия.

Читателю может показаться, что автор ненароком отвлекся от темы раздела. Однако это не так, поскольку причину, обуславливающую наличие процессуальных функций, принято искать именно в правде и справедливости, «организующих» правосудие. При этом предполагается, что правда (истина) лежит в основе поисковой направленности деятельности суда, а справедливость в первую очередь играет роль ориентира в поисках правды. Если желаемое выдать за действительное, то путь к правде возможен только через справедливость, а справедливое решение возможно лишь на осно-

¹ См.: *Лыгин Н. Я., Ткачев В. Н.* Международно-правовые стандарты и конституционная законность в российской судебной практике. М., 2012. С. 28.

ве правды. Таким образом, для того чтобы правосудие выполняло именно ту роль, для которой оно предназначено в силу объективных свойств социального общения, правила справедливости должны быть как бы запрограммированы в самой деятельности суда. Кто против?! Но как это сделать? Люди не боги, а закон не слово Божье!

Попытка возведения справедливости в венец правосудия объяснима, ведь изначально правосудие обожествлялось, ему поклонялись, в народе верили, что именно «божество» осуществляет правосудие. Наглядным свидетельством тому служит до сих пор не преданный забвению красноречивый образ мифической богини правосудия у древних греков – Фемиды. Все ее атрибуты: повязка на глазах, в одной руке меч, в другой – весы, – являются символом правды и справедливости. Главными признаками этих ценностей принято считать независимость судей и состязательность сторон, они рельефно проявляются в образе Фемиды. Независимость символизируется тем, что Фемида изображается в виде красивой и неприступной женщины, а состязательность представлена в идее весов, на чаши которых кладутся результаты состязания сторон. Хотя миф – это не реальность, однако он есть выразитель народного воззрения на природу в целом, и в нем отражается суть древнего верования.

Суд как орган правосудия характеризуется особой древностью, его история уходит в далекую глубь веков, и на протяжении веков судьба по-разному распоряжалась названными признаками правосудия. Были периоды, которые с полной уверенностью можно назвать печальной эрой антиправосудия. Суды вопреки своей социальной роли становились проводниками государственной политики, вместо подлинной состязательности могли применяться изуверские пытки, чтобы только вырвать от обезумевшего от боли и страданий человека признание в совершении преступления, и это «признание» выдавалось за истину. В таких случаях совершенно не было смысла говорить о функциях, ибо все сосредотачивалось в руках одного органа.

В связи с этим можно предположить, что возрождение процессуальных функций и распределение их по субъектам относится к середине XVIII в., когда на общественной арене стали функционировать абсолютно новые системы уголовного судопроизводства, в корне отличающиеся от инквизиторской с ее канцелярской тайно-

стью, устрашающими приспособлениями для пыток¹. Первая система была осуществлена в Англии и американских колониях (англо-американская), вторая – во Франции с последующим распространением в государствах континентальной Европы (французская, или континентальная). Появившись в разных странах и с разрывом в полтора века, эти системы, конечно, существенно отличались друг от друга. Вместе с тем их объединяет ряд демократических признаков, которые лежат в их основе, в том числе независимость судей и состязательность.

В свое время известными учеными Ю. М. Грошевым и И. Е. Марочкиным была высказана очень правильная мысль о том, что одним из свойств правосудия в целом и уголовно-процессуальной деятельности в частности является справедливость как *нравственная характеристика* этой деятельности². Соглашаясь с уважаемыми коллегами в том, что справедливость в правосудии имеет нравственный (а не правовой) характер, заметим, что состязательность и выступает одним из тех признаков, через которые эта *нравственная категория* проявляется, а состязательность в свою очередь проявляется через процессуальные функции.

Как было сказано, защита признана бесспорной функцией в процессуальной литературе. Никто не только не взял на себя смелость хоть как-то поколебать это мнение, бросить на него тень сомнения, а совсем наоборот, почти каждый автор приводит обоснованный довод в его пользу³. Следовательно, надо признать как аксиому, что

¹ По этому поводу существует другое мнение, согласно которому на уровне теории проблема уголовно-процессуальных функций появилась в связи с судебной реформой 1864 г. См. об это: Муратова Н. Г., Чулюкин Л. Д., Гайнуллов И. Ф. Механизм реализации уголовно-процессуальных функций. С. 6.

² Грошевой Ю. М., Марочкин И. Е. Социальная справедливость и правосудие по уголовным делам // Научные и практические проблемы уголовного судопроизводства в свете судебно-правовой реформы. Ижевск, 1989. С. 37.

³ См.: Вьюра М. М. Функция защиты в советском уголовном процессе. В помощь адвокату. Краснодар, 1972; Стецовский Ю. П., Ларин А. М. Указ. соч.; Володина Л. М. Механизм защиты прав личности в уголовном процессе. Тюмень, 1999; Защита по уголовным делам / под ред. И. Т. Голякова. М., 1948; Кириллова Н. П. Указ. соч.; Зашиятин Л. А. Основы теории эффективной адвокатской деятельности. Екатеринбург, 2006; Любшев Ю. Ф. Проблема защиты по уголовным делам: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1998; Зинатуллин З. З., Зинатуллина Т. З. Общие проблемы обвинения и защиты по уголовным делам. Ижевск, 1997; Кудрявцева А. В., Великосельский Ю. И. Функция защиты на стадии предварительного расследования. Челябинск, 2006.

защита – это одна из процессуальных функций, именно через нее мы воспринимаем состязательность как существенное свойство уголовного судопроизводства. *Таким образом, если функции – это определенный класс явлений, то их всех объединяет в первую очередь то, что они выступают своеобразными проводниками состязательности.* Мысленно исключив защиту из уголовного судопроизводства, мы сразу убедимся, что в таком случае ни о какой состязательности и речи быть не может.

Прямая связь функций с состязательностью подчеркивается и в Конституции РФ. В п. 3 ст. 123 Конституции РФ говорится: «Судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон». Вряд ли кто будет отрицать очевидный факт прямой связи состязательности и сторон, которые, как известно, признаны непосредственными носителями процессуальных функций.

Состязательность при ее справедливом воплощении в уголовном судопроизводстве возможна не иначе, как при равноправии сторон. В противном случае она теряет свой смысл, а стороны перестают быть таковыми.

Бесспорно, процессуальная состязательность имеет свою специфику. К ней относится и предмет самого спора, и требования, предъявляемые к аргументационному материалу, и, наконец, процессуальные функции, осуществляемые сторонами в споре¹.

Конечно, процессуальными функциями можно именовать многие различные по характеру явления, в том числе права и обязанности всех субъектов уголовно-процессуальной деятельности, деятельность этих субъектов, и каких-либо запретов в таком толковании функции в принципе не существует². Однако как в практическом, так и в теоретическом плане есть настоятельная потребность проводить отличительную грань между функциями и процессуальными статусами субъектов, между функциями и показаниями, данными на допросе, заключениями экспертов, переводами и т. п. В противном случае теория процессуальных функций утратит специфический

¹ Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 39–49.

² Азаров В. А., Таричко Ю. И. Указ. соч. С. 189–206; Муратова Н. Г., Чулюкин Л. Д., Гайнуллов И. Ф. Механизм реализации уголовно-процессуальных функций. С. 27; Зайцева Е. А. Реализация состязательных начал при применении специальных познаний в уголовном судопроизводстве. Волгоград, 2006. С. 25–41.

предмет исследования, а за ним и целостность, определенность и научную значимость.

Итак, с учетом всего сказанного сформулируем **первое методологическое правило**: *уголовно-процессуальные функции есть зеркальное отражение такого существенного свойства уголовного судопроизводства, как состязательность.*

Второе методологическое правило прямо вытекает из предыдущего. Состязательность в самом общем виде можно представить как спор, который может происходить только между сторонами, т. е. субъектами с определенными процессуальными интересами, а следовательно, *уголовно-процессуальные функции всегда предполагают наличие сторон.*

Как невозможно представить музыку без звуков, спортивные соревнования без их участников, так и нельзя отделить процессуальные функции от сторон. Стороны – это строго определенные субъекты уголовно-процессуальной деятельности, имеющие свой процессуальный интерес, под влиянием которого происходит развитие данной деятельности¹. В связи с этим с позиции теории процессуальных функций предлагается следующая система субъектов уголовно-процессуальной деятельности.

Первую ступень иерархической лестницы таких субъектов занимают стороны как носители уголовно-процессуальных функций. Действия сторон прямо влияют на состояние уголовно-процессуальной деятельности. Процессуальная деятельность по уголовному делу должна развиваться равномерно, без существенных перекозов, что создаст благоприятные условия для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию (т. е. конвенциональной истины).

Вторую ступень этой лестницы занимают субъекты, чья информация используется сторонами и по сути играет роль средства осуществления состязательности. К таким субъектам в первую очередь относятся свидетели, которые могут свидетельствовать в пользу какой-либо из сторон, эксперты и специалисты, чьи заключения служат аргументами в состязании.

Третью ступень образуют субъекты, не обладающие свойствами названных субъектов. К ним относятся понятые, переводчики, секретари судебных заседаний, педагоги.

¹ В этом смысле автор абстрагируется от санкционирования судьей ОРД, поскольку это направление деятельности судьи не связано с уголовным судопроизводством.

С учетом приведенной системы субъектов уголовно-процессуальной деятельности назовем, какие из них конкретно являются сторонами в сфере уголовно-процессуальной деятельности. К ним относятся органы уголовного судопроизводства, кроме суда, а также лица, вовлеченные в уголовный процесс в качестве обвиняемого (подозреваемого), защитника, потерпевшего, его представителя, гражданского истца и гражданского ответчика и их представителей.

Что объединяет их в одну «лидирующую» группу субъектов уголовно-процессуальной деятельности под названием «стороны»? В самом общем виде на поставленный вопрос можно ответить так: их деятельность напрямую связана с правовым спором, а поэтому все они наделены правами, реализация которых позволяет существенным образом влиять на результаты спора. В связи с требованиями состязательности в судебном разбирательстве стороны пользуются равными правами, но только теми, которые влияют на активность участия в споре, а именно правами представлять доказательства, участвовать в их исследовании и заявлять ходатайства.

Третье методологическое правило прямо связано с предыдущим, и суть его сводится к следующему: *все уголовно-процессуальные функции управляемы, и в них можно обнаружить элементы стратегического и тактического свойства*. Думается, можно отнести к бесспорным утверждение о том, что судебный спор ведется сторонами отнюдь не ради спора. Стороны отстаивают свой процессуальный интерес, а поэтому ставят перед собой определенные задачи, намечают предусмотренные законом средства их решения, разрабатывают тактические приемы – простые (например, формулировка вопроса) и сложные (определение последовательности допросов и постановка вопросов допрашиваемым, заявление ходатайств о проведении других судебных действий следственного характера, таких как осмотр вещественных доказательств, опознание и т. д.). Конечно, эти элементы далеко не всегда могут быть рельефно выражены. Не исключено, что некоторыми сторонами они вообще могут быть по каким-то причинам упущены, не использованы. В такой ситуации следует утверждать, что функция не состоялась, ибо сторона не включилась в спор, отнеслась к своему процессуальному интересу безразлично, участие в процессуальной деятельности свелось к формальности.

Итак, мы можем сказать, что функция состоялась или не состоялась, однако это связано не с результатом спора, а с активностью участия в нем. Сама же активность всегда обусловлена элементами управленческого свойства.

Конечно, для ряда сторон (органов уголовного судопроизводства и защитника) функции непосредственно связаны с их процессуальной обязанностью, и поэтому они во всех случаях должны состояться. Это объективное свойство, отражающее внутренний противоречивый характер уголовного судопроизводства. Внешне оно проявляется в конфликтности сторон, ибо их конфликт – столкновение различных позиций по предмету спора, порой просто диаметрально противоположных, и в зависимости от степени конфликта проявляется уровень интенсивности развития уголовно-процессуальной деятельности.

Представляется, что данное правило в известной мере связано со следующим, **четвертым методологическим правилом**: *каждая сторона всегда связана только с одной функцией, обусловленной предметом спора и соответствующим процессуальным интересом.*

Как подчеркивалось, к числу бесспорных процессуальных функций «в чистом виде» относится защита¹. Представим, что у защитника, осуществляющего эту функцию, имеются и другие функции. В таком случае наносится сокрушительный удар самой состязательности, ибо в силу возложенных на защитника различных функций он объективно теряет устойчивость своей позиции, он волей-неволей начнет лавировать между этими функциями и утрачивать четкую ориентацию в предмете спора.

Надо заметить, что подобного рода мысль зрела давно в научных кругах. Почти 30 лет назад в статье «Об эффективности прокурорского надзора в суде» И. Л. Петрухин высказал идею о возможности замены одной функции прокурора (обвинения в суде) на другую (функцию по осуществлению надзора за законностью в суде)². Оставив в стороне вопрос о том, насколько правильно заменять функции, подчеркнем, что уважаемый профессор был прав в той части, что не допускал наделения прокурора в суде несколькими разными по характеру функциями.

¹ Ряд авторов полагают, что сторона обвинения не только выполняет созвучную функцию, но и отчасти защищает обвиняемого (подсудимого) от необоснованного обвинения (см., например: Кириллова Н. П. Указ. соч. С. 68–69).

² Социалистическая законность. 1969. № 6. С. 37.

Конечно (нам бы хотелось быть правильно понятыми), каждый ученый вправе определять то или иное количество функций у разных субъектов уголовно-процессуальной деятельности, абсолютно игнорируя сформулированное правило. Но тогда под функцией будут подразумеваться разноплановые явления, а субъекты как носители таких функций утратят значение сторон. Допустим, как можно считать гособвинителя стороной в состязательности, если ему вменить для ведения спора противоположные, взаимоисключающие обязанности. При таком положении он будет вынужден крутиться на одном месте, постоянно проверяя себя, какую же в данный момент он осуществляет функцию – защиты или обвинения, и не перешел ли границу, отделяющую одну функцию от другой. Это не процессуальный спор, а в лучшем случае его имитация.

Пятое методологическое правило сформулируем так: *ни одна процессуальная функция не завершается в границах только одной стадии процесса*. Мы подчеркивали, что это положение высказывалось на страницах процессуальной литературы, но рядом ученых оно осталось незамеченным, поскольку они выражали свои точки зрения, одновременно не считая нужным доказать его ошибочность.

И наконец, последнее, **шестое методологическое правило**, непосредственно вытекающее из предыдущего: *со сменой стадии не меняется характер функций, однако изменяется интенсивность их осуществления, а следовательно, и процедура реализации*.

Думается, детально комментировать это правило не имеет смысла. Известно, что существует так называемый кульминационный момент в состязательности, когда интенсивность реализации функции достигает высшего предела и состязательность перерастает в словесный поединок сторон, названный судебными прениями (или прениями сторон).

Итак, мы сформулировали базовые, на наш взгляд, методологические положения, которые в совокупности позволяют вывести следствие, т. е. *определиться в основных компонентах теории процессуальных функций и дать по возможности обоснованные ответы на вопросы: что такое процессуальные функции, сколько их в сфере уголовно-процессуальной деятельности и кто их конкретно осуществляет?* Эти вопросы станут предметом анализа в следующем разделе работы.

Раздел 4. ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ

Мы подошли к решению вопросов, вокруг которых до сих пор не снижается полемика. Эти вопросы, обрастая новыми мнениями, сегодня становятся все более покрыты завесой таинственности. Путь к их освещению оказался очень непростым, ибо первоначальное накопление интеллектуального капитала требовало анализа разрабатываемых точек зрения, обладания некоторым методологическим багажом для выдвижения следствий, наработки некоего арсенала средств исследования. Все, что было написано в предыдущих разделах, оправданно. Если для наглядности прибегнуть к сравнению, то все предыдущие разделы можно представить как взрыхление и сеяние почвы такими семенами, от которых можно получить пусть чрезвычайно редкие, необычайно хрупкие, но действительно желанные ростки новых знаний, очень необходимых для проникновения в секреты явлений, именуемых процессуальными функциями.

Применением словосочетания «новые знания» подчеркиваются три следующих момента. Во-первых, эти знания относительны и нередко в этом качестве они могут быть сведены только к новым смысловым граням уже известного явления. Во-вторых, под новыми знаниями в плане их подачи читателю подразумевается совокупность сведений о предмете исследования, выраженная в логической формулировке (правиле). В-третьих, каждая такая формулировка должна проходить испытание на прочность, чтобы исследователь мог избежать коварной опасности оказаться в плену ошибочных представлений, обольститься их привлекательностью и принять за истину то, что ей не является.

Чтобы избежать подобных ошибок или, по крайней мере, свести их к минимуму, каждый исследователь выбирает вспомогательные средства контроля. Уместно применить с этой целью в настоящем исследовании тот же прием: считающиеся в настоящее время неоспоримыми, не вызывающими сомнения положения, полученные из официальных источников самого высокого ранга, использовать в качестве отправных и по ним сверить свои выводы. К числу такого рода источников по вполне понятным причинам отнесем постановления Конституционного Суда Российской Федерации, связанные с толкованием Конституции РФ.

В связи с этим процитируем небольшую часть Постановления Суда от 28 ноября 1986 г., вынесенного по запросу Каратузского

районного суда Красноярского края. «В уголовном судопроизводстве состязательность означает строгое ограничение функций обвинения и защиты, каждая из которых возложена на определенных участников процесса».

Поскольку процитированное положение используется в качестве отправного момента аксиоматического значения, то, думается, мы вправе считать совершенно достоверными следующие вытекающие из него выводы:

существование в уголовном судопроизводстве процессуальных функций обусловлено наличием такого свойства уголовно-процессуальной деятельности, как состязательность;

состязательность – это свойство уголовно-процессуальной деятельности, которое может проявляться не иначе, как при наличии сторон, выступающих в качестве носителей обязательно противоположных по характеру процессуальных функций, и это обстоятельство диктует категорический запрет на соединение различных функций в руках одного органа или лица;

распределение функций имеет место только среди строго определенных субъектов уголовно-процессуальной деятельности;

количество процессуальных функций, обусловленных принципом состязательности, равно трем: а) функция правосудия; б) функция обвинения (или уголовного преследования); в) функция защиты (или полного или частичного отрицания подозрения или обвинения, но не как функции, а как тезиса).

Таким образом, используя в качестве аргументационного материала процитированное положение из Постановления Конституционного Суда РФ, можно окончательно определиться в вопросе, связанном как с численностью, так и с наименованиями процессуальных функций.

В данном случае читатель может заявить, что мы открыли Америку. Действительно, как только зародилась теория процессуальных функций, так стали оперировать термином «сторона» в порядке развития составляющих ее компонентов, концепция размеживания названных трех функций сначала была просто-напросто единственной, а потом долго занимала господствующее положение.

Однако, как указывалось, в последующем отношении к этой концепции резко изменилось, и далеко не в лучшую сторону. Она с опасной быстротой теряла сторонников, хотя такие испытания выпали на ее долю совершенно незаслуженно. Думается, сейчас в силу

известных обстоятельств ответы на вопросы о том, сколько процессуальных функций в сфере уголовно-процессуальной деятельности и как они именуются, лежат на поверхности, в связи с чем настала пора расставить все точки над «і» и доказать, что именно три названные процессуальные функции составляют предмет исследования рассматриваемой теории как неотъемлемой части науки уголовного судопроизводства.

Итак, имея представление о числе и наименованиях функций, можно ли начать разговор об их содержании? Этот вопрос поставлен далеко не случайно и отнюдь не из риторических соображений. С учетом проведенного анализа точек зрения о существовании процессуальных функций заметим, что все сторонники данной теории безоговорочно относят защиту к числу процессуальных функций, и в то же время у них не сложилось единого понимания сути функции защиты. Попытка раскрыть причину сделана ранее. При этом следует ожидать, что ученые будут усугублять неразрешимые противоречия до тех пор, пока не достигнут согласия в главном – в сущности состязательности, основой которой служит принцип разделения процессуальных функций.

В предыдущем разделе подчеркивалось, что процессуальные функции – это зеркальное отражение состязательности. Это методологическое положение мы относим к закономерностям, из которых выводятся следствия. В этом плане, пожалуй, можно провести определенную параллель с физическим законом. Например, наблюдая приливы и отливы на море, происходящие в строгой последовательности дважды в сутки, мы тем самым воспринимаем действие закона о притяжении луны. Если убрать приливы и отливы, т. е. допустить, что их в природе не существует, то исчезнет и восприятие этого физического явления. Придание функциям свойства зеркального отражения состязательного начала уголовного судопроизводства подчеркивает, что процессуальные функции свидетельствуют о существовании состязательности и именно состязательностью мы объясняем наличие таких функций в сфере уголовно-процессуальной деятельности.

Конечно, мы имеем дело не с физическим явлением, а поэтому взаимодействие состязательности и процессуальных функций имеет специфические черты: состязательность реализует предназначение не сама по себе, а через процессуальные функции. Сказанное нуждается в уточнении, поскольку для обеспечения предназна-

ной для состязательного начала роли функции обязательно должны быть определенным образом организованы, отлажены.

Думается, следует согласиться с утвердившимся в процессуальной литературе мнением, согласно которому назначение состязательного начала можно свести к обеспечению условий, называемых «благоприятными», поскольку они объективно необходимы для достижения целей уголовного судопроизводства¹. Функциональный характер организации уголовно-процессуальной деятельности достигается: а) наличием равноправных сторон как противоборствующих позиций в споре; б) безусловным размежеванием функций правосудия с функциями равноправных сторон. Благодаря организации уголовно-процессуальной деятельности на основе процессуальных функций обеспечивается внедрение в ее сферу элементов специализации, свидетельствующих о своеобразном разделении труда при производстве по уголовному делу. Естественно, труд каждого носителя процессуальной функции представляет собой уголовно-процессуальную деятельность. Нередко процессуальные действия равных сторон сходятся и по сути выступают в качестве составных элементов одного и того же процессуального акта (действия). Например, стороны одновременно участвуют в допросе одного и того же лица, в случаях назначения и производства в суде экспертизы одновременно формулируют вопросы эксперту, на правах именно носителей процессуальных функций принимают участие в осмотрах, следственных экспериментах и других судебных действиях следственного характера. Другими словами, с полной уверенностью можно утверждать, что, реализуя свои функции, их носители осуществляют процессуальную деятельность, а поэтому каждая процессуальная функция в отдельности и все они вместе тоже есть процессуальная деятельность, которая по природе носит полифункциональный характер. Проще говоря, уголовное преследование (обвинение), защита, отправление правосудия есть процессуальная деятельность².

¹ О роли состязательного начала в уголовном судопроизводстве см.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. Т. I. С. 151; *Уголовный процесс* / под ред. П. А. Лупинской. С. 122; *Мельников Э. Б., Савицкий В. М.* Уголовный процесс России: лекции-очерки, М., 1997. С. 54.

² В процессуальной литературе под терминами «обвинение» и «защита» некоторыми авторами подразумевается не сама деятельность, а некий ее локальный (именно для стороны) итог, поэтому эти понятия существуют и как тезисы обвинения и защиты. Особенно последовательно данная концепция разрабатывалась П. М. Да-

Нейтрализовать полемику по данному поводу можно, ответив на вопрос: что лежит в основе многофункционального характера уголовно-процессуальной деятельности и распределения перечисленных функций по строго определенным субъектам?

Для того чтобы облегчить ответ на поставленный вопрос, обратимся к ораторскому искусству. Возможно, подобный шаг будет воспринят как некий экскурс, ибо на первый взгляд может показаться, что мы в данном случае отступаем от главных вопросов исследуемой темы. Однако это не так. Обращение к существу ораторского искусства продиктовано тем, что некоторые его разделы не только непосредственно соприкасаются с основной идеей исследования, но и позволяют сформировать положение, используемое в качестве отправного момента.

Известно, что ораторское искусство состоит из различных родов красноречия, к числу которых относится и судебное красноречие, включающее обвинительную и защитительную речи¹. Думается, мы не погрешим против истины, если скажем, что судебное красноречие, как и суд, зародилось в древности, и это совпадение не случайно.

Состязательность обусловила наличие в сфере уголовно-процессуальной деятельности процессуальных функций, что в свою очередь повлекло необходимость возникновения институтов обвинения и защиты. Наличие этих институтов позволило рассматривать красноречие как действие, как один из видов мастерства, и именно в этом плане оно оттачивалось веками. В центре внимания судебных ораторов постоянно находились и находятся вопросы, связанные с приемами привлечения и удержания внимания слушателей, убеждения судей и присяжных заседателей, а также содержанием и структурой судебной речи. Все это было подчинено одной цели – повысить эффективность осуществления процессуальной функции.

Сказанное дает основание сделать вывод о генезисе процессуальных функций. Состязательность как свойство уголовного процесса запрограммирована его социальным предназначением. Уровень развития этого свойства зависит от рода объективных

вызовым (Давыдов П. М. Обвинение и защита. Актуальные проблемы советского уголовного процесса. Свердловск, 1987. С. 21–26).

¹ Подробно об этом см.: Апресян Г. З. Ораторское искусство. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1972. С. 60–85.

и субъективных факторов. В принципе эти факторы общеизвестны¹, на некоторых мы уже останавливались. Однако с целью демонстрации связи ораторского искусства с состязательностью уместно привести следующую цитату. Автор-составитель книги «Об ораторском искусстве» А. В. Толмачев заметил: «На примере древнего мира отчетливо прослеживается закономерность: красноречие процветало и набирало силу в периоды наивысшего расцвета демократии, культурной и политической жизни»². Проводя аналогию, можно отметить, что развитие демократических начал уголовного судопроизводства, и в первую очередь состязательности, создавало благоприятную почву для совершенствования судебного красноречия, которое сразу же стало развиваться и осваиваться в двух формах: в виде обвинительной и защитительной речей.

Если представить, что судебное красноречие существует без указанных видов, то сразу станет ясно, что оно лишено стержня, который порождает импульсы для повышения ораторского мастерства. Конечно, можно предположить, что эти виды появились случайно, однако вряд ли это следует воспринимать серьезно. Все виды судебного красноречия, бесспорно, порождены наличием таких процессуальных функций, как обвинение и защита, которые в свою очередь явились следствием состязательного начала в среде уголовно-процессуальной деятельности. Эта причинно-следственная связь прослеживается довольно четко, и попытки опровергать ее тщетны.

Итак, состязательное начало как внутреннее свойство, присущее уголовно-процессуальной деятельности (если, конечно, насильственно не искажать ее суть и социальное предназначение, а также не приспособлять к политическим пристрастиям), не может по природе проявляться иначе, как только в противоборстве двух сторон: стороны обвинения и стороны защиты.

Конечно, чтобы окончательно поставить все точки над «і», вряд ли оправданным будет обойти молчанием напрашивающийся вопрос: если противоречивый характер функций напрямую свидетельствует о том, что между сторонами обвинения и защиты никакого «согласия» нет, то не станут ли усилия сторон и суда (при закреплении функций за строго определенными субъектами

¹ См.: Алиев Т. Т. и др. Состязательность и равноправие сторон в уголовном судопроизводстве. М., 2003; Шестаков С. Д. Состязательность уголовного процесса. М., 2001 и др.

² Об ораторском искусстве / авт.-сост. А. В. Толмачев. 4-е изд., перераб. и доп. М., 1973. С. 10.

уголовно-процессуальной деятельности) такими же тщетными, как у героев известной басни И. А. Крылова, которые взялись с поклажей воз вести?

Мы далеки от мысли рассчитывать только на сугубо риторическую роль поставленного вопроса, ибо не так уж много прошло времени с тех пор (если ориентироваться на высокую степень устойчивости стереотипа в мышлении), когда на него можно было получить однозначный ответ.

Автору этих строк пришлось присутствовать на одном из совещаний правоохранительных органов в конце 80-х гг. с участием и ученых-юристов, и членов коллегии адвокатов. Обычно все доклады и выступления были связаны с главным вопросом: как усилить накал борьбы с преступностью в регионе, достичь наивысшей эффективности в ней, чтобы сначала приостановить рост уровня преступных посягательств, а потом добиться снижения этого социального зла? И вот к числу «недостатков» в борьбе с преступностью, которые необходимо, если уж не совсем искоренить, то, во всяком случае, свести к минимуму, некоторые прокурорские работники, не раз выступавшие в качестве государственных обвинителей, отнесли то, что в судебных прениях мнения выступающих разительно расходятся. Данное обстоятельство вызывает у людей, находящихся в зале суда, чувство недоумения, они теряются в догадках, почему нет у судебных ораторов единого понимания обстоятельств судебного дела, не исключено, что кто-то из них, а может быть, и оба либо что-то путают, либо умышленно извращают суть обвинения. Прокурорские работники, кто с сожалением, а кто с нескрываемым негодованием, «клеямили» защитников, старающихся опровергать доводы обвинения.

Как ни странно, но такие речи нашли понимание у большинства участников совещания, причем не только у прокуроров и следователей, но и у некоторых судей. Последние обвинили защитников в необъективности, якобы они идут на поводу у подсудимого и, несмотря на массу обвинительных доказательств, в след за своим подзащитным отстаивают его невиновность.

Может быть, сейчас, когда состязательность и равноправие сторон провозглашены Конституцией РФ, такие речи наверняка будут восприниматься как нонсенс, а в то время они были вполне объяснимы и принимались за серьезные доводы по усилению борьбы с преступностью. Подоплека таких выступлений в общем-то не была

откровением в условиях тоталитарного государства, когда деятельность всех без исключения органов уголовного судопроизводства осуществлялась под эгидой политического руководства КПСС. Считалось, что органы предварительного расследования, прокуратуры и суда представляют собой единую систему правоохранительных органов и в связи с этим обязаны действовать как единый отлаженный механизм. Такое положение давало повод рассматривать судебное разбирательство как своеобразное по направленности предварительное расследование, но только уже под руководством не прокурора, а суда и в иных процессуальных условиях.

Такое положение не было плодом воображения и результатом одних лишь политических пристрастий. Оно в известной мере опиралось на правовую базу, что позволяло испытать его в качестве практического руководства. Главную роль в этом сыграли некоторые процессуальные нормы действовавшего тогда УПК РСФСР. В порядке иллюстрации к сказанному сошлемся на ст. 232 УПК РСФСР, в которой перечислены основания для возвращения дела из суда для дополнительного расследования. В частности, в п. 1 данной статьи говорилось, что судья направляет дело для дополнительного расследования в случае неполноты предварительного расследования, но только такой неполноты, которая не может быть восполнена в судебном заседании.

Не правда ли весьма странное положение? Если неполнота может быть восполнена в ходе судебного следствия, то судья лишается права на возвращение дела на дополнительное расследование, на нем лежит ответственность осуществить деятельность за органов судебного расследования. Спрашивается, можно ли в таком случае вести речь о разделении процессуальных функций, если судья вынужден вместо разрешения дела по существу восполнять неполноту предварительного расследования.

Комментируемое положение закона можно объяснить рядом факторов. Главный из них – сложившееся ошибочное мнение, согласно которому органы расследования, прокуратуры и суда составляют единую систему с единой направленностью, дабы не уподобиться упомянутой крыловской тройке: раку, лебедю и щуке.

К чему это привело на практике, известно. Оправдательные приговоры практически исчезли из практики судов, постановлять их даже при наличии совершенно бесспорных оснований суды не осмеливалась, чтобы их не обвинили в том, что они борются не с пре-

ступностью, а с предварительным расследованием. Колонии и тюрьмы стали пополняться безвинно осужденными к лишению свободы, а нередко – к исключительной мере наказания, которая, к большому сожалению, не заставляла себя долго ждать.

Конечно, судебные ошибки выяснялись (правда, порой слишком поздно), неправосудные приговоры отменялись, находились виновники, чьи действия повлекли такие ошибки, но «машина» продолжала работать на тех же положениях, и пока они лежали в основе уголовно-процессуальной деятельности, практически ничего не менялось, либо изменения были незначительны.

Думается, в сказанном содержится ответ на поставленный вопрос. И здесь, видимо, нечего противопоставить выводу, что, как нельзя экспериментировать над природой, чтобы властвовать над ней, так недопустимо не только игнорировать, но и недооценивать свойства, запрограммированные самой «природой» уголовно-процессуальной деятельности. Трагичность последствий их игнорирования или недооценки не оправдывает никакой во всех отношениях привлекательной цели.

Итак, еще раз подчеркнем: *процессуальные функции в самом общем виде представляют собой процессуальную деятельность, осуществляемую в связи с производством по уголовному делу строго определенными субъектами.*

Понятно, что данный вывод нуждается в дальнейшей конкретизации, прежде всего для того, чтобы провести отличительную черту между существующими функциями, поскольку каждая из них является уголовно-процессуальной деятельностью¹.

Для этой цели обратимся к судебному разбирательству, где названные функции особенно ярко, рельефно выражены, и составительное начало в связи с этим проявляется весьма негативно, с элементами наглядной демонстрации. В качестве примера используем протокол судебного заседания в той части, когда носители функций участвуют в допросе одного и того же свидетеля.

Вопрос государственного обвинителя:

– Давайте уточним, свидетель. Я Вас правильно понял, что Вы лично видели как именно подсудимый, а не иное лицо, взял чемодан в зале ожидания?

¹ Ковтун Н. Н., Кузнецов А. Н. Сущность и содержание функций уголовного правосудия в уголовном процессе России // Рос. судья. 2004. № 6. С. 29–31.

Ответ свидетеля:

– Да, я действительно был очевидцем того, как подсудимый взял чемодан, о чем я говорил и раньше на предварительном следствии.

...

Вопрос защитника:

Итак, мы выяснили, что зал был слабо освещен, чемодан находился от Вас на приличном расстоянии, зрение у Вас слабое. При чем Вы признались, что очки у Вас немного запотели, так как Вы вошли в зал при морозной погоде. Что же, при таких обстоятельствах Вы исключаете возможность ошибки?

Ответ свидетеля:

Конечно, полностью я ошибку свою не исключаю. Возможно, что я другое лицо принял за подсудимого.

...

Вопрос судьи:

Давайте уточним, какие же Ваши показания совпадают с действительностью, ответ на вопрос прокурора, или то, что сейчас Вы говорили защитнику?

Итак, мы видим, государственный обвинитель, защитник и судья допрашивают одного свидетеля по одному и тому же обстоятельству, а целенаправленность вопросов всех носителей процессуальных функций разная. Попробуем ответить на вопрос: какая отличительная грань лежит между процессуальными функциями?

Один из ответов на этот вопрос уже известен: каждая функция имеет своих носителей. Под носителями процессуальных функции подразумеваются все субъекты уголовно-процессуальной деятельности, которые либо участвуют в качестве сторон, либо являются органами правосудия. Таким образом, понятие «носитель» процессуальной функции по смысловому значению более широко, нежели понятие «сторона». Поскольку каждый из носителей выполняет только одну строго определенную функцию, то в принципе функцию разрешения дела можно именовать судебной функцией. При определенной доле условности функцию защиты можно обозначить функцией защитника, так как именно защитник обязан осуществлять данную функцию. В суде первой инстанции функцию обвинения вполне можно назвать функцией прокурора или государственно-го обвинителя, ибо именно прокурор профессионально связан с этой функцией. Однако такую замену сугубо терминологического толка вряд ли можно считать оправданной и целесообразной, поскольку

носителей процессуальных функций значительно больше, нежели самих функций.

Для того чтобы определить точное число носителей процессуальных функций, обратимся к помощи действующего УПК РФ, в котором этот вопрос решен правильно и исчерпывающим образом. В порядке детализации разделим всех носителей процессуальных функций на две группы: 1) органы и лица, которые участвуют в производстве по уголовному делу в качестве сторон; 2) органы, не являющиеся участниками состязательности сторон.

Согласно гл. 6 УПК РФ участниками уголовного судопроизводства со стороны обвинения являются: руководитель следственного органа, начальник подразделения органа дознания, дознаватель, потерпевший (частный обвинитель), гражданский истец, представитель потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя.

Сторона защиты представлена следующими субъектами: подозреваемый, обвиняемый (подсудимый), законные представители несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого, защитник, гражданский истец, представитель гражданского ответчика. Итак, в соответствии с УПК РФ перечислены все носители процессуальных функций, которые выступают в среде уголовно-процессуальной деятельности в качестве сторон.

Вторую группу носителей уголовно-процессуальных функций составляют судебные органы (суд, судья), которые стороной в уголовном процессе не являются.

Если обратить внимание на приведенную группировку носителей уголовно-процессуальных функций с позиции факторов, объединяющих каждую сторону и судебные органы, то можно наблюдать еще одну отличительную грань: в каждой функции в отдельности сосредоточен строго определенный интерес, существенным образом отличающийся от интересов других процессуальных функций. Бесспорно, подобного рода интересы органически связаны с функциональным характером уголовно-процессуальной деятельности, а поэтому обращение к ним можно считать одной из активных задач, которую исследователи почему-то упорно обходят вниманием. Этим интересам посвящено продолжение исследования.

Раздел 5. ФУНКЦИОНАЛЬНЫЙ ИНТЕРЕС

Как отмечалось, большинство авторов суть процессуальной функции сводят к направлению уголовно-процессуальной деятельности (некоторые из них называют такие направления или «отдельными», или «основными»). Одни ученые считают вполне приемлемым не вдаваться в вопрос, что обусловило наличие таких направлений. Другие объясняют существование указанных направлений рядом разноплановых причин: обязанностью, целью, ролью и предназначением участников уголовно-процессуальной деятельности. Необходимость обращения к сказанному именно сейчас продиктована стремлением обратить внимание на уязвимые места в комментируемых научных взглядах, которые мы не разделяем.

Подчеркнем, что вести полемику с данными авторами представляет некоторую сложность в связи с тем, что, как отмечалось, их высказывания либо совсем не обосновываются, либо доводы настолько скупы, что, кажется, непоколебимая уверенность авторов в абсолютной правильности их мнения имеет врожденный характер. Приходит мысль, что ученые придают своим положениям значение тех истин, которые Ф. Энгельс в «Анти-Дюринге» назвал истинами-банальностями и истинами-плоскостями в силу того, что они никогда не могут измениться и не могут быть опровергнуты¹. Возможно, такая аксиоматичность взглядов коллег послужила стимулом для следующих суждений.

Направленности в уголовно-процессуальной деятельности отнюдь не выдуманы и действительно существуют в сфере уголовно-процессуальной деятельности. Более того, они не скрыты различными связями и отношениями, а проявляются четко, как говорится, во всей красе. Особенно рельефно их проявление в судебном разбирательстве, в таких его частях, как судебное следствие и судебные прения. По общему правилу исследование доказательств в судебном следствии начинается с допросов. Именно здесь можно легко уловить различные направления уголовно-процессуальной деятельности, о которых идет речь. Существование их можно объяснить спецификой допросов, в ходе которых стороны проявляют особенную активность из-за заинтересованности в его результате. Активность сторон всегда целенаправленна, т. е. она проявляется

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Указ. соч. Т. 20. С. 88–90.

в рамках определенной направленности. Накал этот объясняется конфликтом интересов сторон. В практике судебный допрос с участием сторон именуется перекрестным допросом.

В нашем уголовном процессе термин «перекрестный» не прижился, возможно вследствие влияния идей К. Маркса, который негативно относился к уголовному процессу буржуазной Англии и в связи с этим подвергал резкой критике перекрестный допрос в английских судах, где, по его мнению, «адвокат бесстыдными, спутывающими вопросами старается сбить свидетеля с толку и извратить его слова»¹. Словно эхом, отозвались на высказывание К. Маркса суждения Г. Н. Агеевой, которая без колебания в своей правоте писала: «Практика свидетельствует о том, что эти допросы настолько изнурительны для свидетелей, они настолько изматывают, что свидетель показывает не то, что он видел или слышал, а что от него добывается наиболее опытная и изощренная в допросах сторона»².

Действительно, Г. Н. Агеева права, что при допросе в силу характера следственного действия можно получить порой такие показания, которых добывается допрашивающий. Весь секрет в том, как допрашивать, а не как именовать допрос. История нашего уголовного процесса щедра на примеры, когда в результате допроса (причем отнюдь не перекрестного) допрашиваемый, оговаривая себя в совершении преступления, брал на себя вину в преступном деянии, которого никогда не совершал. В ответ на суждения Г. Н. Агеевой с учетом свыше 30-летнего опыта работы судьей утверждаем, что подобного могло не случиться, если бы допрос такого лица был действительно перекрестным в рамках закона. Надо заметить, что мы здесь проявили такую заботу о допрашиваемых лицах в качестве свидетелей, поскольку наибольший опыт в перекрестном допросе стороны подается чуть ли не как угроза здоровью допрашиваемого.

Представим, что к Г. Н. Агеевой обратились в порядке консультации с вопросом: «Какого адвоката лучше пригласить для участия в деле – опытного, изощренного в допросах или, наоборот, новичка, который еще ни разу не принимал участия в этом следственном действии?» Думается, ответ очевиден.

Читателю может показаться, что автор отвлекся от темы, но это не так. Отступление сделано с целью оградить перекрестный

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Указ. соч. Т. 23. С. 506.

² Агеева Г. Н. Указ. соч. С. 14.

допрос от необоснованных упреков в его адрес. Во-первых, если согласиться с такой критикой, то в итоге состязательность, в том числе применяемая к тактике допроса, не благо, не гарантия правильного разрешения дела, а совсем наоборот – один из тормозов на пути к установлению правды.

Во-вторых, отрицать целесообразность и подчеркивать вредность перекрестного допроса – то же самое, что утверждать о непригодности для нашего уголовного процесса процессуальных функций, поскольку существование направлений (независимо от того, «отдельные» они или «основные») проявляется в первую очередь в перекрестных допросах.

В-третьих, перекрестный допрос – это не просто соревнование сторон в том, кто получит больше пользы от данного следственного действия, это еще проявление гуманизации процесса, свидетельство широких прав, которыми наделяется обвиняемый и его защитник. В связи с этим представляет интерес высказывание югославского юриста Божидача Крауса о том, что любое решение, если оно направлено на гуманизацию уголовного процесса, дает только положительные результаты и полностью оправдывает себя (в том числе сводит к минимуму число необоснованных обвинений, пусть даже за счет того, что некоторые преступники сумеют избежать уголовной ответственности).

Итак, перекрестный допрос – свидетельство того, что стороны, участвующие в нем, руководствуются принципом состязательности, и каждая из них осуществляет принадлежащую ей функцию.

Согласно уголовно-процессуальному закону при перекрестном допросе сначала вопросы допрашиваемому задает сторона обвинения, а после нее такое право предоставляется стороне защиты¹. В начале мы видим в допросе одну направленность, подчиненную поддержанию обвинения в суде, в вопросах же стороны защиты улавливается противоположная направленность, подчиненная оспариванию обвинения в целом или в какой-то части. В такой ситуации мы сталкиваемся с синдромом «качелей» или «маятника», в чью сторону этот «маятник» качнется с наибольшим диапазоном, зависит от многих факторов.

¹ Это положение блокируется и не действует в тех случаях, когда допрашиваемый свидетель вызван в суд по ходатайству стороны защиты. В таком случае первой задает вопрос сторона защиты (ч. 3 ст. 278 УПК РФ).

В следственных действиях, главным образом в допросах, мы обнаруживаем быстроту сменяющихся намерений, которые приобретают несколько локальный характер, поскольку связаны только с предметом допроса в судебном следствии.

В следующей части судебного разбирательства – судебных прениях¹ – уже отражается сформировавшаяся позиция той или иной стороны. Речь прокурора можно сравнить с волной, которая в виде аргументов обвинения накатывается на подсудимого. В заключительной части этой речи, когда обвинитель просит суд признать подсудимого виновным и определить ему меру наказания, «гребень волны» – направление – достигает своего апогея. Но и с постепенной подачей защитником аргументов «волна обвинительных доводов» начинает опускаться, уменьшаться в размерах и мелеть, и мы наблюдаем обратное направление процессуальной деятельности.

Бесспорно, наличие таких противостоящих друг другу направлений в сфере уголовно-процессуальной деятельности есть красноречивое и неоспоримое свидетельство того, что реализуются процессуальные функции. И все же мнения авторов, рассматривающих функции как направления процессуальной деятельности, нуждаются в серьезной корректировке в строго научном плане.

Ошибка их в том, что за содержанием функции они принимают всего лишь внешний ее признак – направление. Само направление без главных составляющих функции существовать не может, поскольку для его проявления необходима, по крайней мере, какая-то часть уголовно-процессуальной деятельности, которая обязательно осуществляется определенной стороной или судом (судьей). Поэтому говорить о функции как об уголовно-процессуальной деятельности можно тогда, когда она:

а) осуществляется определенными носителями процессуальных функций;

б) характеризуется соответствующим направлением для удовлетворения процессуального интереса, которым обусловлена.

В порядке иллюстрации к сказанному приведем два ответа на вопрос: что такое землетрясение?

¹ Думается, что более правильно именовать эти части не судебными прениями, а прениями сторон, поскольку в прениях участвуют только стороны, суд лишь выслушивает их.

Ответ первый: землетрясение – это колебание земли в виде толчков, сила которых определяется по соответствующей шкале. Ответ второй: землетрясение – это перемещение массивов горных пород вдоль разломов или трещин во внешних слоях земли. В принципе можно сказать, что оба ответа правильны. Но первый ответ далек от существа и основан на сугубо внешних признаках, обусловленных явлением, о содержании которого идет речь. Второй же ответ выражает суть явления. Примерно аналогичная картина сложилась и с формулировкой понятия процессуальных функций.

Если делать акцент на направлении уголовно-процессуальной деятельности, то за его основу берется сугубо внешний признак, в связи с чем понятие несколько размывается, ему не достает конкретности, позволяющей рассматривать функцию как относительно самостоятельное явление. Отчасти подобное положение можно объяснить и тем, что направление деятельности обусловлено таким внутренним свойством процессуальной функции, которое мы называем процессуальным интересом¹.

Функциональный интерес определяет целеустремленность и направленность функций, и поэтому его можно отнести к числу основных, незаменимых атрибутов состязательного начала в сфере уголовно-процессуальной деятельности.

Функциональный интерес – явление сложное. Его можно представить в виде побудительных сил, влияющих на возникновение и развитие процессуальных функций. В свете социального предназначения уголовного судопроизводства он выступает объективной потребностью в любой существующей функции. Функциональный интерес можно понимать и как своеобразный импульс, обуславливающий развитие производства по уголовному делу, и как объективно-необходимое условие для обеспечения конкретной предопределенности каждой функции в отдельности.

¹ Поясню, что термин «процессуальный интерес» употребляется в процессуальной литературе. Суть этого понятия В. М. Савицкий обозначил так: «Процессуальный интерес отражает законное стремление участника процесса добиться такого судебного решения, которое удовлетворяло бы его материально-правовые притязания. Процессуальный интерес во многом совпадает с процессуальной функцией, хотя и не тождествен ей» (*Савицкий В. М. Государственное обвинение в суде. С. 96–97*).

Вступать в полемику с В. М. Савицким по этому поводу нет смысла, поскольку это его внедрение, безусловно, содержит рациональное зерно, в связи с чем имеет право на жизнь. Несколько позже этот термин применил Р. Д. Рахунов, который писал: «Каждая процессуальная функция определяется процессуальным интересом» (*Рахунов Р. Д. Независимость судей в советском уголовном процессе. С. 61*).

Можно сказать, что в основе функционального интереса лежит само назначение уголовного судопроизводства, и в связи с этим через него реализуются связи уголовного процесса с уголовным правом. Функциональный интерес многоаспектен, однако суть его заключается в следующем.

В основе функционального интереса пребывает социальная роль уголовного судопроизводства. *Он подчеркивает правовое предназначение существующих функций в сфере реализации состязательного начала.*

Функциональный интерес подразделяется на общеспециальный и предметно-специальный. Деление это связано с тем, что последний указывает на правовое предназначение функций вообще, вне зависимости от конкретных обстоятельств уголовного дела (в этих случаях речь идет об общеспециальном функциональном интересе), и уже в процессе производства по конкретному уголовному делу (предметно-специальный интерес).

Суть общеспециального интереса заключена уже в названии процессуальной функции. Например, общеспециальный интерес функции уголовного преследования (обвинения) обусловлен обнаружением лица, совершившего преступное деяние, и изобличением его в этом преступлении. Как видим, здесь речь идет не о конкретном деянии, а о деянии вообще. В данном случае не может быть и речи о конкретном виновном лице.

Функция защиты в общесоциальном плане также лишена конкретики, и интерес ее сводится к противостоянию обвинению (подозрению). В связи с изложенным возникает вопрос: существует ли у судебной функции свой функциональный интерес?

Ответ на этот вопрос позволит решить проблему обязательно процессуального интереса для всех без исключения функций (противоборствующих функций уголовного преследования и защиты). Конечно, решение названной проблемы настолько важно, насколько трудно. В связи с этим пришлось обратиться к законодательческой деятельности многих зарубежных стран, в первую очередь ближнего зарубежья, где еще сохранились тенденции к некоторой согласованности с нашим уголовно-процессуальным правом. Привлекла внимание ст. 23 УПК Республики Казахстан, в п. 5 которой говорится следующее: «Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или защиты

и не выражает каких бы то ни было интересов, помимо *интересов права*» (выделено мной. – В. Б.). Согласно данной статье у суда есть свой функциональный интерес, существенным образом отличающийся от функциональных интересов сторон нейтральностью, он именуется интересом права.

Обладая методологическим свойством, это положение дает ключ к пониманию источников, лежащих в основе предоставленных законом полномочий председательствующему по руководству судебным заседанием.

В предыдущем разделе подчеркивалось, что процессуальная функция, как и уголовно-процессуальная деятельность, управляема, и управляется она ее носителями. Управление судебной функцией осуществляется через полномочия председательствующего, которые носят распорядительный характер. Именно в основе распорядительного руководства лежит функциональный интерес, который совершенно справедливо в УПК Республики Казахстан именуют интересом права. Интерес права в общеспециальном значении сводится к заботе о правильной реализации норм уголовного закона в отношении подсудимого, причем обязательно в условиях высокой общей и профессиональной культуры судебного разбирательства с соблюдением требований судебной этики и пониманием процессуальных интересов сторон.

Общеспециальный функциональный интерес играет немаловажную роль в законотворческой и процессуальной деятельности. Во-первых, им в законодательном порядке определяется процессуальный статус носителя функции с принадлежащим ему объемом процессуальных прав и обязанностей. Во-вторых, функциональный интерес играет роль ориентира в определении законности или незаконности отстаиваемых сторонами частных интересов¹, которые могут быть проявлены в различного рода ходатайствах (например, потерпевшего и гражданского истца, выступающих в качестве стороны обвинения, или обвиняемого, его защитника, подозреваемого, гражданского ответчика, являющихся носителями функции защиты).

Согласно уголовно-процессуальному закону обвиняемый вправе защищать только свои законные интересы. Естественно, и защитник

¹ Подробно о законных интересах участников уголовного процесса см.: Куцова Э. Ф. Гарантии прав личности в советском уголовном процессе (предмет, цель, содержание). М., 1973. С. 50–104.

призван защищать не всякие, а только законные интересы обвиняемого, а таковыми они могут быть в случае, если вытекают из общеспециального интереса функции защиты.

В связи с этим хотелось бы обратить внимание на некоторые доводы, фигурирующие в юридической литературе, якобы свидетельствующие о значительном влиянии адвокатов на полноту и всесторонность исследования обстоятельств дела.

Например, А. Д. Бойков, подчеркивая значимость ходатайств для всесторонней, полной и объективной проверки обстоятельств дела, относит к их числу следующие:

- а) об изменении меры пресечения;
- б) о вызове дополнительных свидетелей;
- в) об истребовании документов;
- г) о назначении экспертизы и др.¹

То, что характер таких ходатайств прямо связан с заботой о всестороннем, полном и объективном исследовании всех обстоятельств уголовного дела, не вызывает никаких возражений. Вместе с тем без детализации и объяснения этих ходатайств нельзя дать однозначный ответ на вопрос: законны или незаконны интересы защитника в данном случае? Если защитник заявил ходатайство, допустим, об истребовании документов, которые, с одной стороны, действительно могут пролить свет на юридически значимые обстоятельства совершения преступления, а с другой – явно направлены на усиление обвинения, отягчение положения обвиняемого (подсудимого), то проявленный интерес к углублению исследования за счет таких негативных для функций защиты последствий нельзя признать законным. Этот интерес для защитника является незаконным, поскольку не вытекает из общеспециального интереса функций защиты.

Представляется, что общеспециальный интерес – это функциональный интерес, находящийся в статистическом состоянии, и именно это состояние позволяет ему осуществить важную роль, на которой мы останавливались. Общеспециальный интерес благодаря статистическому состоянию выступает своеобразным фоном, на котором происходит развитие предметно-специального интереса.

¹ См.: Бойков А. Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. М., 1978. С. 137–138.

Предметно-специальный интерес – это интерес, связанный с осуществлением конкретной функции. В отличие от общеспециального он находится в состоянии динамики, поскольку лежит в основе реализации функции в связи с производством по уголовному делу, и поэтому проявляется во всем многообразии. Предметно-специальный интерес функции уголовного преследования сводится к установлению и изобличению конкретного лица, совершившего конкретное преступное деяние. Защита направлена в данном случае на противостояние с конкретным обвинением, которое оспаривается целиком или в части. Что же касается судебной функции, то она связана с реализацией определенной статьи УК.

Поскольку процессуальная функция есть система процессуальных действий, осуществляемых строго установленными носителями функции (сторонами и судом), то вполне естественно, что функция обладает теми же характеристиками, которые свойственны уголовно-процессуальной деятельности в целом. Вместе с тем им присущи свойства, позволяющие рассматривать функции:

а) в неразрывном единстве с другими явлениями процессуального характера;

б) как единство одноплановых компонентов уголовно-процессуальной деятельности, обладающих некой автономией;

в) как отдельные необходимые атрибуты уголовного судопроизводства со своей специфической ролью и отличительными друг от друга характерными чертами.

Отсюда следует, что проблема свойств процессуальных функций должна занимать если не центральное, то, во всяком случае, одно из центральных мест в теории функций уголовного судопроизводства, о чем будет сказано в следующем разделе.

Раздел 6. СВОЙСТВА (ОБЩИЕ УСЛОВИЯ) УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ

Анализ уголовно-процессуальной деятельности позволяет утверждать, что она организована так, что ее свойства образуют сложную, можно подчеркнуть, эшелонированную систему, в которой проявления свойств более высокого порядка играют роль свойств, но явлений, находящихся на порядок ниже и т. д.

Для пояснения сказанного обратимся к схемам, каждая из которых отражает определенный порядок в существующей системе.

Схема 1

Основные свойства уголовно-процессуальной деятельности



Схема 2

Основные черты (свойства) состязательного начала

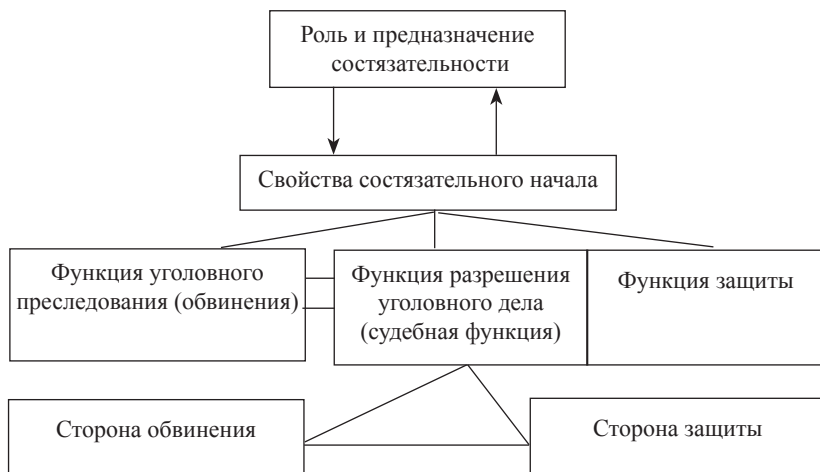
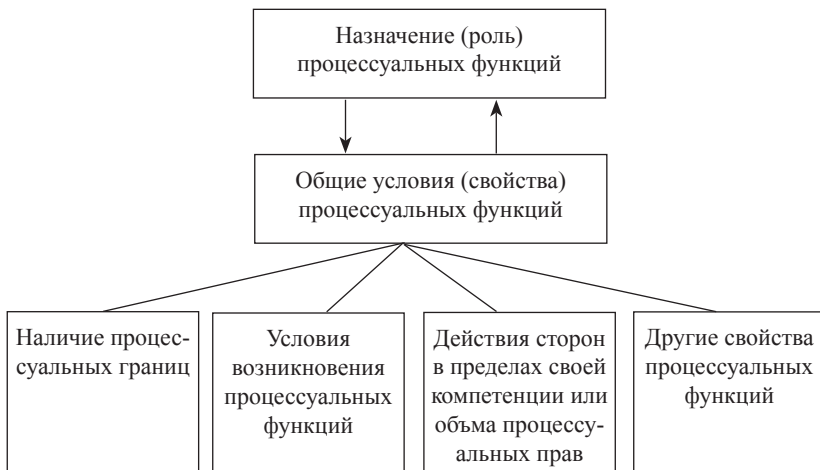


Схема 3

Общие условия процессуальных функций



Термин «общие условия» используется в уголовно-процессуальном законе и теории уголовного судопроизводства применительно к процессуальным стадиям, поэтому явление, обозначенное данным термином, находится в центре внимания ряда ученых-процессуалистов. Бесспорно, существование любой процессуальной стадии в первую очередь обусловлено ее назначением, конкретными задачами, стоящими перед ней. Для того чтобы процессуальная роль стадии обеспечивалась в полной мере, необходимы общие правила ее реализации, которые бы играли роль процессуальных гарантий правильного решения этих задач. Однако роль общих условий этим не исчерпывается. Они, с одной стороны, благополучно влияют на единство уголовно-процессуальной деятельности, а с другой – характеризуют процессуальную стадию как обособленный, относительно самостоятельный этап данной деятельности¹. Существуют правила, вытекающие из соответствующих норм уголовно-процессуального закона, которые играют точно такую же роль, но только не в отношении стадий, а в отношении процессуальных функций.

Наличие этого факта объясняется тем, что функции и стадии обладают рядом общих черт. Например, как стадии, так и функции представляют собой часть уголовно-процессуальной деятельности. В таком утверждении, конечно же, есть риск навлечь на себя критику и получить в свой адрес обвинение в неправильном понимании существа процессуальной стадии. Давно, более 40 лет назад,

¹ Следует заметить, что совокупность правил указанного уровня для предварительного расследования и судебного разбирательства получила наименование «общих условий», а для стадий процессуального производства вообще – «основных черт». Технологические различия в обозначении рассматриваемых правил не влияют ни их суть, потому что роль их одна и та же, а именно:

- а) определять пути решения стоящих перед стадиями задач;
- б) проводить в жизнь основные начала уголовного судопроизводства в рамках существующих стадий;
- в) фиксировать процессуальные границы стадий;
- г) играть роль ориентиров законности и обоснованности принимаемых в пределах стадии решений;
- д) определять контуры правового статуса всех участвующих в деле лиц.

Иначе говоря, все без исключения стадии уголовного судопроизводства характеризуются так называемыми общими условиями. Такого же мнения придерживался известный ученый-процессуалист В. М. Кобяков, который в свое время доказывал наличие общих условий стадии возбуждения уголовного дела и дал им соответствующую характеристику (*Кобяков В. М. К вопросу об общих условиях стадии возбуждения уголовного дела // Актуальные проблемы советского уголовного процесса: межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1987. С. 90–95*).

Р. Д. Рахунов высказал предположение, что процессуальная функция является частью уголовно-процессуальной деятельности¹. Однако у этой точки зрения не оказалось сторонников. Более того, ученый получил хороший заряд критики, так как, по мнению большинства ученых, Р. Д. Рахунов искусственно нивелировал грань между функциями и стадиями. Одним из таких критиков был В. М. Савицкий, который утверждал: «Часть – это преимущественно количественная мера (ср. в логике: „часть меньше целого“). Наименование „часть“ применимо скорее к стадиям уголовного процесса, но не к функциям, пронизывающим всю уголовно-процессуальную деятельность»². Претензии В. М. Савицкого можно было бы признать бесспорно справедливыми, но, конечно, при условии, что процессуальные функции действительно пронизывают всю без исключения процессуальную деятельность. Правоту ученого мог бы подтвердить аргументационный материал, на котором он основал это мнение. Однако в данном случае В. М. Савицкий не счел нужным представить такой научный материал. Обоснование этой точки зрения мы встречаем у других авторов. В частности, с некоторыми доводами о пронизывании функциями всей уголовно-процессуальной деятельности можно ознакомиться в исследовании Ю. И. Стецовского.

Например, полемизируя с Я. О. Мотовиловкером, отрицающим наличие обвинения в стадии, которая ранее именовалась «стадией предания суду», Ю. И. Стецовский писал: «Обвинение – движущая сила уголовного процесса. Именно обвинение, а не что-либо другое влечет необходимость решения ряда вопросов в стадии предания суду»³. Считая ошибочным мнение ряда авторов об отсутствии функции обвинения и защиты в стадии пересмотра дел в порядке надзора, он приводит следующий довод: «Что же это за уголовное судопроизводство, в котором отсутствует его движущая сила – обвинение?»⁴

Итак, мнение о наличии функции в первой судебной стадии и надзорном производстве автор аргументирует повторением высказанной еще в 1951 г. М. С. Строговичем позиции, согласно которой

¹ Рахунов Р. Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. С. 37.

² Савицкий В. М. Государственное обвинение в суде. С. 41.

³ Стецовский Ю. И., Ларин А. М. Указ. соч. С. 217.

⁴ Там же. С. 220.

обвинение – движущая сила Уголовного кодекса¹. Повторить этот довод как доказательство существования функций в стадии исполнения приговора автор почему-то отказывается и для этой цели использует другой аргумент: «Осужденный – одно из наименований обвиняемого»². Следовательно, в этой стадии он пользуется всеми правами, которые предоставлены обвиняемому. Логика здесь, мягко говоря, странная. Если следовать ей, то оправданного можно считать обвиняемым, поскольку в законе говорится, что обвиняемый именуется оправданным, если в отношении его вынесен оправдательный приговор. По мнению Ю. И. Стецовского, функции существуют во всех процессуальных стадиях, где присутствует обвиняемый (подсудимый, осужденный), и не может уголовно-процессуальная деятельность развиваться без обвинения, ибо в таком случае она лишается некой движущей силы.

Анализ свойств процессуальных функций можно было бы продолжить, однако с учетом того, что настоящая работа позиционируется как основы теории процессуальных функций, считаем целесообразным ограничиться изложенным.

ВМЕСТО ЗАКЛЮЧЕНИЯ

Прочитав настоящую работу, кто-то поспешит взяться за перо, чтобы по горячим следам выплеснуть свое видение проблемы, а кто-то, одоббив инициативу автора, протянет руку и предложит сотрудничество в том же направлении, а именно в создании особенной части теории уголовно-процессуальных функций.

И тем, и другим автор выражает благодарность, поскольку в обоих случаях усилия ученых будут способствовать обогащению учения о процессуальных функциях, а следовательно, совершенствованию российского уголовного процесса.

¹ *Строгович М. С.* Уголовное преследование в советском уголовном процессе. С. 16.

² См.: *Стецовский Ю. И., Ларин А. М.* Указ. соч. С. 217.

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	3
Раздел 1. Теория уголовно-процессуальных функций: истоки, судьба и значимость	4
Раздел 2. Проблемы теории уголовно-процессуальных функций	16
Раздел 3. Методологические проблемы теории процессуальных функций	43
Раздел 4. Понятие и основные характеристики процессуальных функций	70
Раздел 5. Функциональный интерес	81
Раздел 6. Свойства (общие условия) уголовно-процессуальных функций	90
Вместо заключения	94

Научное издание

БОЗРОВ Владимир Маирович

**ОСНОВЫ ТЕОРИИ
УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ФУНКЦИЙ
Общая часть**

Монография

Корректор *И. П. Тимофеева*
Компьютерная верстка *М. Ю. Зайкова*

Подписано в печать 21.09.12. Формат 60×84/16.
Бумага писчая. Печать офсетная.
Усл. печ. л. 5,58. Уч.-изд. л. 6,23.
Тираж 200 экз. Заказ № 2283

Уральская государственная юридическая академия.
620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21

Отпечатано в типографии ИПЦ УрФУ
620000, Екатеринбург, ул. Тургенева, 4
Тел.: + 7 (343) 350-90-13, 350-56-64
Факс: + 7 (343) 358-93-06
E-mail: press.info@usu.ru