Овчинникова Наталья Олеговна. Пробелы в уголовно-процессуальном праве и способы их устранения и преодоленияво: диссертация ... кандидата Юридических наук: 12.00.09 / Овчинникова Наталья Олеговна;[Место защиты: ФГБОУ ВО Саратовская государственная юридическая академия], 2017.- 255 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Сущность и виды пробелов в уголовно-процессуальном праве 20**

1. Понятие и признаки пробела в праве 20

2. Пробелы в уголовно-процессуальном праве: причины возникновения, способы установления и классификация 38

3. Пробелы в регламентации правового статуса участников процесса и порядка уголовно-процессуальных производств, влияющие на реализацию принципов уголовного судопроизводства 64

**Глава 2. Способы устранения и преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве .109**

1. Нормотворчество как способ устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве .109

2. Толкование уголовно-процессуального закона как способ преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве .131

3. Аналогия как способ преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве .154

Заключение .180

Список используемых источников .189

* [Пробелы в уголовно-процессуальном праве: причины возникновения, способы установления и классификация](http://www.dslib.net/kriminal-process/probely-v-ugolovno-processualnom-prave-i-sposoby-ih-ustranenija-i-preodolenija.html#7678431)
* [Пробелы в регламентации правового статуса участников процесса и порядка уголовно-процессуальных производств, влияющие на реализацию принципов уголовного судопроизводства](http://www.dslib.net/kriminal-process/probely-v-ugolovno-processualnom-prave-i-sposoby-ih-ustranenija-i-preodolenija.html#7678432)
* [Нормотворчество как способ устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве](http://www.dslib.net/kriminal-process/probely-v-ugolovno-processualnom-prave-i-sposoby-ih-ustranenija-i-preodolenija.html#7678433)
* [Толкование уголовно-процессуального закона как способ преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве](http://www.dslib.net/kriminal-process/probely-v-ugolovno-processualnom-prave-i-sposoby-ih-ustranenija-i-preodolenija.html#7678434)

**Введение к работе**

**Актуальность темы исследования.** Наличие пробелов в уголовно-процессуальном праве это естественное и неизбежное явление, которое само по себе не имеет негативной окраски. Однако его последствия, значительно осложняющие правоприменительный процесс, необходимо устранять или хотя бы минимизировать. В Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (далее – УПК РФ) за 15 лет его действия были внесены сотни изменений и дополнений, связанных как с исправлением ранее допущенных законотворческих ошибок, так и с приведением закона в соответствие с меняющимися российскими общественно-экономическими реалиями. К настоящему моменту принято 211 федеральных законов, внесших изменения в текст УПК РФ. За период с 2001 г. по настоящее время уголовно-процессуальный закон существовал в 153 редакциях.

Указанные обстоятельства свидетельствуют об актуализации вопросов,  
связанных с пробельностью уголовно-процессуального права и об активных  
усилиях нормотворческих органов, направленных на ее устранение. Однако  
нередко торопливость законодателя, частота и бессистемность изменений,  
вносимых в УПК РФ, только усугубляют обозначенную проблему. В связи с  
этим в апреле 2016 г. в ходе парламентских слушаний на тему: «Уголовно-  
процессуальное законодательство Российской Федерации: состояние и  
перспективы» Комитет Совета Федерации по конституционному

законодательству и государственному строительству предложил вносить изменения в УПК РФ не чаще одного раза в год и приступил к разработке соответствующего законопроекта, предусматривающего особый порядок внесения изменений в Кодекс1. В частности, предлагается вносить поправки в УПК РФ исключительно путем принятия отдельного закона и установить

1 См.: Изменения в УПК предлагается вносить не чаще одного раза в год [Электронный ресурс] // Информационно-правовой портал «Гарант». Новости. URL: (дата обращения: 02.09.2016).

для всех изменений единую дату их вступления в силу.

Пробельность уголовно-процессуального закона неизбежно приводит к  
ошибкам в правоприменении, к ущемлению прав и свобод граждан, а также  
интересов общества и государства. Наличие пробелов в уголовно-  
процессуальном законодательстве – это свидетельство неполноты и  
неточности юридической регламентации, что недопустимо в такой строго  
формализованной отрасли российского права, как уголовно-процессуальное  
право. Неточность законодательных формулировок порождает произвольную  
трактовку норм уголовно-процессуального права и, как следствие,  
нарушение законности при производстве по уголовному делу. Озабоченность  
таким положением выразил Конституционный Суд Российской Федерации,  
который в постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П отметил: «Из  
принципов правового государства, равенства и справедливости (статьи 1, 18  
и 19 Конституции Российской Федерации) вытекает обращенное к  
законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности  
правовых норм и их согласованности в системе действующего правового  
регулирования. Противоречащие друг другу правовые нормы порождают и  
противоречивую правоприменительную практику, возможность

произвольного их применения, ослабляют гарантии государственной защиты конституционных прав и свобод»1.

Тем самым важнейшим направлением совершенствования уголовно-процессуального закона является сведение к минимуму пробелов, имеющихся в нем.

Право в целом должно быть в известной степени динамичной, саморегулирующейся системой и содержать такие внутренние механизмы, которые давали бы возможность нивелировать при его применении просчеты

1 Постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // СЗ РФ. 2004. № 27, ст. 2804.

законодателя, обеспечить действие юридических норм в соответствии с требованиями развивающихся общественных отношений. Поэтому так важно разработать и легализовать правила преодоления пробелов в праве в целом и в уголовно-процессуальном законодательстве в частности. Столь же важным и значимым является исследование проблем, связанных с нормотворчеством, как единственным способом устранения пробелов в праве, разработкой критериев эффективности нормотворческого процесса, направленного на устранение пробелов в уголовно-процессуальном законе.

Все эти обстоятельства делают комплексное исследование вопросов о сущности и правовой природе пробелов в уголовно-процессуальном законе, причинах их возникновения и способах обнаружения и, главное, о разработке эффективных инструментов их устранения и преодоления остро актуальным, имеющим важное теоретическое и практическое значение.

**Степень научной разработанности темы исследования.** Вопросы,  
связанные с сущностью и причинами пробелов, способами их преодоления,  
неоднократно рассматривались в работах ученых – представителей общей  
теории права, а также в работах авторов, занимающихся исследованием  
данной проблематики применительно к отдельным отраслям советского и  
российского права: В.И. Акимова, С.С. Алексеева, М.Т. Аширбековой,  
О.Я. Баева, М.О. Баева, Г.Я. Борисовича, В.П. Божьева, А.Р. Белкина,  
Е.В. Васьковского, А.Б. Венгерова, О.В. Гладышевой, В.М. Галкина,

Ю.М. Грошевого, В.Г. Даева, И.С. Дикарева, B.К. Забигайло,

А.В. Завадского, Л.В. Ильиной, М.А. Кауфмана, Э.Ш. Кемулария,

О.Ю. Климцевой, В.М. Корельского, Н.М. Коркунова, Л.Л. Кругликова,  
В.Н. Кудрявцева, В.В. Лазарева, Р.З. Лившиц, В.Н. Лихачева, Н.С. Мановой,  
И.В. Михайловского, П.Е. Недбайло, В.Д. Перевалова, И.Л. Петрухина,  
А.С. Пиголкина, К.П. Победоносцева, Н.Н. Полянского, В.А. Похмелкина,  
Р.Д. Рахунова, Д.Н. Рябовой, В.М. Савицкого, В.А. Семенцова,

М.С. Строговича, В.М. Сырых, Н.С. Таганцева, Ю.А. Тихомирова,

Д.А. Туманова, В.Я. Чеканова, М.П. Чубинского, Ф.Р. Уранского,

В.В. Фидарова, В.М. Хвостова, Ю.С. Черепенниковой, Г.Ф. Шершеневича, П.С. Элькинд, Л.С. Явича и др.

В доктрине современного уголовного процесса исследованием пробелов и способов их выявления и устранения в различном контексте занимались В.О. Белоносов, К.В. Пронин, Д.Ю. Сильченко, В.В. Тихомирова, Ю.В. Францифоров. В 2012 году была защищена кандидатская диссертация С.Н. Подлесных «Пробелы в уголовно-процессуальном праве».

Представления всех упомянутых авторов о сущности и причинах пробелов в праве (законе) вызывают несомненный теоретический интерес. Однако даже при таком пристальном внимании к указанным вопросам они, по нашему мнению, раскрыты не в полной мере, не создано целостного, комплексного исследования о способах преодоления и устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве. В частности, существующие ныне теоретические подходы к осмыслению причин появления пробелов в уголовно-процессуальном законодательстве слабо связаны с практическими потребностями их преодоления.

Все изложенное обусловило выбор темы диссертации и направлений ее исследования, позволило разработать рекомендации, с помощью которых на законодательном и правоприменительном уровне возможно устранить или преодолеть существующие в УПК РФ пробелы и минимизировать появление новых.

**Объект и предмет исследования.** Объектом диссертационного исследования являются правоотношения, складывающиеся в процессе осуществления уголовно-процессуальной деятельности, регламентированные неполно или неопределенно, либо отношения, не регламентированные в действующем законодательстве, но нуждающиеся в регламентации в нормах УПК РФ.

Предметом исследования выступают пробельные нормы уголовно-  
процессуального права, регламентирующие порядок уголовного  
судопроизводства, практика реализации данных норм в ходе судебного и

досудебного производства, а также деятельность компетентных

государственных органов по выявлению, преодолению и устранению пробелов уголовно-процессуального права.

**Цель и задачи исследования.** Цель диссертационного исследования заключается в формировании концептуального представления о сущности и правовой природе пробелов в уголовно-процессуальном праве, их классификации, причинах образования и способах устранения и преодоления, а также в выработке рекомендаций, с помощью которых на законодательном и правоприменительном уровне возможно минимизировать появление новых пробелов и устранить или преодолеть уже существующие.

Достижение указанной цели исследования обусловило необходимость решения следующих задач:

– исследовать концепции правопонимания под углом зрения пробельности и беспробельности права;

– на основе анализа общетеоретического понятийного аппарата сформулировать авторскую дефиницию категории «пробел в уголовно-процессуальном праве» и раскрыть его юридическую природу;

– разработать классификацию пробелов в уголовно-процессуальном праве;

– выявить причины возникновения пробелов в уголовно-

процессуальном праве и разработать механизм их устранения (удаления);

– определить наиболее эффективные способы обнаружения и профилактики возникновения пробелов в уголовно-процессуальном праве;

– выявить оптимальные способы устранения и преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве;

– раскрыть сущность нормотворчества как способа устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве;

– показать роль толкования и аналогии в преодолении пробелов уголовно-процессуального закона;

– сформулировать предложения по совершенствованию уголовно-

процессуального законодательства и правоприменительной деятельности в целях устранения пробелов действующего уголовно-процессуального законодательства.

**Научная новизна исследования** определяется подходом автора к  
освещению темы: по единому концептуальному замыслу возникновение,  
обнаружение, выявление причин появления пробелов, устранение,  
восполнение и профилактика возникновения новых пробелов

рассматриваются как единый процесс решения проблемы пробельности в уголовно-процессуальном праве.

С этих позиций дана новая интерпретация ряда теоретических  
положений и выводов о сущности и правовой природе пробелов в уголовно-  
процессуальном праве и причинах их возникновения, о соотношении  
понятий «аналогия закона» и «аналогия права» в уголовном

судопроизводстве; предложен авторский механизм устранения (удаления) пробельности норм уголовно-процессуального законодательства.

В диссертации впервые выделены признаки пробела в уголовно-  
процессуальном праве и сформулировано его авторское определение;  
разработана новая классификация пробелов в рассматриваемой отрасли  
права; в научный оборот введено понятие «профилактика возникновения  
пробелов» и предложены способы профилактики возникновения пробелов в  
уголовно-процессуальном праве; на основе анализа наиболее существенных  
пробелов в регламентации правового статуса участников процесса и порядка  
уголовно-процессуальных производств разработаны предложения по  
совершенствованию уголовно-процессуального законодательства и

правоприменительной деятельности; разработаны оригинальные критерии действенности (эффективности) нормотворческого процесса; раскрыта роль нормотворческой и толковательной деятельности Конституционного Суда Российской Федерации в устранении и преодолении пробелов в уголовно-процессуальном праве.

Научная новизна диссертационного исследования отражается в

следующих **основных положениях, выносимых на защиту:**

**1.** Строгое разграничение понятий «пробел в уголовно-процессуальном  
праве» и «пробел в уголовно-процессуальном законе» в контексте проблем  
пробельности не имеет значения. Пробел в уголовно-процессуальном праве  
представляет собой полное или частичное отсутствие нормативных  
предписаний, регламентирующих деятельность участников уголовного  
судопроизводства, либо недостаточную определнность формулировок  
уголовно-процессуальных норм, не позволяющую однозначно толковать их  
содержание и единообразно применять при производстве по уголовным  
делам.

Наличие в теории права понятия «квалифицированное молчание законодателя» не имеет юридической перспективы, так как его невозможно отграничить от пробела в праве.

**2**. Пробелы в уголовно-процессуальном праве характеризуются  
следующими признаками:

- полное или частичное отсутствие нормы уголовно-процессуального  
права либо ее неопределенность (неточное изложение воли законодателя, что  
влечет искажение процессуального статуса участников уголовного  
судопроизводства и пробелы в регламентации уголовно-процессуальных  
производств);

- объективная необходимость наличия отсутствующей нормы  
уголовно-процессуального права (трансформация существующих или  
возникновение новых отношений, требующих уголовно-процессуального  
регулирования).

**3.** Причинами возникновения пробелов в уголовно-процессуальном  
праве являются: отставание развития законодательства от появления новых  
общественных отношений либо от существенной трансформации уже  
имеющихся отношений; несовершенство законодательной техники; внесение  
в уголовно-процессуальное законодательство изменений и дополнений без  
проведения научной экспертизы соответствующих законов и оценки

возможных рисков при их практическом применении.

Указанные причины возникновения пробелов во многом являются общими для всех отраслей российского права; их специфика зависит от конкретных особенностей отдельной отрасли, то есть тех общественных отношений, которые та или иная отрасль права регламентирует, направлений и темпов их развития. В сфере уголовного судопроизводства действие указанных причин появления пробелов осложняется необходимостью четкой регламентации порядка данного вида государственной деятельности, ее строгой формализованностью.

**4.** Пробелы в уголовно-процессуальном праве могут быть

классифицированы применительно к регламентации правового статуса  
участников уголовного судопроизводства и порядка уголовно-

процессуальных производств.

Пробелы в регламентации правового статуса участников уголовного судопроизводства, в свою очередь, можно дифференцировать на следующие группы:

– пробелы в регламентации правового статуса властных участников процесса;

– пробелы в регламентации правового статуса заинтересованных участников процесса;

– пробелы в регламентации правового статуса иных участников и лиц, которые участвуют в осуществлении уголовно-процессуальной деятельности, но не включены в законодательную классификацию участников процесса (помощник прокурора; помощник судьи; секретарь судебного заседания; лицо, в отношении которого ведется производство о применении принудительных мер медицинского характера).

Пробелы в регламентации порядка уголовно-процессуальных

производств также могут быть подразделены на:

– пробелы в регламентации общего порядка досудебного и судебного производства;

– пробелы в регламентации порядка дифференцированных досудебных производств (досудебное соглашение о сотрудничестве, производство дознания в сокращенной форме и др.);

– пробелы в регламентации порядка дифференцированных судебных производств (производство у мирового судьи, особый порядок судебного разбирательства, производство в суде с участием присяжных заседателей);

– пробелы в регламентации порядка производства по отдельным категориям дел.

Указанные основания классификации пробелов уголовно-

процессуального закона взаимозависимы, и установление, устранение,  
преодоление пробелов одной группы способны устранить или

минимизировать пробелы иных групп.

Пробелы в уголовно-процессуальном праве также могут быть классифицированы в зависимости от степени (полноты) урегулированности общественных отношений, входящих в данную сферу правового регулирования, и в зависимости от наличия альтернативы в выборе способа устранения или преодоления пробела.

В зависимости от степени урегулированности общественных отношений, входящих в сферу уголовно-процессуального регулирования, пробелы могут быть подразделены на следующие группы:

- сплошные (полное отсутствие нормативного регулирования, т.е.  
отсутствие нормы);

- сегментарные (частичное нормативное регулирование, т.е. неполнота  
нормы);

- полисемичные (неясность нормативного регулирования, т.е.  
неопределенность нормы, позволяющая неоднозначно толковать ее  
содержание).

В зависимости от наличия альтернативы в выборе способа устранения или способа преодоления пробелы могут быть подразделены на:

- альтернативные (пробел возможно устранить путем нормотворчества

или преодолеть путем толкования или аналогии);

- безальтернативные (пробел может быть только устранен путем нормотворчества).

**5.** Механизм устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве включает в себя следующие элементы (этапы): выявление (обнаружение) пробелов, их устранение или преодоление и профилактика возникновения. На каждом из данных этапов предполагается использование определенных средств и способов деятельности по устранению пробельности права.

Выявление пробелов осуществляется в ходе научно-исследовательской  
(диссертационные и монографические исследования, иные научные труды,  
научные экспертизы законопроектов и т.п.) и правоприменительной  
(производство по уголовным делам, обобщение и систематизация  
следственно-судебной практики, мониторинг применения законов,

реализация права законодательной инициативы и т.п.) деятельности.

Устранение пробелов возможно только нормотворческим путем с соблюдением критериев действенности (справедливости) нормотворческого процесса (законность; морально-этический критерий; эффективность нормотворческого результата; научная обоснованность и профессионализм; точность законодательных формулировок; цельность; системообразующий критерий).

Преодоление пробелов достигается путем толкования закона, применения аналогии закона и аналогии права. Преодоленный в каждом конкретном случае пробел в конечном итоге должен быть устранен законодателем с учетом конкретных способов, приемов преодоления, используемых правоприменителем.

Способы профилактики возникновения пробелов – это создание научно-  
исследовательских центров для изучения следственно-судебной практики,  
проведения опросов практических работников, их обобщения и публикации  
таких результатов на специальных сайтах в сети «Интернет»; разработка  
обучающих программ о правилах нормотворческой деятельности;

проведение тендеров среди ведущих юридических вузов по экспертно-консультативной оценке законопроектов и постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации, содержащих толкование уголовно-процессуальных норм.

Профилактика возникновения пробелов в уголовно-процессуальном праве должна осуществляться параллельно (одновременно) с устранением или преодолением пробелов.

**6.** На современном этапе значимая роль в устранении пробелов в  
уголовно-процессуальном праве принадлежит нормотворческой  
деятельности Конституционного Суда Российской Федерации, который  
одновременно дает и толковательные разъяснения УПК РФ, способствуя  
преодолению существующих в нем пробелов.

О судебном нормотворчестве в деятельности Конституционного Суда  
Российской Федерации можно говорить в случаях, когда он признат норму  
уголовно-процессуального права полностью не соответствующей

Конституции России. Хотя в результате признания нормы таковой образуется пробел в правовом регулировании, Конституционный Суд сразу же устраняет его посредством создания конституционной судебной нормы, имеющей ограниченный период действия (до установления законодателем нового правового регулирования).

**7.** В преодолении пробелов уголовно-процессуального права  
определяющее значение имеет официальное толкование его норм  
Конституционным и Верховным судами Российской Федерации. До момента  
официального истолкования нормы уголовно-процессуального права  
критериев правильности ее интерпретации не существует. Толковательные  
разъяснения положений УПК РФ, даваемые в актах Конституционного Суда  
Российской Федерации и Пленума Верховного Суда Российской Федерации,  
должны быть обязательными не только для правоприменителя, но и с  
необходимостью учитываться законодателем при внесении изменений и  
дополнений в уголовно-процессуальный закон.

**8.** Преодоление пробелов в уголовно-процессуальном праве допустимо  
путем применения аналогии закона и аналогии права.

Условиями (пределами допустимости) применения аналогии в уголовно-процессуальном праве (законе) являются: наличие действительного пробела в системе норм, регулирующих уголовно-процессуальные отношения; применение аналогии надлежащим субъектом; ориентация на сходные правоотношения, урегулированные нормами УПК РФ; строгое соблюдение принципов уголовного судопроизводства; недопущение ограничения или ущемления прав и интересов граждан, участвующих в уголовном судопроизводстве.

Условия применения аналогии закона и аналогии права в уголовном судопроизводстве можно изложить как критерии пределов допустимости применения института аналогии в уголовном судопроизводстве – субъектный, предметный, объектный критерии.

Субъектами, правомочными на применение аналогии, должны быть признаны суд, прокурор и органы предварительного расследования.

**9.** В целях устранения наиболее существенных пробелов врегламентации правового статуса участников процесса и порядка уголовно-процессуальных производств необходимо внести ряд изменений и  
дополнений в УПК РФ. В частности:

уточнить положения п. 45 ст. 5; внести изменения в нормы, определяющие роль суда в состязательном уголовном судопроизводстве (ст. 86, ст. 87, ч. 1 ст. 237, ст. 283), в нормы, регламентирующие процессуальное положение прокурора (ч. 6 ст. 37) и его взаимоотношения с другими властными участниками процесса (ч. 1.1. ст. 148), в нормы, регламентирующие процессуальное положение потерпевшего (ст. 42, ч. 1 ст. 131), переводчика (ст. 59; ч. 2 ст. 61; ч. 2 ст. 69); ст. 5 дополнить нормами о секретаре судебного заседания и помощнике судьи; гл. 8 дополнить ст. 60.1 «Помощник судьи. Секретарь судебного заседания»; уточнить нормы, регламентирующие порядок производства сокращенного дознания (ч. 1

ст. 226.2 дополнить п. 6.1), порядок заключения досудебного соглашения о  
сотрудничестве (ст. 317.2), порядок производства в суде кассационной  
инстанции (п. 3 ч. 1 ст. 401.5); уточнить и дополнить нормы,  
регламентирующие возобновление производства по делу ввиду новых или  
вновь открывшихся обстоятельств, производство по применению

принудительных мер медицинского характера.

В целях легализации способов преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве гл. 1 УПК РФ необходимо дополнить нормой «Применение уголовно-процессуального законодательства по аналогии» следующего содержания: «При наличии спорного отношения, которое не урегулировано конкретной нормой уголовно-процессуального закона и на которое нельзя распространить действие регулирующей подобные отношения уголовно-процессуальной нормы (аналогия закона), суд, прокурор и органы предварительного расследования вправе преодолеть пробел в уголовно-процессуальном регулировании на основании общих начал и смысла (то есть принципов) уголовно-процессуальной деятельности (аналогия права), если это не противоречит назначению уголовного судопроизводства».

Для устранения технических пробелов УПК РФ, появившихся в результате несоблюдения правил законодательной техники, необходимо внести изменения в ч. 1 ст. 1, ч. 2 ст. 1, ч. 2 ст. 6, п. 46 ст. 5, ч. 5 ст. 37, ч. 1 ст. 389.1.

**Теоретическая значимость работы** заключается в том, что  
содержащиеся в ней выводы и рекомендации способствуют более глубокому  
пониманию сути и последствий возникновения пробелов в уголовно-  
процессуальном праве, а также путей и способов их преодоления, развитию  
общих положений уголовно-процессуальной теории и созданию

возможностей для дальнейших исследований в рассматриваемой области.

**Практическая значимость работы** заключается в том, что ее результаты могут быть использованы в правотворческой деятельности для

совершенствования российского уголовно-процессуального законодательства  
и в процессе осуществления правоприменительной деятельности.

Разработаны конкретные рекомендации, способствующие оптимизации действующего российского уголовно-процессуального законодательства.

Положения и выводы исследования могут также использоваться при преподавании дисциплины «Уголовный процесс» в высших юридических учебных заведениях, при разработке программ и учебных пособий общих и специальных курсов, на занятиях по повышению квалификации работников правоохранительных органов.

**Степень достоверности и апробация результатов исследования.**

Достоверность результатов исследования определяется

использованной методологией, а также правовой, теоретической и эмпирической основами диссертации.

Методологическую основу исследования составляют общенаучные  
(диалектический, системный, структурно-функциональный, логический и  
др.) и частнонаучные (формально-юридический, сравнительно-правовой,  
историко-правовой и др.) методы познания. Наряду с методами  
теоретического исследования применялись методы эмпирического и  
экспериментального уровня: анкетный опрос, формализованное

интервьюирование, правовое моделирование.

Правовой базой исследования явились нормы и положения  
Конституции Российской Федерации, международного права и

международных договоров Российской Федерации, Уголовно-

процессуального и Уголовного кодексов Российской Федерации (далее – УК  
РФ), ряда федеральных законов, постановлений и определений

Конституционного Суда Российской Федерации, ведомственных

нормативных актов, относящиеся к теме исследования. При написании диссертации также использовались памятники отечественного уголовно-процессуального права дореволюционного и советского периодов, уголовно-

процессуальное законодательство стран – участниц СНГ и ряда других зарубежных стран.

Теоретической основой диссертации послужили труды отечественных  
и зарубежных ученых, посвященные проблемам пробельности права. При  
написании работы использовались также научные работы в области  
философии, социологии, психологии, теории и истории государства и права,  
конституционного и уголовного права, криминалистики, криминологии и  
иных отраслевых юридических наук. Кроме того, в диссертации подвергнуты  
анализу теоретико-правовые позиции, изложенные в актах

Конституционного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации, относящиеся к теме исследования.

Эмпирическую основу исследования составили:

– результаты изучения опубликованной практики Европейского Суда по правам человека, российских федеральных судов первой и вышестоящих инстанций, а также материалов деятельности органов предварительного расследования различных ведомств;

– результаты изучения материалов 182 уголовных дел из архивов судов и практики органов предварительного расследования Саратовской, Пензенской областей за 2010 – 2016 гг.;

– данные анализа статистической информации и ведомственных обобщений результатов следственной деятельности за 2010 – 2016 гг.;

– данные анкетирования 46 следователей Следственного комитета Российской Федерации и Министерства внутренних дел Российской Федерации, 68 судей и 18 адвокатов Саратовской, Пензенской областей, 44 помощников прокуроров, работающих в различных регионах Российской Федерации, обучавшихся на курсах повышения квалификации в Саратовской государственной юридической академии.

Диссертация выполнена, обсуждена и одобрена на кафедре уголовного процесса ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия».

**Основные выводы и положения диссертационного исследования**

нашли отражение в выступлениях автора на международных и всероссийских  
научно-практических конференциях: Международной научно-практической  
конференции «Современное состояние и проблемы уголовного и уголовно-  
процессуального права, юридической психологии» (г. Волгоград, 2012 г.);  
Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы  
обеспечения прав личности в уголовном судопроизводстве: теория,  
законодательство, практика» (г. Волгоград, 2013 г.); Всероссийской научно-  
практической конференции «Теоретические и практические вопросы  
уголовного права, уголовного процесса и криминалистики» (г. Краснодар,  
2013 г.); Международной научно-практической конференции, посвященной  
20-летию Конституции РФ (в рамках VI Саратовских правовых чтений),  
«Конституция Российской Федерации – правовая основа развития  
современной российской государственности» (г. Саратов, 2013 г.);  
Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы  
предварительного расследования» (г. Волгоград, 2014 г.); Международной  
научно-практической конференции «Право и правоохранительная

деятельность» (г. Саратов; Энгельс, 2014 г.); Международной научно-  
практической конференции, посвященной 90-летию со дня рождения  
профессора В.А. Дубривного, «Следственная деятельность: прошлое,  
настоящее, будущее» (г. Саратов, 2015 г.); Международной научно-  
практической конференции «Судебные решения в уголовном  
судопроизводстве и их юридическая сила» (Саратов, 2015 г.).

Результаты исследования отражены в 17 опубликованных статьях, 6 из которых напечатаны в рецензируемых научных изданиях, включенных в Перечень ВАК при Министерстве образования и науки Российской Федерации.

Кроме того, результаты диссертационной работы используются при подготовке программ и планов семинарских занятий, а также в ходе преподавания курса «Уголовный процесс» и дисциплины специализации

«Теория доказательств» в ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия».

**Структура диссертации** обусловлена целью и задачами исследования и состоит из введения, двух глав, включающих шесть параграфов, заключения, списка используемых источников и приложений.

## Пробелы в уголовно-процессуальном праве: причины возникновения, способы установления и классификация

Естественно-правовая концепция, основы которой заложили в Древней Греции и Риме Аристотель, Сократ, Цицерон, Ульпиан, в XVII – XVIII вв. развили Б. Спиноза, Г. Гроций, Т. Гоббс, Вольтер, Д. Локк Ш.Л. Монтескье, А.Н. Радищев, постулирует, что существует право позитивное (созданное человеком) и право естественное (прирожденные неотчуждаемые права человека – свобода, равенство, семья и др.)1. Основой естественного права признавалась справедливость, с позиции которой надлежало оценивать действующее право. Право не совпадает со справедливостью, но оно должно быть отражением справедливости. Аристотель полагал, что пробелы в праве восполнимы неизменяемыми законами природы, то есть естественным правом. Преторские эдикты в Древнем Риме существенно обогащали цивильное право в случаях его пробельности1. Резкие концептуальные изменения произошли в XVII – XVIII вв. В результате буржуазно демократических революций данная концепция обогатилась гуманистическими взглядами на права человека. Признание прав человека (на жизнь, свободу, неприкосновенность, частную собственность и др.) естественными и неотчуждаемыми явилось основополагающим в понимании природы естественного права. Укрепилась идея абсолютного приоритета закона и беспробельности права2.

В XIX в. о беспробельности права заявили сторонники нормативизма – Г. Кельзен, А. Меркль, А. Фердросс. Согласно данной концепции право – это совокупность норм, осуществляемых в принудительном порядке. Оно должно быть ограничено специфическим юридическим (нормативным) содержанием, а не социальными условиями или нравственными началами правовых установлений («чистая теория права» Г. Кельзена3). В основе этого подхода лежала философия неокантианства, представители которой выделяли две области теоретических знаний – «науки о сущем» и «науки о должном». К первой группе наук ими были отнесены естественные науки (история, социология и др.), изучающие явления природы и общественные отношения в контексте причинно-следственных связей. Вторую группу составили науки о должном – юриспруденция и этика, исследующие нормативно обусловленные отношения в обществе, приемы и способы социальной регуляции поведения людей. В науках о сущем главным постулатом выступал принцип объективной причинности, в науках о должном – принцип вменения1. Нормативисты призывали исключить из юриспруденции исследовательские приемы, заимствованные из других областей знания, а право интерпретировалось ими исключительно как сфера должного.

Социологическая юриспруденция, основы которой были заложены в XX в. Е. Эрлихом, Р. Иерингом, Г. Канторовичем, Х. Зинцхеймером, полностью отвергла доводы о беспробельности права, одновременно утверждая, что отсутствующие в законе нормы в полной мере восполнимы беспробельностью правопорядка2. Сторонники концепции полагали, что право – это самостоятельное явление, не зависящее от волеизъявления властных субъектов («живое право»). Совершенно случайно, неосознанно, правила, по которым живут люди, переходят в правила, по которым суды и другие властные органы дают правовую оценку поведению людей3.

Создатель психологической концепции Л.И. Петражицкий рассматривал право как продукт человеческой психики – различного рода психологических установок, инстинктов (например, властвования и подчинения), эмоций. Ученый делил право на официальное (устанавливаемое и обеспечиваемое государством) и неофициальное (фактически действующее, но не подкреплнное государственным принуждением); на позитивное (закрепленное в нормативных актах) и интуитивное (выраженное во внутреннем убеждении субъекта)4. Таким образом, Л.И. Петражицкий свою теорию строил на противопоставлении интуитивного права официальному праву и предпочтение отдавал чувствам, переживаниям, эмоциям, интуиции, а следовательно, не допускал возможности существования пробелов в праве.

Наиболее распространенный тип правопонимания – юридический позитивизм, который зародился в XIX в. в Западной Европе. Его основоположниками считаются Т. Гоббс и Д. Остин. Предметом юриспруденции, по представлению Д. Остина, является позитивное право. Право – «это агрегат правил, установленных политическим руководителем или сувереном»1. Д. Остин не отрицал существование естественного права и оценочного подхода к законам, действующим в государстве, но выводил эти понятия за пределы юридической науки. Согласно его взглядам, существующие законы делятся на: а) божественные законы (этот термин оценивался им как более точный, нежели термин «естественное право»); б) законы позитивной морали, основанные на мнениях (например, законы чести); в) позитивные законы, установленные политической властью2. Задачей юридической науки Д. Остин считал построение системы взаимообусловленных правовых категорий: источника права, юридической обязанности, правонарушения и так далее – путем их содержательного анализа и анализа их логического объема. Д. Остин указывал на необходимость размежевания правоведения и смежных областей знания, исключения из юридической науки элементов этико-философского порядка. Согласно его учению, позитивное право состоит из императивных велений суверена.

## Пробелы в регламентации правового статуса участников процесса и порядка уголовно-процессуальных производств, влияющие на реализацию принципов уголовного судопроизводства

Задача данного исследования состоит не в перечислении всех существующих в уголовно-процессуальном законодательстве пробелов, количество которых весьма велико, а в выявлении наиболее значимых из них, которые отрицательно сказываются на регламентации уголовно-процессуальной деятельности и, как следствие, создают трудности в правоприменительной практике.

Как справедливо отмечено, «наиболее существенными являются пробелы, обусловленные широким внедрением в УПК РФ состязательных начал, приданием им значения правового принципа и распространением на всю систему отечественного уголовного процесса»1. Сегодня проблемы реализации принципа состязательности в российском уголовном процессе являются одними из наиболее дискуссионных2, и это во многом вызвано наличием в УПК РФ целого ряда пробелов, связанных с полномочиями суда и порядком рассмотрения им уголовных дел.

Концепция судебной реформы в Российской Федерации зафиксировала необходимость построения отечественного уголовного процесса на началах подлинной состязательности1. Действующий УПК РФ закрепляет положение о том, что уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности сторон. Функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. Стороны обвинения и защиты равноправны перед судом (ст. 15 УПК РФ).

Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 28 ноября 1996 года дал следующую трактовку принципа состязательности: «Это такое построение судопроизводства, при котором функция правосудия (разрешения дела) осуществляется только судом, отделена от функций спорящих перед судом сторон. При этом суд обязан обеспечивать справедливое и беспристрастное разрешение спора, предоставляя сторонам равные возможности для отстаивания своих позиций, и потому не может принимать на себя их процессуальные (целевые) функции. В уголовном судопроизводстве состязательность означает строгое отграничение функций суда по рассмотрению и разрешению дела от функций обвинения и защиты, каждая из которых возложена на определенных участников процесса» 2.

Тем самым, основой принципа состязательности является выделение обвинения и защиты в качестве самостоятельных функций, то есть их размежевание между собой и отделение от судебной деятельности. Соединение данных функций несовместимо; при таком построении процесса стороны лишаются возможности осуществлять свои права, а суд неизбежно превращается в покровителя одной из сторон (чаще всего стороны обвинения)1.

В регламентации производства в суде первой инстанции отчетливо прослеживается стремление авторов УПК РФ исходить из того, что основное назначение судебного разбирательства заключается в разрешении спора сторон. Ныне судья не оглашает обвинительное заключение, не продолжает процесс при отказе прокурора от обвинения. В соответствии с установленной процедурой судебного разбирательства инициатива в исследовании доказательств принадлежит именно сторонам, которые с учетом своих интересов и избранной позиции по делу самостоятельно определяют, в каком порядке наиболее целесообразно представить суду имеющиеся у них доказательства.

Наиболее сложным и противоречивым применительно к реализации принципа состязательности в российском уголовном судопроизводстве является вопрос о роли и полномочиях суда по участию в доказывании. Как уже отмечалось, в соответствии с ч. 3 ст. 15 УПК РФ суд не должен выступать ни на стороне обвинения, ни на стороне защиты, обеспечивая лишь необходимые условия для реализации сторонами их процессуальных полномочий. В то же время закон сохраняет за судом полномочия по собиранию доказательств. В соответствии со ст. 283 УПК РФ суд вправе назначить по делу экспертизу не только по ходатайству сторон, но и по собственной инициативе. Говоря о возможности проведения в судебном разбирательстве осмотра местности и помещений, следственного эксперимента, предъявления для опознания, освидетельствования, закон не конкретизирует, кто может инициировать данные судебные действия, что не исключает возможность такой инициативы со стороны суда.

В специальной литературе высказано мнение о том, что возможность проведения судебных действий по собственной инициативе суда позволяет ему проявлять не обусловленную какими-либо ограничениями активность в доказывании обстоятельств, образующих содержание предъявленного подсудимому обвинения1. Другие же авторы считают, что суд вправе по собственной инициативе устанавливать обстоятельства события преступления, так как это не всегда изобличает подсудимого, а, напротив, в ряде случаев может позволить решить вопрос об основаниях его оправдания

## Нормотворчество как способ устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве

Относительно терминологии в уголовно - процессуальном праве точно и емко высказался Н.Е. Павлов. По его словам, правило выражается в термине, термин – это носитель правовой информации, он содержит высокий уровень обобщения и должен обладать критерием точности, то есть должен быть понятен даже вне контекста. Однозначность термина обеспечивает его понимание и надлежащее применение1.

Используемые в УПК РФ основные уголовно-процессуальные понятия выражают не только нормативно-терминологическую роль информационного назначения. Они служат важным средством адекватного толкования и уяснения содержательной сущности правовых институтов, актов и действий, употребляемых в уголовном судопроизводстве2.

Нормотворческой деятельности как способу устранения пробелов в праве предшествует процесс установления (обнаружения) пробелов. Эти процессы тесно взаимосвязаны. Характеризуя такую взаимосвязь, М.А. Кауфман отмечает следующие моменты: – установление пробела и нормотворчество соотносятся как часть и целое, в итоге все сводится к установлению необходимости преобразования уголовно-правового регулирования либо замены его иными видами регулирования или отмены вообще; – инициирование издания нормы, которая будет регулировать новые, неурегулированные уголовным законом отношения, свидетельствует о наличии пробела в уголовном праве; – проверка законодательного предположения на факт обоснованности – это процесс установления пробела; – рассмотрение выработки проекта закона в качестве официально оформленной гипотезы о существовании пробела и пути его устранения, а принятие закона – как положительного ответа на вопрос о существовании пробела, о его окончательном установлении и устранении 1.

Такая оценка представляется справедливой и логичной, выводы М.А. Кауфмана о взаимосвязи установления пробелов и нормотворчества применимы и к отрасли уголовно-процессуального права. Вместе с тем вызывает сомнение позиция ученого о том, что принятие закона во всех случаях окончательно устанавливает и устраняет пробел. Новый закон может оказаться пробельным, а «гипотеза о существовании пробела» изначально ошибочной. Думается, нельзя категорично утверждать, что принятие нового закона во всех случаях окончательно устанавливает и устраняет пробел в праве.

Как уже отмечалось, пробелы в уголовно-процессуальном праве могут и должны устраняться путем именно правотворчества. Эту деятельность следует рассматривать как одно из направлений совершенствования уголовно-процессуального законодательства (69 % опрошенных респондентов указали законотворчество как наиболее эффективный способ устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве1).

Устранение пробелов в уголовно-процессуальном праве возможно при помощи первоначального (издание нового закона) и дополнительного (внесение изменений и дополнений в уже существующий закон) нормотворчества. Как отмечают А.И. Сычев и А.Р. Султанов, только законодатель может восполнить пробел путем внесения изменений в закон, создания актов, в которых будут системно разрешены все возможные коллизии и проблемы, а не только проблемы, стоящие перед правоприменителем, вынужденным искать пути преодоления пробела2.

Законодатель активно пытается устранять пробелы в уголовно процессуальном праве преимущественно путем дополнительного нормотворчества, однако, не всегда эта деятельность приводит к положительному результату. Это можно проиллюстрировать следующими примерами. Так, согласно последним изменениям редакции ч. 1 ст. 45 УПК РФ, представителем потерпевшего – физического лица может быть адвокат, близкий родственник, иное лицо. В категории «иное» лицо выступает таковым по отношению к близкому родственнику. На наш взгляд, это является не совсем правильным. «Иным» лицо должно быть по отношению к адвокату. Получается, что термин «близкий родственник» будет охвачен понятием «иное» и указание на него в рассматриваемой норме можно исключить.

Не устранил законодатель и неточности в используемой в УПК РФ терминологии по отношению к потерпевшему и частному обвинителю1. Пункт 2 ч. 4 ст. 321 УПК РФ гласит, что обвинение в судебном заседании поддерживает «частный обвинитель по уголовным делам частного обвинения», в то время как ч. 3 ст. 246 УПК РФ устанавливает, что «по уголовным делам частного обвинения обвинение в судебном заседании поддерживает потерпевший». Как следует из ст. 42 и 43 УПК РФ, потерпевший и частный обвинитель являются самостоятельными участниками уголовного судопроизводства и не всегда совпадают в одном лице.

## Толкование уголовно-процессуального закона как способ преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве

При этом автор подчеркивает, что сходство фактичекских обстоятельств и обстоятельств, регулируемых действующей нормой, должно быть установлено с учетом их существенных признаков; совпадение признаков фактических отношений, устанавливаемое посредством аналогии, должно быть действительным, то есть оно должно принадлежать к одному и тому же классу явлений, а свойство, обусловливающее регулирование одних явлений, должно иметься и у других, не урегулированных отдельной нормой; применение уголовно-процессуального закона по аналогии допустимо лишь при условии полного и точного соблюдения всех прав участников уголовного судопроизводства, поскольку цель использования аналогии состоит, в частности, в том, чтобы их права получили наиболее полное осуществление, чтобы была достигнута объективная истина1. По мнению М.М. Гродзинского, П.Е. Недбайло, И. Сабо одним из основных условий применения аналогии служит наличие пробела уголовно процессуального законодательства2. Отсутствие пробела исключает применение какой-либо процессуальной нормы по аналогии. В.И. Леушин в качестве условия применения аналогии выделял юридическую компетентность правоприменителя, глубокое знание нормативного материала, понимание связей между нормами, институтами3. Указанные позиции ученых относительно условий использования аналогии в уголовном процессе представляются нам обоснованными и свидетельствуют о том, что в любом случае алгоритм действия правоприменительных органов при применении аналогии одинаков: 1) обнаружение пробела; 2) поиск нормы уголовно-процессуального права, регламентирующей сходные правоотношения; 3) применение нормы уголовно-процессуального права, регламентирующей сходные правоотношения (определение прав и обязанностей сторон исходя из этой сходной нормы либо в случае ее отсутствия – из общих начал и смысла уголовно-процессуального законодательства).

Исходя из изложенного, считаем, что условиями применения аналогии закона и аналогии права в уголовном судопроизводстве являются: – наличие действительного пробела в системе норм, регулирующих уголовно-процессуальные отношения; – применение аналогии надлежащим субъектом; – ориентация на сходные правоотношения, урегулированные нормами УПК РФ; – строгое соблюдение принципов уголовного судопроизводства; – недопущение ограничения или ущемления прав и интересов граждан, участвующих в уголовном судопроизводстве. Некоторые ученые вопрос об условиях применения аналогии именуют пределами применения уголовно-процессуальной аналогии1. Так, Д.Ю. Сильченко при определении пределов применения аналогии в уголовном процессе предлагает руководствоваться принципами целесообразности и нравственности, понимая под их значением универсальность правовых норм. «Нормы, предназначенные для достижения одних целей, могут при необходимости быть использованы по аналогии для достижения иных целей и следования этическим нормам и нормам морали соответственно»1.

В. О. Белоносов ограничивает пределы применения института аналогии в уголовно-процессуальном праве следующими условиями: наличие действительного пробела в праве; юридическая грамотность, компетентность правоприменителя; непротиворечие и соответствие основным положениям уголовного процесса; соблюдение всех принципов уголовного процесса; соблюдение всех процессуальных прав и обязанностей участников уголовного процесса, без их ограничения и расширения; запрет на применение аналогии к исключительным и особым случаям, выходящим за рамки обычного применения уголовно-процессуального права; неприменимость аналогии там, где четко оговорены границы применения норм права; допустимость применения аналогии лишь в случаях, которые не предопределяют разрешение дела по существу, отграничивая тем самым преодоление небольших пробелов при помощи аналогии от нормотворчества по крупным, принципиальным вопросам, при котором аналогия недопустима и др.

На наш взгляд, «условия применения аналогии» и «пределы допустимости применения аналогии» – это тождественные понятия, содержание которых остается неизменным. Перечисленные ранее условия применения аналогии закона и аналогии права в уголовном судопроизводстве можно представить как критерии пределов допустимости применения института аналогии в уголовном судопроизводстве: – субъектный критерий – исключительная компетенция суда, органов предварительного расследования и прокурора на применение аналогии; – предметный критерий – предмет применения аналогии, то есть нормы уголовно-процессуального права (в этот критерий входит и требование о соответствии применения аналогии принципам российского уголовного процесса, так как принципы, как и иные правила поведения, содержатся в нормах уголовно-процессуального права, и нет необходимости обособлять данный критерий); – объектный критерий – объект применения аналогии, то есть реально существующие спорные общественные отношения, требующие правового разрешения в рамках уголовно-процессуального права.

Применение аналогии не должно увеличивать или уменьшать объем прав и обязанностей участников процесса и влечь выполнение не принадлежащих им функций. Случаи применения аналогии должны быть однотипными, непосредственно предусмотренными применяемым законом. Следует убедиться также в том, что подлежащие регулированию обстоятельства находятся в сфере общественных отношений, подлежащих правовому регулированию.