

АВТ
0-35

На правах рукописи



Овчинникова Наталья Олеговна

**ПРОБЕЛЫ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ
И СПОСОБЫ ИХ УСТРАНЕНИЯ И ПРЕОДОЛЕНИЯ**

12.00.09 – уголовный процесс

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Саратов – 2017



Работа выполнена в федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия».

Научный руководитель доктор юридических наук, доцент
Францифоров Юрий Викторович

Официальные оппоненты: **Белонос Владимир Олегович**
доктор юридических наук, доцент,
ФКОУ ВО «Самарский юридический институт ФСИН России», профессор



Дикарев Илья Степанович
доктор юридических наук, доцент,
ФГАОУ ВО «Волгоградский государственный университет», директор Института права

Ведущая организация Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «**Кубанский государственный университет**» (юридический факультет)

Защита состоится 28 июня 2017 г. в 12:00 часов на заседании диссертационного совета Д 212.239.01 при федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия» по адресу: 410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, 104, зал заседаний диссертационных советов.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке и на официальном сайте федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Саратовская государственная юридическая академия» (<http://test.ru/diss.phyml>).

Автореферат разослан «__» апреля 2017 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета  **Кобзева Елена Васильевна**

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

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 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

¹ См.: Изменения в УПК предлагается вносить не чаще одного раза в год [Электронный ресурс] // Информационно-правовой портал «Гарант». Новости. URL: <http://www.garant.ru/news/720802/> (дата обращения: 02.09.2016).

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, имеющих 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 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

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.

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, В.К. Забигаило, 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. Похмелькина, 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. Эль-кинд, 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 помо-

стью 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 определённую 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 признаёт 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.

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.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертационного исследования, анализируется степень ее научной разработанности, определяются объект, предмет, цель и задачи исследования, раскрывается научная новизна, его теоретическая и практическая значимость, формулируются основные положения, выносимые на защиту, приводятся данные об апробации результатов исследования.

Первая глава **«Сущность и виды пробелов в уголовно-процессуальном праве»** включает три параграфа, в которых исследуются вопросы о понятии и признаках пробелов в праве, о причинах возникновения, способах установления и классификации пробелов, о наиболее существенных пробелах уголовно-процессуального права, влияющих на реализацию принципов уголовного судопроизводства.

В первом параграфе *«Понятие и признаки пробела в праве»* рассматриваются вопросы о понятии пробела, о существовании пробелов в праве в целом и в уголовно-процессуальном праве в частности во взаимосвязи с существующими в науке концепциями правопонимания, понятиями «право» и «уголовно-процессуальное право». На основе их анализа формулируется авторское определение пробела в уголовно-процессуальном праве, общеправовые и отраслевые признаки пробела в праве.

Проанализировав концепции правопонимания, диссертант приходит к выводу о том, что только концепция позитивизма и либертатная концепция допускают возможность существования пробелов в праве.

Рассмотрев существующие в науке определения понятий «право» и «уголовно-процессуального права», автор приходит к выводу, что ключевым звеном в дефиниции уголовно-процессуального права является категория «система юридических норм», в которую входят нормы внутригосударственного законодательства и нормы, закрепленные в международном законодательстве и договорах, конвенциях, соглашениях, ратифицированных Российской Федерацией. В связи с этим предлагается внести изменения в ч. 1 ст. 1 УПК РФ и изложить ее следующим образом: «Порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается основанными на Конституции Российской Федерации

Уголовно-процессуальным Кодексом, Федеральными конституционными законами, и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами».

Формой закрепления норм права является закон. В связи с этим диссертант обосновывает позицию о нецелесообразности разграничения понятий «пробел в праве» и «пробел в законе» в контексте проблемы пробельности.

Выделяются общеправовые признаки пробела и *отраслевые признаки пробела в уголовно-процессуальном праве*:

– полное или частичное отсутствие нормы уголовно-процессуального права, установленное в ходе правоприменительной или научно-исследовательской деятельности (отсутствие в УПК РФ норм о помощнике судьи и помощнике прокурора). В ряде случаев наличие пробела в уголовно-процессуальном праве констатируется в постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации и решениях Конституционного Суда Российской Федерации¹;

– неточное изложение воли законодателя в уголовно-процессуальных нормах, что влечет искажение процессуального статуса участников уголовного судопроизводства, появление пробелов в регламентации уголовно-процессуальных производств (например, неточная регламентация отдельных полномочий руководителя следственного органа в нормах общей части УПК РФ – ст. 39, 25, 28 и нормах, регламентирующих его деятельность в стадии предварительного расследования – ст.220);

– возникновение новых отношений, требующих уголовно-процессуального регулирования (так, в законе не решен вопрос об основаниях для постановления приговора без назначения наказания).

Сформулировано определение *«пробел в уголовно-процессуальном праве»* – полное или частичное отсутствие нормативных предписаний,

¹ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 28.11.1996 № 19-П «По делу о проверке конституционности статьи 418 Уголовно - процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края» // СЗ РФ. 1996. № 50, ст. 5679; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.11.2012. № 26 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 1; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2015 № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 9.

регламентирующих ту или иную часть деятельности участников уголовного судопроизводства, либо недостаточную определённую формулировок уголовно-процессуальных норм, не позволяющую однозначно толковать их содержание и единообразно применять при производстве по уголовным делам.

Во втором параграфе *«Пробелы в уголовно-процессуальном праве: причины возникновения, способы установления и классификация»* автором рассматриваются общеправовые и отраслевые причины появления пробелов в праве, общеправовые и отраслевые классификации пробелов, способы обнаружения пробелов в праве.

Исследовав вопрос о причинах возникновения пробелов в праве, диссертант приходит к выводу, что они во многом являются общими для всех отраслей российского права, а их специфика зависит от конкретных особенностей отдельной отрасли, то есть тех общественных отношений, которые данная отрасль права регламентирует, направлений и темпов их развития.

Проведенный анализ позволил автору сформулировать причины возникновения пробелов в уголовно-процессуальном праве:

1. Отставание развития законодательства от формирования новых общественных отношений или от существенной трансформации уже существующих отношений;

2. Несовершенство законодательной техники:

а) бессистемное и многочисленное внесение изменений в уголовно-процессуальное законодательство;

б) отсутствие единообразия в отраслевом понятийном аппарате, использование законодателем в уголовно-процессуальном законе одного и того же термина в нескольких значениях без указания ситуаций, в которых следует применять его в зависимости от того или иного значения («производство» и др.);

в) использование в уголовно-процессуальном законе оценочных категорий («разумный срок» и др.);

г) несоблюдение стилистических правил законодательной техники (к которым относятся: лексико-морфологическая селекция, соблюдение устойчивости способов выражения норм, недопущение языковой недостаточности и/или избыточности);

д) коллизии между нормами отдельных отраслей права (противоречия в нормах УПК РФ и УК РФ относительно трактовки таких категорий, как «вина» и «виновность»; относительно перечня оснований для отсрочки исполнения приговора);

е) законодательные просчеты внутрисистемного характера (существует правило поведения, но из закона не ясен порядок исполнения этого правила. Так, действия / бездействие органа дознания, дознавателя, следователя, руководителя следственного органа можно обжаловать в суд в порядке ст. 125, 125.1 УПК РФ, но законодателем нечетко определен предмет обжалования и порядок самого судебного заседания);

3. Отсутствие эффективных механизмов экспертизы и апробации нормативно-правовых актов. Необходимо создание отраслевых экспертных комиссий по проверке нормативно-правовых актов, тендеров на осуществление экспертиз нормативно-правовых актов, выборка экспериментальных субъектов Федерации для проверки работоспособности нормативно-правового акта.

Рассмотрев вопрос о способах установления пробелов в праве, автор приходит к выводу, что пробелы в уголовно-процессуальном праве могут быть выявлены в ходе научной исследовательской деятельности и в процессе правоприменительной деятельности при производстве по уголовному делу, а также о необходимости осуществления профилактики возникновения пробелов.

Анализ общеправовых и отраслевых классификаций пробелов в праве позволил сформулировать авторскую классификацию пробелов в уголовно-процессуальном праве (положение 4, выносимое на защиту).

В третьем параграфе *«Пробелы в регламентации правового статуса участников процесса и порядка уголовно-процессуальных производств, влияющие на реализацию принципов уголовного судопроизводства»* представлен анализ наиболее существенных, по мнению диссертанта, пробелов уголовно-процессуального права.

Проведенное в параграфе исследование позволило сформулировать предложения о внесении изменений в УПК РФ:

В целях устранения пробелов в регламентации правового статуса участников процесса и порядка уголовно-процессуальных производств, влияющие на реализацию принципов уголовного судопроизводства необходимо: уточнить положения п. 45 ст. 5 – дополнить словами «сторонами являются не только те участники уголовного судопроизводства, которые выполняют функции уголовного преследования или защиты от него, но также и лица, чьи интересы подлежат защите в связи с осуществлением уголовного преследования»; изменить нормы об участии суда в собирании доказательств по делу, включив в них положение: «суд вправе собирать доказательства по собственной инициативе

только в целях проверки достоверности, допустимости и относимости доказательств, представленных сторонами (ст. 86,87,283); из ч. 1 ст. 237 исключить положение о возможности возвращения судом по собственной инициативе уголовного дела прокурору для квалификации действий подсудимого как более тяжкого преступления; ч. 6 ст. 37 изложить следующим образом: «требования прокурора об устранении нарушений федерального законодательства должны быть приняты к исполнению, но могут быть обжалованы следователем вышестоящему прокурору»; ч. 1.1 ст. 148 дополнить словами: «в случае несогласия следователя и руководителя следственного органа с соответствующим постановлением прокурора оно может быть обжаловано вышестоящему прокурору в порядке, установленном ч. 4 ст. 221 УПК РФ»; ч. 1 ст. 42 дополнить словами: «а также физическое или юридическое лицо, которому преступлением непосредственно мог бы быть причинен вред, если бы совершенное запрещенное уголовным законом деяние было окончено» и др.

в целях уточнения процессуального статуса отдельных участников уголовного судопроизводства необходимо внести изменения: ст. 5 дополнить нормами о секретаре судебного заседания и помощнике судьи – «секретарь судебного заседания – работник аппарата суда, осуществляющий ведение протокола судебного заседания и наделенный иными процессуальными и организационными полномочиями»; «помощник судьи – работник аппарата суда, осуществляющий деятельность по оказанию помощи судье в подготовке и организации судебного процесса и не имеющий права выполнять функции по осуществлению правосудия»; гл. 8 дополнить ст. 60.1 «Помощник судьи. Секретарь судебного заседания» следующего содержания: «1. Секретарь судебного заседания обязан: осуществлять ведение, изготовление и подписание протокола судебного заседания; полно и правильно излагать в протоколе действия и решения суда, а равно действия всех участников уголовного процесса, имевшие место в ходе судебного заседания; осуществлять проверку явки участников судебного разбирательства. 2. Помощник судьи вправе вести и изготавливать протокол судебного заседания, проекты судебных процессуальных документов, за исключением проекта итогового решения по делу, и совершать иные процессуальные действия в случаях и в порядке, которые предусмотрены уголовно-процессуальным законодательством. 3. Помощник судьи не вправе совершать действия, влекущие за собой изменения

в процессуальном статусе сторон и в статусе других участников уголовного судопроизводства); и др.

Вторая глава **«Способы устранения и преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве»** включает в себя три параграфа, в которых исследуются такие способы как нормотворчество, толкование, аналогия закона и аналогия права.

В первом параграфе *«Нормотворчество как способ устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве»* анализируются понятия «устранение пробелов», «восполнение пробелов», «преодоление пробелов», «нормотворчество», «законотворчество» и «правотворчество», принципы нормотворческой деятельности, взаимосвязь процессов установления пробела и нормотворчества, взаимосвязь толкования и нормотворчества, понятие «судебное нормотворчество»; формулируются критерии действенности (справедливости) правотворческого процесса.

Автор приходит к выводу о том, что понятия «устранение пробелов» и «восполнение пробелов» обозначают один и тот же процесс по окончательному устранению пробела путем законотворчества; «преодоление пробелов» может быть достигнуто такими способами, как толкование закона, применения аналогии закона и аналогии права; «нормотворчество», «законотворчество» и «правотворчество» составляют единый синонимичный ряд и используются для обозначения деятельности по созданию норм права; нормотворчество должно осуществляться в соответствии с критериями действенности (справедливости) правотворческого процесса; оно является единственным легитимным способом устранения пробелов в праве.

О судебном нормотворчестве можно говорить только применительно к деятельности Конституционного Суда Российской Федерации, когда он признает норму уголовно-процессуального права полностью не соответствующей Конституции, так как в результате признания нормы таковой образуется пробел в правовом регулировании, который Конституционный Суд устраняет посредством создания конституционной судебной нормы. Такая норма имеет ограниченный период действия до установления законодателем нового правового регулирования. В остальных случаях Конституционный Суд осуществляет толкование уголовно-процессуальных норм, которое является способом преодоления пробела.

Во втором параграфе *«Толкование уголовно-процессуального закона как способ преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве»* диссертант анализирует понятие толкования, причины, обуславливающие необходимость толкования, толковательные разъяснения, данные Конституционным Судом Российской Федерации и Верховным Судом Российской Федерации.

Толкование – это обязательный элемент не только правоприменительной, но и законотворческой деятельности, направленный на уяснение сущности законодательных предписаний и их правильную реализацию. Официальное толкование норм уголовно-процессуального права осуществляется Конституционным и Верховным судами Российской Федерации, и является способом преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве. До момента официального истолкования нормы уголовно-процессуального права критериев правильности ее интерпретации не существует. При выполнении нормотворческих функций целесообразно учитывать не только обязательные для законодателя предписания Конституционного Суда о совершенствовании правового регулирования, но и те его разъяснения, которые не носят императивный характер, а также толковательные разъяснения Пленума Верховного Суда.

В третьем параграфе *«Аналогия как способ преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве»* автор анализирует различные точки зрения ученых относительно понятия аналогии, ее видов, условий применения; вопросы о допустимости применения аналогии в уголовно-процессуальном праве, о периодах становления и развития института аналогии в отечественном уголовном процессе.

Проведенное в параграфе исследование позволило автору сделать вывод о том, что, не смотря на отсутствие в УПК РФ нормы, позволяющей применение аналогии, фактически аналогия применяется. Так, например, в ч. 2 ст. 189 УПК РФ закреплено правило о недопустимости задавать наводящие вопросы допрашиваемому лицу в ходе предварительного расследования. Данная норма адресована только следователю. В отношении дознавателя и суда такое предписание в УПК РФ не установлено (в ст. 275 УПК РФ есть только оговорка о том, что председательствующий отклоняет наводящие вопросы и вопросы, не имеющие отношения к уголовному делу, заданные сторонами подсудимому). Однако норма, закрепленная в ч. 2 ст. 189 УПК РФ, применяется по аналогии и к дознавателю и к суду (аналогия закона).

Для преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве допустимо применение как аналогии права, так и аналогии закона.

Юридическое оформление института аналогии определяет необходимость включения в УПК РФ специальной нормы «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 восполнить пробел в уголовно-процессуальном регулировании на основании общих начал и смысла (то есть принципов) уголовно-процессуального законодательства (аналогия права), если это не противоречит назначению уголовного судопроизводства».

В **заключении** содержатся наиболее значимые выводы и предложения, отражающие основные результаты диссертационного исследования, предлагаются возможные дополнения и изменения действующего уголовно-процессуального законодательства, а также высвечиваются перспективы дальнейшего исследования пробелов в уголовно-процессуальном праве.

Приложения содержат анкету, в соответствии с которой проводилось анкетирование практических работников по проблемам выявления и устранения пробелов в уголовном процессе, а также справку о результатах такого анкетирования.

Основные положения диссертации отражены в следующих публикациях:

– статьи в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных ВАК при Министерстве образования и науки РФ для опубликования основных результатов диссертаций:

1. Афонина, Н.О.¹. Общеправовые и уголовно-процессуальные признаки пробела [Текст] / Н.О. Афонина // Правовая культура. – 2012. – №1 (12). – С. 89-93 (0,35 а.л.).

2. Афонина, Н.О. Классификация пробелов в уголовно-процессуальном праве [Текст] / Н.О. Афонина // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2013. – № 6(95). – С. 198-204 (0,4 а.л.).

3. Афонина, Н.О. Разновидности пробелов в уголовно-процессуальном праве [Текст] / Н.О. Афонина // Публичное и частное право. – 2014. – Вып. 2. – (22). – С. 133-140 (0,4 а.л.).

4. Афонина, Н.О. Правовые проблемы совершенствования уголовно-процессуального законодательства в стадии возбуждения уголовного дела [Текст] / Н.О. Афонина, Ю.В. Францифоров // Информационная безопасность регионов. – 2014. – № 2. – С. 98-102 (0,25 а.л., авт. не разделено).

5. Овчинникова, Н.О. Аналогия закона и аналогия права в российском уголовном процессе как способ преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве [Текст] / Н.О. Овчинникова, Ю.В. Францифоров // Вестник Волгоградского государственного университета: сер. 5. Юриспруденция. – 2016. – № 1 (30). – С. 156-166 (0,5 а.л., авт. не разделено).

6. Овчинникова, Н.О. Толкование как способ преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве [Текст] / Н.О. Овчинникова, Ю.В. Францифоров // Частное и публичное право. – 2016. – № 2. – С.153-166 (0,53 а.л., авт. не разделено).

– статьи в сборниках материалов конференций:

7. Афонина, Н.О. Назначение уголовного судопроизводства: цели или задачи? [Текст] / Н.О. Афонина // Современное состояние и проблемы уголовного и уголовно-процессуального права, юридической

¹ Фамилия Афонина изменена на фамилию Овчинникова в связи с вступлением в брак.

психологии: матер. междунар. науч.-практ. конф. (13-14 декабря 2012 г.). – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2012. – С. 25-30 (0,3 а.л.).

8. Афонина, Н.О. Отвод переводчика как гарантия обеспечения прав участников уголовного судопроизводства не владеющих или недостаточно владеющих языком, на котором ведется производство по уголовному делу [Текст] / Н.О. Афонина // Актуальные проблемы обеспечения прав личности в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика: матер. междунар. науч.-практ. конф. (18 апреля 2013 г.). – Волгоград: Изд-во ВФ РАНХиГС, 2013. – С. 132-137 (0,36 а.л.).

9. Афонина, Н.О. Анализ процедур, необходимых для возбуждения уголовного дела [Текст] / Н.О. Афонина // Актуальные проблемы современной юридической науки и практики: сб. межвуз. науч. тр. (22 апреля 2014 г.). – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 2014. – Вып. 5. – С. 233-238 (0,36 а.л.).

10. Овчинникова, Н.О. Технические пробелы понятийного аппарата УПК РФ [Текст] / Н.О. Овчинникова // Теоретические и практические вопросы уголовного права, уголовного процесса и криминалистики: сб. матер. всерос. науч.-практ. конф. (22 ноября 2013 г.). – Краснодар: Изд-во КубГАУ, 2013. – С. 98-101 (0,23 а.л.).

11. Афонина, Н.О. Точность законодательных формулировок как гарантия соблюдения конституционных прав личности в ходе предварительного расследования [Текст] / Н.О. Афонина // Конституция Российской Федерации - правовая основа развития современной российской государственности: сб. ст. по матер. междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 20-летию Конституции Российской Федерации (в рамках VI Саратовских правовых чтений, Саратов, 19-20 сентября 2013 г.). – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2014. – С. 216-217 (0,1 а.л.).

12. Афонина, Н.О. Баланс состязательных начал при производстве предварительного расследования [Текст] / Н.О. Афонина // Актуальные проблемы предварительного расследования: сб. междунар. науч.-практ. конф. (28-29 ноября 2013 г.). – Волгоград: Изд-во ВА МВД России, 2014. – Т. 2. – С. 173-179 (0,36 а.л.).

13. Афонина, Н.О. Историческая трансформация взглядов на проблему пробельности в праве и ее влияние на уголовный процесс [Текст] / Н.О. Афонина // Право и правоохранительная деятельность: матер. междунар. науч.-практ. конф. преподавателей, практических сотрудников, студентов, магистрантов, аспирантов, соискателей

(24 апреля 2014 г.). – Саратов, Энгельс: Ред.-изд. центр Поволжского кооперативного института, 2014. – С. 91-96 (0,3 а.л.).

14. Овчинникова, Н.О. Нормотворчество как способ устранения пробелов в уголовно-процессуальном праве [Текст] / Н.О. Овчинникова // Следственная деятельность: прошлое, настоящее, будущее: сб. ст. по матер. междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 90-летию со дня рождения профессора В.А. Дубровного (10 ноября 2015 г.). – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия», 2015. – С. 211-219 (0,45 а.л.).

15. Овчинникова, Н.О. Пробелы в правовом статусе субъектов уголовно-процессуального права и пробелы производств [Текст] / Н.О. Овчинникова // Судебные решения в уголовном судопроизводстве и их юридическая сила: сб. матер. междунар. науч.-практ. конф. (28 мая 2015 г.). – Саратов: Изд-во «Кубик», 2015. – С. 138-141 (0,12 а.л.).

– статьи в иных научных изданиях:

16. Афонина, Н.О. Несовершенства норм о залоге как препятствие их применения следователем [Текст] / Н.О. Афонина // Следователь. Честь и закон. – 2012. – № 11(175). – С. 11-15 (0,3 а.л.).

17. Овчинникова Н.О. Правовая регламентация задержания подозреваемого [Текст] / Н.О. Овчинникова, Ю.В. Францифоров // Судебная власть и уголовный процесс. – 2016. – № 1 – 2016. – С. 134-138 (0,2 а.л., авт. не разделено).

22451A - ОРК

А/реф. Х629.3(4Рос)

О-35

Овчинникова, Н. О.

Пробелы в уголовно-
процессуальном праве и способы
их устранения и преодоления
[Текст] : автореф. дис. ... ка. - 26 с. -
Саратов, 2017. - 00.00

ат 60x84¹/₁₆.
ать офсетная.
11/06047.

ЧНЫМИ

22451A