

Министерство науки и высшего образования Российской Федерации
Федеральное государственное автономное образовательное учреждение
высшего образования
«Южно-Уральский государственный университет
(национальный исследовательский университет)»
Юридический институт
Кафедра «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза»

ДОПУСТИТЬ К ЗАЩИТЕ

Зав. кафедрой УПКСЭ

_____ Г.С. Русман

_____ 2019г.

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА БАКАЛАВРА

ПРОБЕЛЫ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ

ЮУрГУ – 40.03.01. 2014. Ю-436

Научный руководитель

выпускной квалификационной
работы

Даровских Светлана Михайловна,
д.ю.н, профессор

_____ 2019г.

Автор выпускной
квалификационной работы

Группы Ю-436

Горохов Артём Владимирович

_____ 2019г.

Нормоконтролер

Морозова Юлия Аскарровна,
к.ю.н., доцент

_____ 2019г.

Челябинск 2019

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	2
Глава 1 ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И КЛАССИФИКАЦИЯ ПРОБЕЛОВ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ	
1.1 Понятие, сущность и признаки пробелов в уголовно-процессуальном праве.	4
1.2 Классификация пробелов в уголовно-процессуальном праве.....	13
Глава 2 УСТАНОВЛЕНИЕ И ПРЕОДОЛЕНИЕ ПРОБЕЛОВ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ	
2.1 Проблематика пробелов в уголовно-процессуальном праве	22
2.2 Методы установления и преодоления пробелов в праве	27
2.3 Аналогия как способ преодоления пробелов в праве	39
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	50
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК.....	61

ВВЕДЕНИЕ

Коренное преобразование всех основ общественной жизни в последние десятилетия, смена социально-политической ориентации, форм собственности и производственных отношений, потребовало стремительного обновления всей системы действующего правового регулирования. Результатом такой стремительности, а равно — продолжающихся процессов ускоренного развития экономических, политических, трудовых и др. отношений, является возникновение многочисленных ситуаций, за которыми, выражаясь словами В.В. Лазарева, «трудно «успеть» даже при идеальной постановке нормотворческой деятельности» и соответственно — не урегулированных либо недостаточно полно урегулированных действующими нормами права. На фоне таких изменений, система Российского законодательства не является совершенной, но стремится иметь способы и инструменты, которые бы позволяли законодателю своевременно и надлежаще реагировать на изменения, происходящие в обществе. Тем не менее, действующее законодательство имеет множество пробелов и коллизий права, количество которых со временем только увеличивается.

Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации постоянно претерпевает изменения, реагируя на скорость изменений общественных отношений, следствием чего становится образование в этой отрасли права многочисленных пробелов. Только в период до официального вступления в законную силу Уголовно-процессуального Кодекса РФ были внесено около 70 дополнений и поправок, а после принятия в период до 2012 года – уже более 700.

Все это приводит к тому, что возникают проблемы и трудности при применении соответствующих норм в силу наличия пробелов в праве, частичного отсутствия нормы права или ее неточности.

Рассматриваемой теме посвящены некоторые исследования, среди которых можно выделить: Ю.Л. Черепенникову «Пробелы в основной части

Уголовного Кодекса Российской Федерации и способы их восполнения», Д.А. Туманова «Пробелы в гражданском процессуальном праве», В.О. Белоносова «Толкование права в системе теоретической и практической деятельности в сфере уголовного судопроизводства», М.А. Кауфмана «Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления», А.Р. Белкина, О.Я. Беляева и др.

Объектом исследования являются общественные отношения, которые возникают в связи с установлением и преодолением пробелов в уголовно-процессуальном праве.

Предмет дипломной работы – пробел в уголовно-процессуальном праве как самостоятельная правовая категория и механизмы его возникновения, установления и преодоления.

Целью работы является комплексное исследование актуальных вопросов возникновения пробелов в законодательстве.

Для достижения поставленной цели решаются следующие задачи:

- определить понятие пробела в законодательстве;
- определить виды пробелов в праве;
- определить механизм установления пробелов в праве;
- изучить аналогию права и аналогию закона как способы преодоления пробелов в праве;

Работа состоит из введения, двух глав, пяти параграфов, заключения и библиографического списка.

ГЛАВА I ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И КЛАССИФИКАЦИЯ ПРОБЕЛОВ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ

1.1 Понятие, сущность и признаки пробелов в уголовно-процессуальном праве

Для того, чтобы выработать пути решения проблемы пробелов в уголовно-процессуальном праве, необходимо сначала установить понятие пробела в праве, его правовую природу, признаки, виды.

Слово «пробел» в русском языке употребляется в двух значениях: прямом и переносном. В прямом смысле «пробел» означает незаполненное место в тексте, промежуток между буквами, словами, строками. В переносном смысле может трактоваться как недостаток или упущение.¹ «Таким образом, – пишет В. В. Лазарев, – опробелеможно говорить как в случаях, когда имеется намеренно незаполненное пространство, подлежащее заполнению в силу специфики самого предмета, так и в случаях, где пустое место является его изъятием, упущением в его формировании».² В первом значении пробел является частью самого предмета, его характерной чертой. Такой пробел невозможно заполнить, потому что тогда предмет уже не будет прежним, вместе с восполнением пробела изменится его качественная характеристика, а значит, он уже будет являться чем-то совершенно иным, не таким как прежде. Лазарев полагает, что наиболее удачным является использование переносного значения этого слова. В таком случае под пробелом понимается одно из несовершенств права, отсутствие в нём того, что должно быть необходимым его компонентом. Многие юристы также выделяют такое понятие как «преднамеренный пробел» – это намеренное упущение законодателем каких-либо вопросов, подлежащих

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: Оникс 21 век, 2004. С. 1198.

² Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юрид. лит., 1974. С. 5.

правовому регулированию для того, чтобы оставить их решение на усмотрение правоприменительных органов исходя из общих принципов права, правоприменительной практики, правовых обычаев и т.д.

Также необходимо разграничить понятие «пробел в праве» и «пробел в законе».

Пробел в законе – это полное или частичное отсутствие во всём массиве действующего законодательства правовой нормы, необходимой для полноценного решения вопроса, входящего в сферу правового регулирования. Это такая ситуация, в которой конкретное решение спорного вопроса полностью или в какой-то части законом не предусмотрено.¹

Пробел в праве – это полное или частичное отсутствие в источниках права норм, принципов, идей, необходимых для профессиональной юридической оценки фактов и связей, возникших или способных возникнуть в такой сфере общественных отношений, которая входит или должна входить в сферу правового регулирования.

Ф. Р. Уранский считает, что нельзя отождествлять два этих понятия, потому что в таком случае поиск и устранение пробелов будет сводиться лишь к удалению технических упущений законодательства.

М. А. Кауфман же, напротив, считает, что в контексте проблемы пробелов не стоит разграничивать эти понятия и подчеркивать автономность права по отношению к закону. Пробелы могут существовать лишь в праве, выраженном в законодательстве, то есть в позитивном праве.² В любом случае, пробелы в законе априори являются пробелами и в праве.

Пробел в праве как явление проявляет себя во время применения и толкования правовых норм, в правотворческом и правоприменительном процессах в условиях, когда присутствует недостаточность правового регулирования.

¹Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности.:дис. ... канд. юрид. Наук. М.: 2005. С. 8.

²Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления,; :: дис. ... канд. юрид. Наук. М.: 2009. С. 24.

В. В. Лазарев считает, что частичное отсутствие или недостаточность правового регулирования является естественным для человеческого общества. Прежде чем сложиться, право проходит через волю и сознание людей, которое в целом имеет тенденцию отставать в своём развитии от общественного бытия. В связи с этим, какие-то общественные отношения в целом или в части могут на какое-то время оставаться вне правового регулирования. Очень сложно предугадать всё многообразие жизненных ситуаций, которые могут повлечь за собой наступление юридических последствий в будущем.¹

Пробел в праве не может существовать в пустоте, отсутствие правового регулирования общественных отношений не будет являться пробелом в том случае, если необходимость такого регулирования не будет признана участниками этих общественных отношений. Иными словами, пробел в праве – это отсутствие или недостаточность правового регулирования только в тех общественных отношениях, в которых такое регулирование должно присутствовать в полном объеме.

М. А. Кауфман разделял полноту правового регулирования на внешнюю и внутреннюю стороны. Внешняя сторона связана с кругом социальных явлений, попадающих в сферу действия права, она определяется требованиями правовой политики государства. В этом смысле полнота может быть признана достаточной, если право охватывает собой все социальные явления, которые, исходя из интересов общества и государства, нуждаются в правовом регулировании и, опираясь на возможности права, поддаются ему: при этом не возникает негативных последствий, превосходящих преимущества регулирования. Внутренняя сторона полноты правового регулирования характеризуется объёмом уже имеющегося правового материала и обуславливается потребностями самого права. Полнота такого рода может быть признана достаточной, если право располагает

¹Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юрид. Лит., 1974. С. 16.

совокупностью предписаний, необходимых для его бесперебойной реализации в соответствии с поставленными целями.¹

Выделение двух сторон правового регулирования приводит нас к выводу о том, что при формировании права следует в равной степени руководствоваться как соображениями социальной обусловленности, так и закономерностями становления и функционирования правовой системы.

Для того, чтобы верно определить понятие «пробел в праве», следует рассмотреть мнения нескольких ученых по этому вопросу.

Ряд отечественных авторов (В. И. Акимов, П. Е. Недбайло, М. Д. Шаргородский, О. С. Иоффе и др.) определяют пробел в праве как пробел в законодательстве, то есть отсутствие конкретной нормы для разрешения конкретных случаев, находящихся в поле воздействия права. П. Е. Недбайло определил пробел в праве как фактический пробел в законодательстве. В. И. Акимов под пробелом в праве понимает неурегулированность конкретной нормой права закрепленных в его общей норме отношений. Уранский назвал такой подход узким и определил общее положение для всех его представителей: правовое регулирование не охватывает и не должно охватывать собой всего многообразия общественных отношений.²

Другой подход к пониманию сущности пробелов в праве (В.В.Лазарев, О.Э. Лейст, А.Г. Бережнов) связан с более широкой трактовкой сферы общественных отношений, попадающих в сферу интересов правового воздействия. В.В. Лазарев определяет пробел в праве как «полное или частичное отсутствие нормативных установлений, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами, политикой, смыслом и содержанием действующего законодательства, а также иными проявлениями

¹Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления,; .: дис. ... канд. юрид. Наук. М.: 2009, С. 24.

²Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности.:дис. ... канд. юрид. Наук. М.: 2005. С. 8.

классовой воли, направленных на регулирование жизненных фактов в сфере правового воздействия»

О.Э. Лейст внес акцент в понимание пробела в праве, коротко характеризуя его как ситуацию, в которой «факты или отношения законом не оцениваются, но профессиональное правосознание властно диктует необходимость их юридической квалификации.»¹ Аналогичного подхода к определению сущности пробела придерживался, как представляется, и российский правовед И.В. Михайловский, который использовал понятие пробела по отношению к ситуациям, в которых «фактические обстоятельства случая не соответствуют ни одной из описательных частей (предположений) действующих юридических норм».² Отсюда следовало заключение, что «пробел в положительном праве» не дает ответа на поставленный жизнью вопрос.

Ф. Р. Уранский также заметил, что большинство определений пробелов в праве, которые даются в юридической литературе не отражают представлений о различных сферах общественных отношений, одни из которых попадают в рамки законодательного регулирования, а другие –нет, следовательно, смешиваются представления о пробелах как о недостающем элементе уже существующих правовых норм, так и о пробелах, как о полном отсутствии правовой нормы.³

Также, можно выделить некую третью умеренную позицию к пониманию пробела в праве. В рассуждениях Д. Н. Рябовой было затронуто понятие «правового вакуума», под которым понимается отсутствие правовых норм, необходимых для регламентации неурегулированных ранее, но нуждающихся в правовой регламентации вновь возникших общественных отношений. С этой точки зрения пробел в праве — это полное или частичное

¹Лейст О.Э. Реализация права / Теория государства и права: Курс лекций. М.: 1996. С. 430.

²Михайловский И.В. Очерки философии права / Теория государства и права. Хрестоматия. Учебное пособие. М.: 1998. С. 712.

³Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности.:дис. ... канд. юрид. Наук. М.: 2005. С. 12.

отсутствие правовых норм, необходимость которых обусловлена развитием уже сложившихся общественных отношений и потребностями практического решения дела.

Эта позиция является весьма спорной, поскольку в действительности очень сложно разграничить вновь возникшие и уже сложившиеся общественные отношения. К тому же, если речь идёт о практическом решении дела, то те или иные общественные отношения уже фактически существуют, вне зависимости от того, урегулированы они правом или нет.

В научной литературе существует множество различных точек зрения касательно определения понятия «пробел в праве», но все они в той или иной степени пересекаются друг с другом, содержат общие черты. Для дальнейшего понимания определения термина мы считаем необходимым выделить признаки (критерии существования) пробела в праве.

Исходя из представленных выше определений, можно выделить первый признак – полная или частичная неурегулированность общественных отношений правовыми нормами. Данный признак может выражаться в трёх случаях:

1. Отсутствие нормы.
2. Неполнота нормы.
3. Противоречие норм права.

При этом, В. В. Лазарев, как сторонник широкой трактовки сферы общественных отношений, попадающих в сферу интересов правового воздействия, считал, что далеко не всегда отсутствие или неполнота нормы будут являться критерием пробела, поскольку иногда может иметь место «преднамеренное молчание» законодателя, то есть такая ситуация, при которой законодатель намеренно трактует норму таким образом, чтобы оставить какой-либо вопрос открытым с целью предоставить его решение течению времени или усмотрению правоприменительных органов. К той же

разновидности норм стоит отнести и те, в которых содержатся абстрактные понятия, не поддающиеся точному нормативному определению.¹

Вторым критерием является необходимость существования данной нормы права. Пробел в праве не может существовать за пределами урегулированной правом сферы общественных отношений, если только нет определенных факторов, обуславливающих объективную необходимость существования данной нормы права (уже существующие между субъектами права отношения, требующие правовой регламентации, качественно новые правовые явления, требующие юридического оформления и так далее). Иными словами, пробел в праве не может существовать там, где нет и не должно быть правового регулирования. Следует обратить внимание на то, что пробел в праве нельзя путать или отождествлять с ошибкой в праве как результатом неверной оценки объективных условий и проявления не той законодательной воли, которую следовало бы воплотить в нормативном правовом акте. Ошибка в праве возможна, если правотворческий орган ошибочно считает какие-либо отношения не подлежащими правовому регулированию; ошибочно полагается на конкретизацию права в ходе правоприменительной деятельности; ошибочно передаёт вопрос на усмотрение правоприменителя.

Для полного понимания сущности такого правового явления, как «пробел в праве», необходимо определить также источники пробелов в праве. Л. С. Явич, например, в качестве причины появления пробелов в праве, называет помимо развития и изменения общественных отношений, также и такие упущения законодателя, как: недосмотр, отсылка к актам, которые не приняты, неурегулированность порядка применения закона, намеренные упущения и т.д.²

В целом, большинство ученых сходятся во мнении, что источником пробела могут быть два основным обстоятельства: неизбежное отставание

¹Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юрид. Лит, 1974. С. 16.

²Явич Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 143.

законодательства от более динамично развивающихся общественных отношений; ошибки и упущения самого законодателя, низкий уровень его законотворческой культуры.¹

Основной вопрос, который отражает сущность различий при узком и широком подходах к проблеме пробела в праве состоит в установлении круга общественных отношений, подлежащих правовому регулированию.

Представители узкого подхода в качестве критериев для определения сферы обязательного правового регулирования называют: природу общественных отношений; цели и задачи, стоящие перед государством и обществом.

С точки зрения возможной регламентации посредством правовых норм общественные отношения подразделяются на три группы:

1. отношения, которые по своим объективным свойствам исключают возможность правового воздействия на них;
2. отношения, в принципе допускающие их юридическую регламентацию, но в данный конкретный момент в ней не нуждающиеся;
3. отношения, в определенной степени уже подвергнутые регулированию при помощи норм права, т.е. уже ставшие предметом правового воздействия.

В качестве признака, позволяющего отнести те или иные общественные отношения к определенной группе, в данном случае используется характер поведения участников этих отношений, который, с одной стороны, должен допускать возможность внешнего контроля, а с другой стороны, требовать принудительного соблюдения поведения, предусмотренного правовыми нормами.

Отсюда следует, что по отношению к первой из трех, представленных выше, групп общественных отношений говорить о пробелах в праве нельзя

¹Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 489.

вообще; по отношению ко второй – можно говорить лишь о пробелах с точки зрения правосознания, но не права, т.к. правом эти отношения еще не охвачены, а правосознание – это именно та категория, которая охватывает не только уже существующие правовые нормы, но и представления о том, какими они должны быть в будущем; соответственно остается лишь третья группа общественных отношений, уже охваченная правовыми нормами, в которых и следует искать пробелы.

В результате подобных рассуждений сторонники «узкой» концепции пробелов в праве приходят к следующему выводу: пока законодатель не включил те или иные отношения в сферу правового регулирования, эти отношения, а также связанные с ними споры, не имеют юридического значения и не могут рассматриваться правоприменительными органами. Раз нет объекта правового регулирования, а также самого регулирования, то и пробела в нем быть не может.

По мнению же сторонников широкого подхода к определению пробела, подобное ограничительное понимание сферы правового регулирования обусловлено, с одной стороны, субъективным истолкованием основных правовых понятий и в частности понятий «право» и «закон», а с другой стороны — абсолютизацией самого понятия «пробела», когда таковым обозначаются явления, связанные с предоставленной правоприменительным органам возможностью конкретизировать абстрактные, оценочные понятия, употребляемые в законе (обычай делового оборота, справедливые намерения и т.п.).¹

Таким образом, если подвести итог выше сказанному и постараться найти середину между узким и широким подходом к пониманию «пробела в праве», можно сделать вывод, что пробел в праве характеризуется не только как субъективный процесс, связанный с просчетом законодателя, но и как

¹Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности.:дис. ... канд. юрид. Наук. М.: 2005. С. 12.

процесс, имеющий тенденции объективного общественного развития, направленного на формирование новых правоотношений.

Исследование и конкретизация вопроса о понятии и сущности пробелов в праве является необходимым, поскольку без этих знаний становится невозможным эффективное преодоление данного правового явления.

На основании вышеизложенного можно сформулировать дефиницию понятия «пробел в уголовно-процессуальном праве» – это полное или частичное отсутствие в уголовно-процессуальном праве нормативных предписаний в отношении фактических обстоятельств, нуждающихся в уголовно-процессуальном регулировании, а также недостаточная определенность формулировок уголовно-процессуальных норм, не позволяющая однозначно толковать их содержание.

1.2 Классификация пробелов в уголовно-процессуальном праве

Представления ученых о сущности и происхождении пробелов в праве весьма разнообразны. По вопросу классификации пробелов мнения авторов также значительно различаются. В правовой науке предпринималось множество попыток классифицировать пробелы. Эта проблема очень важна, поскольку в зависимости от вида пробела по-разному решается вопрос о способе преодоления правоприменительными органами данного нежелательного правового явления.¹

В. К. Забигаило писал: «Классификация пробелов по видам – несомненно, важная и необходимая ступень в изучении природы этого явления, причин возникновения пробелов, возможностей их предупреждения и преодоления. Позитивная разработка данного вопроса имеет важное практическое значение для правотворческой и правоприменительной

¹Лазарев В.В. О видах пробелов в праве. Л.: Юрид. Лит., 1969. С. 30.

деятельности: совершенствования законодательного процесса, улучшения законодательной техники, укрепления законности в процессе применения права и т.д.»¹

В юридической литературе существует узкий и широкий подходы к пониманию сущности пробела в праве, отталкиваясь от них, ученые строят свои теории касательно вопроса классификации пробелов.

Сторонники узкого подхода к пониманию сущности пробелов в праве разделяют все пробелы на мнимые и реальные. Мнимым пробелом считается явление, при котором конкретная сфера общественных отношений не урегулирована правом, но, по мнению отдельных лиц, нуждается в правовом регулировании. Мнимый пробел – это субъективный недостаток, он существует в силу логических заключений того или иного исследователя данного вопроса. Следовательно, мнимым называется пробел, который фактически не существует, он искусственный, надуманный.² А. С. Пиголкин считает, что не существует пробела тогда, когда определенный вид общественных отношений, входящий в сферу правового регулирования, недостаточно регламентирован нормами права конкретного содержания, однако имеются нормы более общего характера, которые с полным основанием могут быть применимы к данному конкретному виду общественных отношений.

Реальным же пробелом при таком подходе является отсутствие правовой нормы или ее части, регулирующей конкретные общественные отношения, находящиеся в сфере правового регулирования, вне зависимости от сознания, воли или субъективного восприятия какого-либо лица.

Основоположником данной теории выступил немецкий юрист Эрнст Циттельман, который предлагал называть мнимые и реальные пробелы «настоящими» и «ненастоящими». «Настоящими» он считал те случаи, когда

¹Забигайло В.К. Проблема пробелов в праве. К.: Юрид. Лит., 1974. С. 50.

²Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Московского университета. Серия 11. 2005. № 5. С. 111.

закон не предоставляет никакой возможности разрешения возникшей перед субъектом права юридической ситуации, тогда как решение должно быть вынесено, а также случаи, когда воля закона ясна, но в ее рамках имеется несколько возможностей, а закон умалчивает, какую из них предпочесть. Таким образом, в качестве «настоящего пробела» рассматривается неполнота правового акта или пробел в законе.

Однако В. В. Лазарев и Ф. Р. Уранский считают, что термины «настоящий» и «ненастоящий» могут лишь дезориентировать практику по преодолению пробелов, поскольку хоть и в некоторых случаях целесообразно показать соответствующим термином первостепенное значение того или иного явления, но первоначальная задача заключается в преодолении самого пробела.¹

В связи с принятием Федерального закона от 30 апреля 2010 года № 69-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»» в Уголовно-процессуальном кодексе появился новый принцип права – осуществление уголовного судопроизводства в разумный срок. Данный принцип гласит, что судопроизводство должно осуществляться сроки, установленные Уголовно-процессуальным кодексом, но уголовное преследование, назначение наказания и прекращение уголовного преследования должны осуществляться в разумный срок. Однако, законодатель не дал определение понятию «разумный срок», а констатация нарушения данного принципа носит во многом оценочный характер. Безусловно, законодатель указал, что при определении разумного срока нужно учитывать такие обстоятельства, как как правовая и фактическая сложность уголовного дела, поведение участников уголовного судопроизводства, достаточность и эффективность действий суда, прокурора, руководителя следственного органа, следователя, органа

¹Лазарев В.В. О видах пробелов в праве. Л.: Юрид. Лит.,1969. С. 30.

дознания, начальника органа дознания, начальника подразделения дознания, дознавателя, производимых в целях своевременного осуществления уголовного преследования или рассмотрения уголовного дела, и общая продолжительность уголовного судопроизводства, но не установил четких критериев по срокам для разбирательства уголовных дел, превышение которых, безусловно, должно считаться нарушением данного принципа. Такая неясность формулировок вполне может считаться реальным пробелом в праве.

Одной из самых частых в правовой литературе разновидностей пробелов в праве являются пробелы «коллизийные». Причиной их возникновения является наличие «абсолютного противоречия» в нормах одного акта либо противоречия в требованиях норм различных нормативных актов. В результате того, что и те, и другие нормы являются действующими, они нивелируют друг друга, образуя пробел в праве.¹ Противоречащие друг другу нормы не всегда свидетельствуют о «коллизийном» пробеле. Это зависит от характера и форм самих противоречий. Если, например, действие субъекта регулируется в одно и то же время обязывающей и запрещающей нормой, то мы имеем больше оснований говорить о коллизийном пробеле, нежели в случае, когда это действие регулируется обязывающей и управомачивающей нормой. Следовательно, сама по себе коллизия норм права, равно как и иное нечеткое или неверное регулирование вопроса, еще не означает наличия пробела в праве. Однако отмеченные обстоятельства способствуют появлению пробелов.

К коллизийным пробелам можно отнести противоречия между статьями 50, 52 и 75 УПК РФ. Статья 50 УПК РФ гласит, что, если участвующий в уголовном деле защитник в течение 5 суток не может принять участие в производстве конкретного процессуального действия, а подозреваемый, обвиняемый не приглашает другого защитника и не

¹Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности. : дис. ... канд. юрид. Наук. М.: 2005. С. 12.

ходатайствует о его назначении, то дознаватель, следователь вправе произвести данное процессуальное действие без участия защитника (за исключением случаев, предусмотренных пунктами 2-7 части первой статьи 51 УПК). Статья 52 УПК предусматривает добровольный отказ лица от защитника, что тоже позволяет следователю или дознавателю провести следственное действие при отсутствии защитника. Однако, в то же самое время статья 75 УПК РФ содержит положение, при котором показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде являются недопустимыми доказательствами. Получается, что показания подозреваемого или обвиняемого, данные им в ходе следственного действия, проводимого в соответствии с требованиями УПК РФ, но при отсутствии защитника, и не подтвержденные подозреваемым или обвиняемым в суде, автоматически признаются недопустимыми и не только не могут быть проверены, сопоставлены с другими доказательствами по делу и оценены, они вообще не могут быть исследованы в судебном заседании.

Акимов В. И., как сторонник узкого подхода к пониманию пробела в праве, выделял законодательные и технические пробелы. Законодательные целесообразно урегулировать новым законом, а под техническими понимается, что определенная ситуация в целом урегулирована нормами права, но суду даны не все необходимые указания, как именно следует ее разрешить.¹ Главное отличие состоит в том, что в первом случае устранить пробел можно лишь в законодательном порядке, а во втором имеет место быть восполнение судом по аналогии. В данном случае затрагивается вопрос о восполнении пробелов. Однако, Забигаило В. К., например, под техническим пробелом понимал недостатки нормативно-правовых актов,

¹Акимов В.И. Понятие пробела в праве. М.: НОРМА-ИНФА-М, 1969. С. 70.

связанные с несовершенством законодательной техники, которые порождают двусмысленность, пробельность и другие несовершенства права.¹

В. В. Лазарев, как сторонник широкого понимания пробела в праве, считал, что наиболее приемлемым и простым с точки зрения последующего устранения пробелов является их деление на виды по следующим признакам:

1. По структуре права (в зависимости от его выражения) – пробел в законе, в решении, в постановлении и т.д.
2. По отраслям права.
3. По времени возникновения пробелов.²

По времени возникновения ряд авторов (С.С. Алексеев, В.В. Лазарев, И.В. Михайловский) делят пробелы на первоначальные и последующие. Первоначальные пробелы возникают в момент издания нормативного акта. В отечественной правовой системе они появляются вследствие того, что законодатель либо вообще не знал о наличии обстоятельств, требующих нормативного урегулирования, либо не осознавал необходимости урегулирования известных ему общественных отношений, либо же, зная о них и сознавая необходимость их закрепления в праве, упустил их регулирование при издании акта.³

Также, по мнению Ф. Р. Уранского, первоначальные пробелы подразделяются на две группы: простительные и непростительные. «Простительные» пробелы возникают в том случае, когда законодатель не знал и не мог знать о существовании отношений, требующих правового регулирования. В том случае, когда законодатель знал или мог знать о существовании таких отношений, или же мог предвидеть возможность их возникновения в ближайшем будущем, знал о необходимости их закрепления

¹Забигаило В.К. Проблема пробелов в праве в современной буржуазной юриспруденции. М.: НОРМА-ИНФА-М, 1974. С. 116.

²Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юрид. Лит., 1974. С. 32-33.

³Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Московского университета. Серия 11. 2005. № 5. С. 114.

в нормативном акте, но не сделал этого, то такие пробелы называются «непростительными».

На наш взгляд, применение данной классификации лишено смысла, поскольку понятия «простительные» и «непростительные» представляются нам сугубо оценочными, а также сложно понять, каким образом изучение и применение данной классификации способствует решению главной проблемы – преодолению пробелов в уголовно-процессуальном праве. Возможно в данном случае было бы правильно, оглядываясь на труды В. В. Лазарева, называть «непростительные» пробелы квалифицированным молчанием законодателя.

Последующие пробелы появляются уже после издания и вступления в силу нормативно-правового акта. Их возникновение может обуславливаться двумя причинами: появление совершенно новых общественных отношений, не существовавших ранее, которые требуют правового регулирования; возникновение необходимости в регулировании явлений, которые хоть и существовали раньше, но не требовали законодательного оформления.¹

В качестве последующего пробела, опять же можно привести в пример содержание ст. 5 УПК РФ. Так, в ней отсутствуют дефиниции приема и проверки сообщений о любом совершенном или готовящемся преступлении, хотя законодатель оперирует данными понятиями в ст. 144 УПК РФ. О регистрации таких сообщений вообще в УПК РФ ничего не сказано, однако каждое из них подлежит обязательной регистрации в специально предназначенной для этого книге.

М. А. Кауфман, изучая в своей работе проблему пробелов в уголовном праве, считает, что все приведенные выше классификации имеют место быть, и они применимы для всех отраслей права. Однако, для наиболее полного и глубокого понимания и последующего преодоления пробелов для какой-то конкретной отрасли права необходимо использовать такие

¹Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Московского университета. Серия 11. 2005. № 5. С. 114.

квалифицирующие критерии, которые позволят раскрыть особенности, специфические черты пробелов, характерных именно для данной отрасли. М. А. Кауфман предлагает следующую классификацию разновидностей пробелов:

1. Пробелы в Общей части УК РФ.
2. Пробелы в Особенной части УК РФ:
 - Пробелы в диспозиции статьи УК РФ.
 - Пробелы в санкции статьи УК РФ.¹

Данная классификация отражает особенности юридической техники, помогает обеспечить возможность более глубокого изучения юридической природы пробелов, причин их возникновения и, что особенно важно, может быть положена в основу последующего определения способов их устранения.

Мы считаем, что данная классификация вполне применима и к уголовно-процессуальному праву и, с учётом особенностей этой отрасли предлагаем следующие критерии для классификации:

1. По структуре УПК.
2. По структуре уголовно-процессуальной нормы.

По структуре УПК можно выделить пробелы в Общей части и пробелы в Особенной части. Пробелы Общей части зачастую носят «технический» характер, поскольку отношения, регулируемые данными нормами, являются достаточно статичными и стабильными, в связи с этим отсутствие какой-либо нормы представляется достаточно редким явлением, которое может быть вызвано в основном возникновением новых отношений, требующих правового регулирования, а также развитием существующих, чьё законодательное закрепление ранее не являлось необходимым.

В отличие от Общей, Особенная часть регулирует более динамичные общественные отношения, постоянное изменение которых вынуждает законодателя вносить частые изменения в нормы УПК. Из-за данной

¹Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления,; .: дис. ... канд. юрид. Наук. М.: 2009, С. 14, 26.

особенности причины возникновения пробелов могут быть куда более разнообразными.

Разделение на виды пробелов в уголовно-процессуальном праве способствует выявлению недостатков данной отрасли права, правильному и своевременному их установлению, устранению и преодолению. Следовательно, изучение пробелов и их классификаций необходимо и имеет большое значение как для науки уголовного процесса, так и для практики применения уголовно-процессуальных норм.

ГЛАВА 2 УСТАНОВЛЕНИЕ И ПРЕОДОЛЕНИЕ ПРОБЕЛОВ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ

2.1 Проблематика пробелов в уголовно-процессуальном праве

Проблема пробелов в праве вставала перед правоведами во все времена, и каждая историческая эпоха требовала своего гражданского решения. Так, еще Аристотель полагал, что пробелы в праве надо восполнять неизменными законами природы, естественным правом. В Российской Федерации, как в прочем и в любом другом государстве, просто необходимо разрабатывать эффективные механизмы преодоления пробелов в праве как минимум потому, что законодательная власть представляет из себя коллегиальный орган с многоэтапной процедурой принятия законов, что делает очень затруднительным, а порой и невозможным его оперативное реагирование на появление пробелов в праве.

Единственным механизмом устранения пробелов, помимо законотворческой деятельности, в российской практике выступают Постановления Конституционного суда и Верховного Суда Российской Федерации. О правильности данного суждения свидетельствует в том числе и многократный рост исследований, посвященных нетипичным, спорным ситуациям в праве, т.е. пробелам в праве, механизмам их толкования и применения аналогии.

В современном цивилизованном мире право выступает как регулятор общественных отношений, в то же время являясь особой их формой.

Нормы права – это правила общего поведения, по сути, упорядочивающие поведение субъектов конкретных отношений путем наделения их определенными правами и обязанностями не в ущерб интересам субъектов¹.

¹Матузов Н. И.; Малько А. В. Теория государства и права. Курс лекций. М.: Юрид. Лит., 2003. С. 301.

Субъектам, в свою очередь, представлена возможность защищать свои права и обязанности путем требования их восстановления. Такая защита осуществляется на уровне специальных государственных органов (прокуратура, суд, управления социальной защиты и пр.).

Но не все общественные отношения регулируются и регламентируются надлежащим образом – на практике зачастую встречаются пробелы в праве.

Пробелы права представляют собой отсутствие необходимой нормы права, её неполноту, либо противоречие(расхождение) между нормами или нормативно-правовыми актами различных уровней, которые регулируют одни и те же, или смежные в силу своей природы общественные отношения, возникающие при осуществлении определенными лицами своих полномочий¹.

Пробелы в праве возникают на современном этапе развития законодательства довольно часто, и для их разрешения требуется высокий уровень мастерства толкователя права и того, кто такое право применяет, а также тонкий анализ ситуации и обстоятельств, под влиянием которых сложились определенные общественные отношения и которые послужили возникновению конкретного пробела, что приведет к наиболее целесообразному варианту разрешения данной проблемы.

Но, к сожалению, несмотря на большое количество таких ситуаций, в настоящее время их разрешение не является первоочередной задачей правотворчества. В данном случае куда большую роль играет судебная практика.

Отсюда можно сделать вывод, что сущность проблемы пробелов в праве заключается в ухудшении работы правовой системы, законности и правопорядка, отсутствие законодательной инициативы по мониторингу системы права касательно ее соответствия общественным отношениям, что зачастую на практике приводит к нарушению конституционных прав

¹ Денисов Д.В. Юридические коллизии: понятие и причины возникновения. М.: НОРМА-ИНФА-М, 2018. С. 43.

граждан, поскольку такие ситуации, очевидно, затрудняют работу системы судов Российской Федерации.

Несвоевременное восполнение возникающих в праве пробелов приводит не только к тому, что имеет место быть несоответствие актов различных уровней и силы друг другу, но и противоречие норм права одного и того же закона, либо вовсе их отсутствие. Следствием этого является высокая сложность единообразной реализации законов и создания единообразия судебной практики, на фоне чего, безусловно, растет уровень злоупотребления правом¹.

Пробелы в праве есть следствие изменчивости общественных отношений, которые регулируются консервативным по своей сути правом, то есть реакция законодателя в данной области всегда более медленная, чем требует темп развития общественных отношений и те нестандартные ситуации, которые возникают в процессе жизнедеятельности общества.

Процесс приведения права в соответствие с требованиями уровня общественного развития и политики государства, экономической ситуации и состояния рынка, множества иных факторов – достаточно длительный и сложный процесс, который обнаруживает в себе противоречия, нестыковки, необходимость проработки старых данных и инициации нововведений и прочего².

В результате приведения права в соответствие с таким множеством факторов, многие нормы права трансформируются, некоторые перестают действовать, часть требует различных методов для урегулирования. В процессе работы над нормами различных уровней права необходимо учитывать, что такие нормы не могут противоречить международным стандартам, нравственным, демократическим, гуманистическим и иным принципам.

¹ Артемова С.Ю. Федеральные и региональные юридические коллизии: вопросы классификации. М.: Юрид. Лит., 2017. С. 611.

² Дзялошинский И.М. Коммуникационные процессы в обществе: институты и субъекты. М.: АПК и ППРО, 2012, С. 144.

Исходя из сказанного выше, а также учитывая темп развития общества и мирового сообщества, можно с уверенностью сказать, что возникновение пробелов в праве есть процесс естественный и неизбежный.

К иным факторам, которые сказываются на возникновении пробелов в праве, можно отнести, по мнению многих теоретиков, субъективные причины их возникновения, такие как действия отдельных органов и должностных лиц, что отсылает к непродуманности и несоординированности законотворчества, низкой правовой культуре общества и действующей власти.

Отмечается, что в основе многих пробелов в праве лежат политические проблемы и неразрешенные вопросы, образующиеся в результате нарушения принципа разделения властей, лоббизм, упразднение структур и прочее. Именно в таких условиях принимается множество противоречивых, несогласованных и не отвечающих действительности актов.

Часто пробелы в праве образуются из-за различий в понимании права, что носит не только теоретический, но и практический характер, отражающийся на судебной практике и эффективности механизма правового регулирования. Такая ситуация, по мнению некоторых ученых, приобретает форму «коллизии правосознания общества».

Изучая понятие пробела в законе в более ситуативном понимании, ряд теоретиков и исследователей вообще указывает на то, что актуальная система права и не должна покрывать все разнообразие общественных отношений в государстве и социуме.

Что касается понимания пробела в правовой действительности, то это в первую очередь недостаток законодателя, упущение, то, что должно быть присуще праву, но отсутствует в праве в данный момент¹. Соответственно, получается, что возникновение пробелов в праве возможно исключительно в сфере правового регулирования, в области таких общественных отношений,

¹ Подлесных С.Н. Понятие и причины возникновения пробелов в праве. Вестник Воронеж. Ун-та ФЦИН России: сб. науч. Трудов. В.: 2010, С. 24.

которые должны быть урегулированы законом, но в настоящее время в законе не отображены.

Встречаются ситуации, когда законодатель намеренно не предусматривает в законе ряд ситуаций, что представляет собой квалифицированное молчание, которое необходимо отличать от пробелов в праве¹.

Анализируя и трактуя понятие пробела в праве в рамках приведенных подходов и теорий, ясно, что определение термина пробел в уголовно-процессуальной отрасли права не может вступать в противоречия с общим понятием пробела.

По сути, возникновение пробела в уголовно-процессуальном праве имеет субъективную и объективную природу.

С одной стороны, общественный прогресс, появление и развитие отношений в сфере уголовного судопроизводства составляют объективную причину возникновения пробелов в уголовно-процессуальном праве.

С другой стороны, существует большое множество субъективных причин, оказывающих влияние на наличие такого явления в уголовно-процессуальной отрасли права, а именно:

- несовершенство законодательства и низкая скорость реакции на изменения в обществе и множестве иных взаимосвязанных с правом областей,
- допущение ошибок в процессе правотворчества,
- упущение из виду различных элементов, формирующих спорные отношения, в процессе правотворчества,
- неверное определение отношений, которые требуют создания нормы, регулирующей их.

¹Баранов В.М. Квалифицированное молчание законодателя как общеправовой феномен Пробелы в российском законодательстве. М.: НОРМА-ИНФА-М, 2008, С. 76.

2.2 Методы установления и преодоления пробелов в праве

Одной из основных причин существования пробелов в уголовно-процессуальном праве является отсутствие четкого механизма их выявления. Начинать анализ данной проблемы, следует с разграничения смежных понятий «установления» и «выявления» пробелов. В словаре Д.Н. Ушакова определение «выявление» раскрывается с помощью таких синонимов, как «обнаружить, показать, сделать очевидным, проявить». По мнению С.И. Ожегова «выявить» значит сделать явным, обнаружить, вскрыть. Если рассмотреть приведенные выше определения в контексте пробелов в уголовно-процессуальном праве, можно сказать о том, что при выявлении пробела мы его обнаруживаем, показываем, проявляем.

Категория «установление» растолковывается С.И. Ожеговым как «назначить, утвердить, доказать, выяснить, обнаружить». То есть, применяя данные понятия к нашей проблематике, можно сказать о том, что установление идет вслед за выявлением, тем самым закрепляя и утверждая обнаруженную брешь.

По мнению С.Н. Подлесных «Установление пробелов в праве – это часть правотворческой деятельности. Когда компетентный орган доказывает обоснованность принятия нового нормативного акта, он тем самым устанавливает пробелы в уголовно-процессуальном регулировании. Проверка обоснованности законодательного предложения есть собственно установление пробелов в уголовно-процессуальном праве».¹ Перед тем как устранить пробел или восполнить его, законодательный орган должен пробел установить, то есть признать и обосновать его существование. Следовательно, установить пробел может только правотворческий орган,

¹Подлесных С.Н. Пробелы в уголовно-процессуальном праве. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 146.

чего нельзя сказать про выявление, в субъектном составе которого присутствуют все участники правоотношений.

Сам механизм установления причин возникновения пробелов, а также определение средств и механизмов, использование которых способно преодолеть их, составляет основу в вопросе надлежащего разрешения проблематики восполнения пробелов в современном праве.

Стоит отметить, что выявление и установление пробелов не является следствием непрерывного их поиска и мониторинга действующих отраслей права. Напротив, на практике, зачастую, выявление пробела происходит в момент, когда какой-либо орган или должностное лицо, разрешая какую-либо спорную ситуацию, сталкивается с тем, что в законе нет инструмента, с помощью которого такая ситуация была бы преодолена.

Резюмируя можно утверждать, что с теоретических позиций весьма продуктивно выделить в процедуре (схеме) коррекции законодательства три стадии: 1) выявление пробела, 2) установление пробела, 3) устранение пробела либо его восполнение. Большинство ученых, изучавших проблему пробелов в праве, зачастую допускают смешение вышеуказанных терминов, придавая им одинаковый или общий смысл. Однако, на наш взгляд, существует острая необходимость разграничения данных этапов для дальнейшего более глубокого изучения этой проблематики.

Для каждой из перечисленных выше стадий характерен свой субъектный состав. Говоря о непосредственном выявлении пробелов, стоит сказать,

что здесь задействован самый широкий круг участников, так как деятельность по выявлению пробелов законодательно не регламентирована и не ограничена.

Основной группой на этом этапе являются правоприменители, то есть те субъекты, которые напрямую «работают» с нормами права и используют их

для решения служебных задач. Это могут быть, к примеру, судьи, прокуроры, следователи и их руководители, дознаватели, их начальники, адвокаты и так далее. Они являются первыми, кто ощущает существование пробелов в уголовно-процессуальном праве. Они же несут на себе основное бремя в преодолении пробелов, создавая соответствующую практику и формируя конкретные прецеденты, тем самым подавая сигналы уполномоченным органам для официального установления пробелов, и их дальнейшего устранения или восполнения.

К сожалению, практика такова, что выявление ситуации, не урегулированной законом, не является единичным феноменом, а напротив является одним из закономерных этапов развития права.

Поэтому, обобщая сказанное выше, можно сказать, что сама мысль о существовании пробелов и необходимости создания эффективного механизма их восполнения и преодоления поддерживает сложившаяся практика правоприменения¹.

Деятельность по установлению пробелов, а затем и их устранению, и правотворческая деятельность соотносятся между собой как часть и целое.

Деятельность по устранению пробелов в праве подразумевает под собой необходимость изменения правового регулирования, т.е. замещения его иными видами².

К такой деятельности необходимо отнести:

- законодательную инициативу по изданию акта, который призван собой определить и закрепить отношения, которые еще не урегулированы правом. По сути, это и есть признание существования пробела в праве.

- изучение обоснованности и необходимости в принятии такой законодательной инициативы, что соответствует процессу установления наличия пробела в праве,

¹Уранский, Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве. М.: Юрлитинформ, 2005. С. 111 – 121.

²Абрамова А.И. Современный законодательный процесс Российской Федерации: стадии и проблемы их совершенствования. М.: НОРМА-ИНФА-М, 2007. С.14-23.

- правотворчество соответствующих органов, что представляет собой формулирование и закрепление гипотезы в отношении установленного пробела и механизма его преодоления,

- утверждение наличия пробела в праве посредством принятия нормативного акта, который такой пробел урегулирует.

Следовательно, процесс установления пробелов в современном праве проходит следующие этапы:

– изучение состояния и содержания актуальной правовой системы,
– анализ общественных отношений, функционирование которых послужило возникновению какого-либо нормативного акта, регулирующего такие отношения, либо которые стали причиной необходимости издания соответствующего акта,

– анализ общественных отношений, непосредственно связанных с нормативным актом, который бы регулировал спорные отношения,

– осуществление правотворческой деятельности различных органов в зависимости от их компетенции и подчиненности спорных отношений,

– изучение судебной практики,

– формирование правосознания.

Каждая область познания в процессе реализации механизмов по установлению пробелов в праве подразумевает применение своего метода исследования – конкретно-социологического или формально-юридического.

Методами конкретно-социологического исследования, то есть изучения общественных отношений в различных областях социальной реальности, являются сбор информации посредством анкетирования, проведения социологического эксперимента, наблюдения, проведения интервьюирования, сбор данных посредством опросов, статистический анализ полученных количественных данных и прогнозирование на основании сделанных выводов.

Формально-юридический метод, изучающий право в отрыве от других сфер общественной жизни, таких как экономика, социология, политика,

мораль и прочие, представляет собой совокупность различных приёмов и способов анализа и синтеза сущности и содержания функционирующего законодательства. Из-за того, что в рамках такого подхода право изучается буквально изолированно от других систем и наук, то имеет место отрыв от некоторых важных сторон права, которыми оно соприкасается с другими сферами общественной жизни.

В рамках такого метода право толкуется всевозможными способами, в том числе по аналогии, от частного к общему, от большего к меньшему, от условий к следствию и пр¹.

Толкуя право с использованием указанных методов, следует учитывать такие особенности их применения, как:

- основанием для применения таких методик является выявленная неполнота или отсутствие норм права,

- социологические средства доказывают потребность издания отсутствующих норм, которые должны регулировать спорные выявленные отношения,

- указанные методы позволяют установить объективные, субъективные, первоначальные и последующие пробелы при правильно анализе статистических данных и прогнозировании,

- установление пробела в праве не всегда есть следствие ясно выраженного требования норм права,

- ни один из способов толкования права не является преимущественным и подлежит применению в зависимости от ситуации либо в совокупности с другими инструментами.

Немаловажную роль в процессе выявления пробелов играют и ученые. Изучение тенденции развития уголовно-процессуальных правоотношений, а также анализ не только отечественной, но и мировой истории уголовно-

¹ Лазарев В.В. Избранные труды. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. Новая юстиция. М.: Юрид. Лит, 2010. С. 213.

процессуального права, позволяющей избежать «столкновения» с пробелами еще на уровне доктрины.

Продуктивное и рациональное предложение высказывает В.В. Лазарев, говоря, что «большую помощь в совершенствовании права могут оказать юридические вузы. Они не могут, естественно, при существующих условиях загруженности преподавательского состава педагогической работой уделить данной работе то внимание, какое оказывает ей научно-исследовательский институт. Но в составе юридических институтов и юридических факультетов могли бы быть образованы кабинеты систематизации законодательства или проблемные лаборатории, которые бы при активной помощи всех ученых специально занимались проблемами текущего и перспективного нормотворчества»¹. На наш взгляд, данная концепция, предложенная еще в 1974 году, действительно приносила бы существенную пользу для своевременного совершенствования уголовно–процессуального законодательства. На данный момент существует острая потребность создания системы научного прогнозирования, которая в состоянии изучать направления вектора общественных отношений, для выявления, а как следствие и предотвращения появления пробелов в отечественном праве.

Обращаясь к вопросу борьбы с пробелами, как правило, ученые используют три основных понятия: устранение, восполнение и преодоление. Указанные понятия, в зависимости от субъективной позиции автора, употребляются и как синонимы, и как понятия, имеющие самостоятельное значение.

Произвольным является и их соотношение между собой. Так, понятие «устранение» используется, с одной стороны, в качестве синонима понятия «восполнение», с другой стороны, – в качестве родового понятия по отношению к «восполнению» и «преодолению» пробелов.

¹Лазарев В.В. Избранные труды. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. Новая юстиция. М.: Юрид. Лит., 2010. С. 46.

Например, в монографии «Пробелы в уголовно-процессуальном праве» С. Н. Подлесных отмечает: «Устранить пробелы в уголовно-процессуальном праве возможно двумя путями: преодоление, восполнение».¹ Есть и иная точка зрения на соотношение указанных понятий, согласно которой преодоление пробелов является более широким понятием, включающим в себя восполнение пробелов, осуществляемое в процессе правоприменительной деятельности, и устранение пробелов, осуществляемое в процессе правотворчества.² При этом не учитывается, что понятия «преодоление пробелов» и «восполнение пробелов» абсолютно различны по своей сути и не могут находиться в родовидовой взаимосвязи. Восполнить пробел – значит заполнить пустоту в праве, а преодолеть пробел – перейти через пустоту, не заполняя её.

На наш взгляд, каждое из указанных понятий имеет самостоятельное значение. Это обусловлено тем, что бороться с пробелами возможно в рамках трех самостоятельных видов правовой деятельности: правотворческой, интерпретационной и правоприменительной. Каждому виду деятельности должно соответствовать свое понятие.

Таким образом, можно резюмировать, что существует три способа решения проблемы конкретного пробела в праве.

Первый способ – устранение пробела в праве. Поскольку имеет место пробел в законе, то устранить его можно только путём принятия нового закона, а это значит, что устранить пробел может только законодательный орган власти в порядке предусмотренной процедуры принятия законов. Данный способ устранения проблемы пробелов является самым неторопливым из всех, поскольку процедура принятия законов имеет в себе особую специфику. От появления будущих норм в виде законопроекта до

¹Подлесных С.Н. Пробелы в уголовно-процессуальном праве. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 146.

²Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение. М.: НОРМА-ИНФА-М, 2009. С. 246.

подписания закона и вступления его в силу проходит очень много этапов, из-за чего теряется очень много времени.

Так, ранее существовала коллизия между ч.3 ст. 8 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» и ст. 450 УПК РФ. В соответствии с ч. 3 ст. 8 упомянутого Закона, производство любых следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения, однако, ст. 450 УПК РФ не предусматривала подобной оговорки. Данная коллизия образовывала пробел в праве, который был устранен федеральным законом "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" от 17.04.2017 N 73-ФЗ.¹, который дополнил УПК статьёй 450.1, закрепляющей следующее положение: «Обыск, осмотр и выемка в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности), включая случаи, предусмотренные частью пятой статьи 165 настоящего Кодекса, производятся только после возбуждения в отношении адвоката уголовного дела или привлечения его в качестве обвиняемого, если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц или по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления, в порядке, установленном частью первой статьи 448 настоящего Кодекса, на основании постановления судьи о разрешении производства обыска, осмотра и (или) выемки и в присутствии обеспечивающего неприкосновенность предметов и сведений, составляющих адвокатскую тайну, члена совета адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, на территории которого производятся указанные следственные действия, или иного представителя, уполномоченного президентом этой адвокатской палаты.»

¹Федеральный закон "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" от 17.04.2017 N 73-ФЗ[Электронный ресурс]: URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения 25.03.2019)

Второй способ – восполнение пробела в праве. Как уже было сказано ранее, восполнить пробел – значит заполнить пустоту в праве. Восполнить пробел можно посредством принятия решений Верховным Судом Российской Федерации и Конституционным Судом Российской Федерации. Деятельность судов по восполнению пробелов обусловлена самим фактом их существования в законе и тем, что процедура принятия нормативных актов требует времени. Суду в таком случае остается одно из двух: или оставить решение неурегулированных вопросов на усмотрение нижестоящих судов, или выработать для них нормативное указание. Поскольку высшие суды не являются законодательными органами, они не принимают новых законодательных норм, а это значит, что в нормах закона пробел как был, так и остается. Суды своими решениями лишь предлагают всем остальным правоприменителям своего рода инструкцию к действиям в подобных ситуациях, руководствуясь которой судьи и иные должностные лица государственных органов смогут решить возникшую перед ними проблему пробельности права. Данный способ позволяет гораздо более быстро и точно реагировать на возникающие в праве пробелы, что хоть и не решает проблему целиком, но позволяет компенсировать отставание в развитии права от развития общественных отношений. Поскольку высшие суды наделены правом законодательной инициативы, вынесенные им решения по проблемным вопросам в будущем могут лечь в основу новых нормативно-правовых норм, принятие которых в последствии устранит тот или иной пробел в праве.

Восполнение пробелов Конституционным Судом РФ может осуществляться двумя путями: во-первых, путем расширительного толкования положений закона и фактически создания новых норм, во-вторых, путем юридического признания отдельных положений закона не соответствующими Конституции РФ. Средствами восполнения пробела высшими судебными инстанциями являются правовые позиции Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ.

Еще за двенадцать лет до принятия ФЗ №73 от 17.04.2017 и устранения коллизийного пробела, о котором было сказано выше, данный вопрос был урегулирован Определением Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 N 439-О "По жалобе граждан С.В. Бородин, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации", которое содержало следующее положение: «Положения статей 7, 29 и 182 УПК Российской Федерации в их конституционно-правовом истолковании, вытекающем из сохраняющих свою силу решений Конституционного Суда Российской Федерации, и в системном единстве с положениями пункта 3 статьи 8 Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" не предполагают возможность производства обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования без принятия об этом специального судебного решения.»¹ Таким образом, пробел был восполнен практикой Конституционного Суда РФ.

В качестве ещё одного примера восполнения пробела Конституционным Судом РФ можно привести Постановление от 21 октября 2014 г. № 25-П, которое посвящено вопросам наложения ареста на имущество. Суд постановил, что «впредь до внесения в действующее правовое регулирование надлежащих изменений, суд при принятии решения об удовлетворении ходатайства органа предварительного расследования о наложении ареста на имущество лиц, не являющихся подозреваемыми, обвиняемыми и гражданскими ответчиками по уголовному делу, должен указывать... разумный и не превышающий установленных законом сроков предварительного расследования срок действия данной меры процессуального принуждения, который при необходимости может быть

¹Определение Конституционного Суда РФ "По жалобе граждан С.В. Бородин, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" от 8 ноября 2005 г. №439-О. // Российская газета.2005. № 22.

продлен судом»¹. Таким образом, Конституционным Судом РФ путем расширительного толкования формулируется новая норма, устанавливающая сроки действия данной меры принуждения и необходимость их продления.

Аналогичные примеры расширительного толкования можно найти в практике деятельности Верховного Суда РФ. Например, в уголовно-процессуальном законодательстве не урегулирован порядок заключения под стражу лица, находящегося в розыске и задержанного не по месту расследования. С учетом высокой потребности в восполнении данного пробела, возможных тяжких последствий из-за неприменения меры пресечения в виде заключения под стражу в п. 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» указано, что «в случае задержания в порядке ст. 91 и 92 УПК РФ лица, объявленного в розыск, суд по месту его задержания вправе рассмотреть ходатайство об избрании в отношении такого лица меры пресечения в виде заключения под стражу. При этом суд должен располагать копиями постановления о возбуждении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и материалов, подтверждающих его обоснованность»². Таким образом, Верховный Суд РФ создал новый механизм, который ранее отсутствовал в уголовно-процессуальном законодательстве.

Третий способ – преодоление пробела в праве. Иногда в практике случаются случаи, когда суд в своей деятельности сталкивается с пробелом в праве, и каких-либо нормативных указаний от высших судов касательно

¹Постановление Конституционного Суда «По делу о проверки конституционности положений частей третьей и девятой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с жалобами ООО «Аврора малоэтажное строительство» и граждан В. А. Шевченко и М. П. Эйдлена» от 21 октября 2014 г. № 25-П // Российская газета. 2014. № 43.

²Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» от 19 декабря 2013 г. № 41 // Российская газета. 2014. № 54.

данной проблемы ещё не вынесено. В таком случае суду приходится решать возникшую проблему самостоятельно. Поскольку в нашей стране судебный прецедент не является источником права, решение суда по конкретному пробелу не может быть положено в основу решения всех аналогичных случаев другими судами. В таком случае, проблему конкретного пробела придётся решать каждый раз заново до тех пор, пока не будет принят новый нормативно-правовой акт или вынесено судебное решение высших судов.

Так, ст. 109 УПК РФ, регулирующая порядок продления сроков содержания под стражей, содержит такое понятие, как «особая сложность уголовного дела», значение которого законодателем не определено: «В случае невозможности закончить предварительное следствие в срок до 2 месяцев и при отсутствии оснований для изменения или отмены меры пресечения этот срок может быть продлен судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня в порядке, установленном частью третьей статьи 108 настоящего Кодекса, на срок до 6 месяцев. Дальнейшее продление срока может быть осуществлено в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, только в случаях особой сложности уголовного дела и при наличии оснований для избрания этой меры пресечения судьей того же суда по ходатайству следователя, внесенному с согласия руководителя соответствующего следственного органа по субъекту Российской Федерации, иного приравненного к нему руководителя следственного органа либо по ходатайству дознавателя в случаях, предусмотренных частью пятой статьи 223 настоящего Кодекса, с согласия прокурора субъекта Российской Федерации или приравненного к нему военного прокурора, до 12 месяцев.». Получается, что суд, применяя данную норму, вынужден самостоятельно толковать данное понятие, что можно увидеть на примере апелляционного определения № 22КА-

388/2018Судебной коллегии по уголовным делам Северо-Кавказского окружного военного суда от 9 августа 2018 года¹.

Как следует из материалов дела в отношении Джанбатырова возбуждены уголовные дела по признакам преступлений, предусмотренных ч. 4 ст. 159 УК РФ (23, 7 и 12 преступлений соответственно), которые были соединены в одно производство, постановлением судьи Махачкалинского гарнизонного военного суда ему избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, срок содержания Джанбатырова под стражей по данному уголовному делу неоднократно продлевался установленным порядком до 12 месяцев. Заместителем Председателя Следственного комитета РФ – руководителем Главного военного следственного управления срок предварительного следствия по данному делу продлён на 3 месяца, а всего до 15 месяцев. В тот же день в Северо-Кавказский окружной военный суд поступило согласованное с руководителем соответствующего следственного органа ходатайство следователя о продлении обвиняемому Джанбатырову срока содержания под стражей свыше 12 месяцев. В обоснование данного ходатайства следователь указал, что Джанбатыров обвиняется в совершении 11 тяжких преступлений, совершённых в составе организованной группы, активным участником которой являлся; имеет близких родственников, постоянно проживающих за границей; обладая специальными познания в области движения ГСМ, может продолжить заниматься преступной деятельностью, а равно скрывать следы совершённых преступлений, путём изготовления новых подложных документов, внесения фиктивных сведений в уже имеющиеся; пользуясь своим авторитетом и влиянием в воинском коллективе, может оказать давление на свидетелей, а также иным образом воспрепятствовать производству по уголовному делу. Постановлением судьи Северо-Кавказского окружного военного суда срок содержания обвиняемого под стражей продлён на 3 месяца, а всего до 15 месяцев. В апелляционной

¹Официальный сайт Северо-Кавказского окружного военного суда [Электронный ресурс]: URL: <http://ovs.skav.sudrf.ru> // (дата обращения 25.03.2019).

жалобе защитник Патахов, считая постановление судьи незаконным и необоснованным, просит его отменить.

Рассмотрев материалы досудебного производства, доводы апелляционной жалобы, судебная коллегия приходит к выводу о том, что постановление судьи является законным, обоснованным и мотивированным, а апелляционная жалоба защитника – не подлежащей удовлетворению по нескольким основаниям, одним из которых является следующее: «В обжалуемом решении судом дана надлежащая оценка наличию исключительных обстоятельств, свидетельствующих об особой сложности уголовного дела, а также о необходимости продления Джанбатырову срока содержания под стражей свыше 12 месяцев.» Таким образом суд истолковал норму статьи 109 УПК РФ, самостоятельно определил для себя какие обстоятельства свидетельствуют об особой сложности уголовного дела и преодолел данный пробел в праве.

2.3 Аналогия как способ преодоления пробелов в праве

Аналогия закона и права – одна из старейших правовых категорий. В России данный институт с XIX века постепенно начал выделяться в обособленное самостоятельное правовое явление, которое первоначально изучалось в рамках толкования норм права.

Для начала необходимо разобраться чем отличаются между собой аналогия права и аналогия закона.

Аналогия закона, по мнению Н. И. Матузова и А. В. Малько, применяется, когда отсутствует норма права, регулирующая рассматриваемый конкретный жизненный случай, но в законодательстве имеется другая норма, регулирующая сходные с ним отношения.¹

Аналогия права по своему объему более широкая правовая категория, нежели аналогия закона. Она применяется, когда в законодательстве

¹Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Юрлитинформ, 2007. С.464.

отсутствует норма права, регулирующая подобные отношения. В этом случае речь дело разрешается на основе принципов права.

По мнению большинства юристов, применение аналогии в уголовно-процессуальном праве представляет собой актуальный действенный способ преодоления установленных пробелов в праве, применение которого определено очевидной неполнотой существующего правового регулирования¹.

Однако есть и другие справедливые актуальные точки зрения.

Ряд исследователей, занимающихся вопросами применения аналогии права и закона, определяют ее не как причину пробела, а как его следствие, с их позиции наличие пробела вызывается не допустимостью аналогии в законе, а иными обстоятельствами. «Существование пробелов и возможность применения аналогии – это два самостоятельных, хотя и связанных между собой явления в праве»

Другие теоретики и исследователи полагают, что под аналогией следует понимать близость двух предметов спора, схожесть их в некоторых признаках, которые дают основания предположить, что такие споры и ситуации схожи и по другим признакам, а, следовательно, могут быть урегулированы одними и теми же нормами права².

В целом, так или иначе, аналогия все-таки является тем инструментом, который создан в целях преодоления и разрешения пробелов в праве, применение которого в той или иной области права регламентируется только законодателем.

Пробелы в праве характерны буквально для всех отраслей права, в том числе и для уголовно-процессуального закона.

Уголовно-процессуальное законодательство прошло несколько периодов своего становления, которое началось в конце IXвека и прошло

¹ Пронин, К.В., Францифоров, Ю.В. Применение аналогии в реализации судом дискреционных полномочий по уголовному. М.: НОРМА-ИНФА-М, 2009. С. 44.

²Вохмянин Д.В. Методики исследования в правовой науке в контексте правовых универсалий. М.: Юрид. Лит, 2012. С. 58.

такие значимые события, как принятие Устава уголовного судопроизводства в 1864 году, Уголовно-процессуального Кодекса РСФСР в 1922 году, Уголовно-процессуального Кодекса РСФСР 1961 года и принятие действующей по настоящее время редакции Уголовно-процессуального Кодекса Российской Федерации от 2001 года. О пробельности в уголовно-процессуальном законе может свидетельствовать тот факт, что УПК РФ – тот кодекс, который только до вступления в законную силу в 2001 году претерпел около 70 поправок, и более 700 только в период до 2012 года.

Отсюда можно сделать вывод, что вовлеченные в уголовный процесс стороны за все время развития уголовно-процессуального законодательства применяли различные способы разрешения спорных ситуаций, преодоления пробелов в праве и урегулирования уголовно-процессуальных отношений.

К примеру, Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР от 25 мая 1922 года в статье 2 содержал следующее положение: «Останавливать решение дела под предлогом отсутствия, неполноты, неясности или противоречия законов суду воспрещается». То есть закон был направлен на рассмотрение дела в любом случае, даже если нет нормы, регулирующей спорную ситуацию, что можно назвать дозволением на использование аналогии закона и права¹. Поэтому в то время аналогия играла позитивную и обеспечительную роль, придавая динамизм уголовно-процессуальным отношениям.

Советским законом в буквальном смысле не было прописано разрешение на применение аналогии в уголовном судопроизводстве, однако и не содержалось запрета.

Анализируя уголовно-процессуальный закон, действующий в советский период, мы видим, что кодифицированные нормативно-правовые акты некоторых союзных республик были противоречивы и требовали доработки для применения на практике без ущерба сторонам процесса.

¹ Постановление ВЦИК от 15.02.1923 «Об утверждении уголовно-процессуального кодекса РСФСР» // Издательство ВЦИК, 1923. № 37.

Так, к примеру, Уголовно-процессуальный кодекс Советского Союза содержал положение о допросе свидетелей в порядке очной ставки (статья 152 Кодекса), в то время как уголовно-процессуальное законодательство Узбекской Республики очную ставку предполагало и для свидетелей, и для подозреваемых. Из-за этого в практике зачастую возникали ситуации, когда на очную ставку вызывались и иные лица, в том числе потерпевшие, обвиняемые и пр. Нормы применялись по аналогии, хотя закон прямого указания и не содержал.

Это было связано с наличием норм закона, которые предусматривали возможность очной ставки между другими лицами, таким образом, применение уголовно-процессуального закона по аналогии было допустимо только тогда, когда фактические обстоятельства конкретного случая, хотя прямо и не были предусмотрены законом, необходимо вытекали из его основных положений.

Надо сказать, что до настоящего времени вопрос аналогии в данной отрасли права до конца не разрешен.

Преодоление пробелов в уголовном судопроизводстве законом напрямую не предусмотрено, хотя аналогия и признана надлежащим механизмом, с помощью которого преодолеваются пробелы в праве.

Гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство признают аналогию как средство преодоления пробелов в нормах права. Так, п. 1 ст. 4 ГПК РФ указывает, что при возникновении неопределенности, которая связана с потребностью установить юридическую силу дела и отсутствие процессуальной нормы, которая бы регулировала возникшие в ходе судебного процесса правоотношения, суды различных уровней применяют нормы, регулирующие сходные отношения. Т.е. напрямую указана допустимость применения аналогии закона¹.

¹Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ [Электронный ресурс]: URL: <http://www.consultant.ru> // (дата обращения 25.03.2019)

Статья 6 Гражданского Кодекса РФ регламентирует применение аналогии в материальном праве.

Единственной нормой, которая напрямую указывает на запрет применения аналогии права и закона, находится в ст. 3 Уголовного Кодекса РФ. Обосновать такую позицию можно тем, что следствием произвольного толкования уголовного закона при использовании аналогии права или закона может стать необоснованное незаконное привлечение лиц к уголовной ответственности.

В то же время, уголовно-процессуальный кодекс аналогичного запрета на применение аналогии закона и права не содержит. Но не содержит и указания на дозволение применения такого способа преодоления возможных пробелов.

Разрешая вопрос о допустимости или недопустимости применения аналогии в уголовно-процессуальном праве, П.С. Элькинд считает, что отказ от аналогии в уголовном праве подразумевает запрет на использование аналогии закона и права в уголовно-процессуальной отрасли¹.

Другие ученые считают, что такая взаимосвязь неверна, и запрет на применение аналогии в уголовном праве никак не влечет за собой запрета на аналогию закона и права в уголовном судопроизводстве.

Мы также придерживаемся второй точки зрения, поскольку, не смотря на некоторую схожесть сфер регулирования и обусловленность уголовно-процессуальных норм уголовно-правовыми, материальное право всё же серьёзно отличается от процессуального. Уголовное право имеет в себе императивные начала, поскольку содержит в основном запретительные нормы. Здесь желание законодателя запретить аналогию вполне очевидно, поскольку применение аналогии может повлечь за собой серьёзные расхождения в практике применения закона различными органами. Значит, в целях пресечения возможного нарушения прав и свобод граждан, уголовный

¹ Элькинд П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М.: Юрид. Лит. 1967. С. 182.

закон должен представлять из себя жесткую систему нормативных предписаний. Процессуальное право более динамично, оно сталкивается с более широким спектром общественных отношений. Поэтому при осуществлении правового регулирования процессуальных отношений законодателю гораздо сложнее заранее учесть все обстоятельства и все последствия тех или иных действий и решений. Уголовно-процессуальное право имеет ограниченный круг лиц и регулирует общественные отношения исключительно в рамках уголовного судопроизводства. Исходя из этого, во всех процессуальных отраслях права должно быть уделено внимание устранению пробелов в процессе правоприменения, а не нормотворчества. Эта отрасль права должна быть саморегулируемой, то есть содержать в себе механизмы по преодолению пробелов.

В настоящее время в Российской Федерации, тот факт, что действующий уголовно-процессуальный закон не содержит норм, которые указывают на возможность применения аналогии, не является препятствием для преодоления пробелов в регулировании возникающих уголовно-процессуальных отношений путем использования данного института.

Наряду с императивным методом правового регулирования, уголовно-процессуальному праву диспозитивность, о чём свидетельствуют формулировки в УПК РФ, содержащие оценочные понятия, такие как: «при наличии оснований», «в исключительных случаях», «в случаях необходимости», «по усмотрению» и т.д.

Таким образом, по принципу метода правового регулирования и исходя из сущности процессуальных отношений, уголовно-процессуальное право может допускать институт аналогии.

Так, Постановление Конституционного суда РФ от 28 ноября 1996 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности статьи 418 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края» конкретизирует следующие основные положения: «...возможны пробелы в уголовно-процессуальном регулировании... могут

быть восполнены в правоприменительной практике органов, ведущих судопроизводство, на основе процессуальной аналогии».¹ По сути, Конституционный суд сформулировал позицию относительно допустимости аналогии в уголовном процессе.

В качестве примера применения аналогии уголовно-процессуального закона можно привести п. 2 ст. 189 УПК РФ, согласно которому установлено правило о недопустимости задавать наводящие вопросы допрашиваемому лицу в процессе проведения предварительного расследования. Данная норма содержит указания для следователя, в то время как по поводу дознавателя указаний не имеется – закон содержит только оговорку, что председательствующий отклоняет наводящие вопросы и такие вопросы, которые не имеют отношения к уголовному делу, заданные сторонами подсудимому.

Однако, на практике норма, которую мы привели выше, применяется по аналогии и дознавателем, и судом.

Часть 2 статьи 41 УПК РФ содержит правило о недопустимости возложения полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия. Действие такого положения распространяется и на следователя, на что прямо указано в Определении Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2005 года № 207-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Афанасьева Михаила Валерьевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 56 и статьей 61 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Так, было признано, что оспариваемые нормы не предусматривают участие следователя в проведении оперативно-розыскных мероприятий, более того, уголовно-процессуальный закон признает недопустимым участие одного и того же должностного лица

¹Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности статьи 418 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края» от 28 нояб. 1996 г. № 19-П // Собрание законодательства РФ. 1996. 9 дек. № 50. Ст. 5679.

как в проведении предварительного расследования по уголовному делу, так и в осуществлении по нему оперативно-розыскной деятельности (это есть аналогия закона).

После этого, один из заместителей Председателя Верховного Суда Российской Федерации отметил постановление судьи Верховного Суда РФ об отказе в удовлетворении надзорной жалобы защитника осужденного Афанасьева и возбудил надзорное производство, сославшись на указанное решение Конституционного Суда.

Уголовно-процессуальное законодательство содержит нормы, которые дают право сторонам привлекать к участию в деле специалиста (например, эксперта), но не регламентируют порядок допроса специалиста в стадии судебного разбирательства.

В таком случае применяется аналогия закона, и допрос производится по правилам ст. 278 Уголовно-процессуального Кодекса, посвященной порядку допроса свидетелей.

Часть 2 статьи 283 УПК РФ закрепляет правило, согласно которому при назначении судебной экспертизы в судебном заседании председательствующий предлагает сторонам представить в письменном виде вопросы эксперту. Рассмотрев указанные вопросы, суд своим определением или постановлением отклоняет те из них, которые к уголовному делу или компетенции эксперта не относятся. Такое требование к постановке вопросов эксперту применяется по аналогии закона и при назначении экспертизы на стадии предварительного расследования.

Теория уголовного судопроизводства выделяет виды аналогии в зависимости от следующих критериев:

- метод познавательной деятельности,
- способ преодоления пробела.

Вообще, мысль о разложении механизма аналогии на аналогию закона и аналогию права, принадлежит К.Грольману, впервые озвучившему ее в XVIII веке. В своих исследованиях он пришел к тому, что в случае отсутствия

общего правила, регулирующего конкретные общественные отношения, закон стремится установить такое правило, выведя его из частных положений, которые содержатся в законе и опираются на природу и сущность юридического института.

Но такому подходу присущ условный характер.

К примеру, Ю.Д. Лившиц аналогию права в уголовном судопроизводстве не признает¹. В это же время А.А. Смирнов указывает, что в крайних случаях, не урегулированных уголовно-процессуальной нормой, применение аналогии является необходимой мерой. И в данном случае справедливо то, что обращение к принципам уголовно-процессуального закона есть надлежащее регулирование спорных вопросов, подлежащих разрешению в судебном процессе.

По сути, аналогия закона – это выбор сходной нормы права, которая совместима с принципами уголовного судопроизводства.

Таким образом, можно сделать вывод, что в уголовно-процессуальном праве допустимо применение аналогии закона и права, т.к. преодоление пробелов в уголовном судопроизводстве не всегда находит норму, регламентирующую схожие правоотношения; если же такая норма отсутствует, то пробел должен преодолеваться с учетом общих норм уголовно-процессуального права.

Институт аналогии права и закона в рамках уголовно-процессуального закона имеет своей целью урегулирование ситуаций, споров и отношений, не определенных и не регламентированных законом, но нуждающихся в том, чтобы найти отражение и закрепление в соответствующих актах для разрешения надлежащим образом уголовных дел в суде.

Аналогия не есть абсолютное решение преодоления пробелов в праве, т.к., по сути, что и следует из названия, указывает только на механизм и порядок применения аналогичных норм и принципов права.

¹ Лившиц Ю.Д. К вопросу о применении уголовно-процессуального закона по аналогии. М.: Юрид. Лит., 1984. С. 18.

Институт аналогии указывает лишь на порядок использования норм или принципов права.

Ряд теорий сходится на возможности объединить в единый правовой институт аналогию права и закона, что связано со схожими свойствами этих механизмов, а именно:

- тождественность ситуаций, требующих вмешательства – отсутствие в законе норм, которые должны быть применены для разрешения конкретной ситуации,

- схожесть действий, направленных на устранение пробелов, т.е. наличие одинаковых мероприятий по применению аналогии,

- единство целей, задач и результатов применения аналогии, т.е. преодоление пробелов как главная задача аналогии.

Для того, чтобы применение аналогии было результативным, необходимо соблюсти следующие условия:

- установить, что в законе нет такой нормы, которая бы регулировала уголовно-процессуальные отношения в полном объеме,

- определить, что устранение такого пробела есть единственный способ урегулирования спорных уголовно-процессуальных отношений,

- преодолеть пробел с целью защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц,

- найти норму, которая бы регулировала схожие отношения.

Такие позиции правоведов в отношении критериев применения аналогии и эффективности ее применения вполне обоснованы и указывают на то, что применение аналогии закона и аналогии права схоже в части:

- установления факта полного или частичного отсутствия нормы, которая бы регулировала спорные отношения,

- поиска нормы уголовно-процессуального закона, в ведении которой находится регулирование спорных отношений,

- практическое применение аналогии права или закона.

Таким образом, применение аналогии закона и аналогии права в уголовном судопроизводстве сводится к следующему:

- 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.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Пробел – это отсутствие, неполнота, неконкретность, противоречивость норм права. Наличие пробела не позволяет принять определенное, конкретное, единственно верное решение посредством применения различных юридических техник; а сам вопрос об установлении пробела становится актуальным только тогда, когда выявляется невозможность с использованием имеющихся норм права разрешить спорную ситуацию или отношения, возникшие в той сфере, которая должна быть урегулирована законом.

Также необходимо разграничить понятие «пробел в праве» и «пробел в законе».

Пробел в законе – это полное или частичное отсутствие во всём массиве действующего законодательства правовой нормы, необходимой для полноценного решения вопроса, входящего в сферу правового регулирования. Это такая ситуация, в которой конкретное решение спорного вопроса полностью или в какой-то части законом не предусмотрено.

Пробел в праве – это полное или частичное отсутствие в источниках права норм, принципов, идей, необходимых для профессиональной юридической оценки фактов и связей, возникших или способных возникнуть в такой сфере общественных отношений, которая входит или должна входить в сферу правового регулирования.

Одни учёные считают, что нельзя отождествлять два этих понятия, потому что в таком случае поиск и устранение пробелов будет сводиться лишь к удалению технических упущений законодательства. Другие напротив, считают, что в контексте проблемы пробелов не стоит разграничивать эти понятия и подчеркивать автономность права по отношению к закону. Пробелы могут существовать лишь в праве, выраженном в законодательстве, то есть в позитивном праве. В любом случае, пробелы в законе априори являются пробелами и в праве. Этой точки зрения придерживаемся и мы.

Пробел в праве как явление проявляет себя во время применения и толкования правовых норм, в правотворческом и правоприменительном процессах в условиях, когда присутствует недостаточность правового регулирования.

Частичное отсутствие или недостаточность правового регулирования является естественным для человеческого общества. Прежде чем сложиться, право проходит через волю и сознание людей, которое в целом имеет тенденцию отставать в своём развитии от общественного бытия. В связи с этим, какие-то общественные отношения в целом или в части могут на какое-то время оставаться вне правового регулирования.

Легальное определение термина «пробел в праве» или «пробел в законе» в уголовно-процессуальном праве России отсутствует. В связи с этим существует большое количество научных определений этих терминов от Лазарева, Акимова, Недбайло, Лейста, Бережнова, Уранского и других. Все эти термины хоть и различны, но имеют общие черты, анализируя которые можно выделить два признака (критерия существования) пробелов в праве.

Первый признак – полная или частичная неурегулированность общественных отношений правовыми нормами. Данный признак может выражаться в трёх случаях: отсутствие нормы. неполнота нормы. противоречие норм права.

Второй признак – необходимость существования данной нормы права. Пробел в праве не может существовать за пределами урегулированной правом сферы общественных отношений, если только нет определенных факторов, обуславливающих объективную необходимость существования данной нормы права (уже существующие между субъектами права отношения, требующие правовой регламентации, качественно новые правовые явления, требующие юридического оформления и так далее).

Источниками пробела могут быть два основных обстоятельства: неизбежное отставание законодательства от более динамично

развивающихся общественных отношений; ошибки и упущения самого законодателя, низкий уровень его законотворческой культуры.

Всё выше сказанное позволяет нам сформулировать дефиницию понятия «пробел в уголовно-процессуальном праве» – это полное или частичное отсутствие в уголовно-процессуальном праве нормативных предписаний в отношении фактических обстоятельств, нуждающихся в уголовно-процессуальном регулировании, а также недостаточная определенность формулировок уголовно-процессуальных норм, не позволяющая однозначно толковать их содержание.

В юридической литературе существует узкий и широкий подходы к пониманию сущности пробела в праве, отталкиваясь от них, ученые строят свои теории касательно вопроса классификации пробелов.

Сторонники узкого подхода к пониманию сущности пробелов в праве разделяют все пробелы на мнимые и реальные. Мнимый пробел – это субъективный недостаток, он существует в силу логических заключений того или иного исследователя данного вопроса. Реальный пробел – это отсутствие правовой нормы или ее части, регулирующей конкретные общественные отношения, находящиеся в сфере правового регулирования, вне зависимости от сознания, воли или субъективного восприятия какого-либо лица.

Сторонники широкого понимания разделяют пробелы в праве по следующим признакам: по структуре права (в зависимости от его выражения); по отраслям права, по времени возникновения пробелов.

Одной из самых частых в правовой литературе разновидностей пробелов в праве являются пробелы «коллизийные». Это пробелы, которые возникли в результате противоречия в нормах одного акта либо противоречия в требованиях норм различных нормативных актов.

Ряд ученых выделяют законодательные и технические пробелы. Законодательные целесообразно урегулировать новым законом, а под техническими понимается, что определенная ситуация в целом

урегулирована нормами права, но суду даны не все необходимые указания, как именно следует ее разрешить.

Разделение на виды пробелов в уголовно-процессуальном праве способствует выявлению недостатков данной отрасли права, правильному и своевременному их установлению, устранению и преодолению. Следовательно, изучение пробелов и их классификаций необходимо и имеет большое значение как для науки уголовного процесса, так и для практики применения уголовно-процессуальных норм.

Проблема пробелов в праве вставала перед правоведами во все времена, и каждая историческая эпоха требовала своего гражданского решения.

Единственным механизмом устранения пробелов, помимо законотворческой деятельности, в российской практике выступают Постановления Конституционного суда и Верховного Суда Российской Федерации.

В современном цивилизованном мире право выступает как регулятор общественных отношений, в то же время являясь особой их формой. Но не все общественные отношения регулируются и регламентируются надлежащим образом – на практике зачастую встречаются пробелы в праве.

Сущность проблемы пробелов в праве заключается в ухудшении работы правовой системы, законности и правопорядка, отсутствие законодательной инициативы по мониторингу системы права касательно ее соответствия общественным отношениям, что зачастую на практике приводит к нарушению конституционных прав граждан, поскольку такие ситуации, очевидно, затрудняют работу системы судов Российской Федерации.

Возникновение пробела в уголовно-процессуальном праве имеет субъективную и объективную природу. Общественный прогресс, появление и развитие отношений в сфере уголовного судопроизводства – это объективные причины возникновения пробелов в праве. К субъективным

причинам относятся: несовершенство законодательства и низкая скорость реакции на изменения в обществе и множестве иных взаимосвязанных с правом областей; допущение ошибок в процессе правотворчества; упущение из виду различных элементов, формирующих спорные отношения, в процессе правотворчества; неверное определение отношений, которые требуют создания нормы, регулирующей их.

Одной из основных причин существования пробелов в уголовно-процессуальном праве является отсутствие четкого механизма их выявления.

Выявление и установление пробелов не является следствием непрерывного их поиска и мониторинга действующих отраслей права. Напротив, на практике, зачастую, выявление пробела происходит в момент, когда какой-либо орган или должностное лицо, разрешая какую-либо спорную ситуацию, сталкивается с тем, что в законе нет инструмента, с помощью которого такая ситуация была бы преодолена.

Деятельность по установлению пробелов, а затем и их устранению, и правотворческая деятельность соотносятся между собой как часть и целое. Она подразумевает под собой необходимость изменения правового регулирования, т.е. замещения его иными видами.

Существуют три способа решения проблемы конкретного пробела в праве. Первый способ – устранение пробела законодательным органом путём принятия новых норм. Второй способ – восполнение пробела в праве решением Верховного Суда РФ или Конституционного Суда РФ. Третий способ – преодоления пробела в праве непосредственно правоприменителем в процессе рассмотрения уголовного дела.

Одним из актуальных для уголовно-процессуального права способом преодоления пробелов является аналогия права и закона. Аналогия закона применяется, когда отсутствует норма права, регулирующая рассматриваемый конкретный жизненный случай, но в законодательстве имеется другая норма, регулирующая сходные с ним отношения. Аналогия права применяется, когда в законодательстве отсутствует норма права,

регулирующая подобные отношения. В этом случае речь дело разрешается на основе принципов права.

По мнению большинства юристов, применение аналогии в уголовно-процессуальном праве представляет собой актуальный действенный способ преодоления установленных пробелов в праве, применение которого определено очевидной неполнотой существующего правового регулирования.

Преодоление пробелов в уголовном судопроизводстве законом напрямую не предусмотрено, хотя аналогия и признана надлежащим механизмом, с помощью которого преодолеваются пробелы в праве.

Единственной нормой, которая напрямую указывает на запрет применения аналогии права и закона, находится в ст. 3 Уголовного Кодекса РФ. В то же время, уголовно-процессуальный кодекс аналогичного запрета на применение аналогии закона и права не содержит. Но не содержит и указания на дозволение применения такого способа преодоления возможных пробелов.

Не смотря на некоторую схожесть сфер регулирования и обусловленность уголовно-процессуальных норм уголовно-правовыми, материальное право всё же серьёзно отличается от процессуального. Уголовное право имеет в себе императивные начала, поскольку содержит в основном запретительные нормы. Процессуальное право более динамично, оно сталкивается с более широким спектром общественных отношений, ему присуща диспозитивность, о чём свидетельствуют формулировки в УПК РФ, содержащие оценочные понятия, такие как: «при наличии оснований», «в исключительных случаях», «в случаях необходимости», «по усмотрению» и т.д. Таким образом, по принципу метода правового регулирования и исходя из сущности процессуальных отношений, уголовно-процессуальное право может допускать институт аналогии.

Институт аналогии права и закона в рамках уголовно-процессуального закона имеет своей целью урегулирование ситуаций, споров и отношений, не

определенных и не регламентированных законом, но нуждающихся в том, чтобы найти отражение и закрепление в соответствующих актах для разрешения надлежащим образом уголовных дел в суде.

Аналогия не есть абсолютное решение преодоления пробелов в праве, т.к., по сути, что и следует из названия, указывает только на механизм и порядок применения аналогичных норм и принципов права.

Уголовно-процессуальному праву на сегодняшний день сильно не хватает механизма преодоления пробелов в праве. Мы считаем, что необходимо закрепить в уголовно-процессуальном законе институт аналогии для того, чтобы правоприменители могли преодолевать возникающие пробелы во время расследования и разрешения уголовных дел. На основе этой практики Верховный Суд и Конституционный Суд смогут восполнять существующие пробелы, а законодательный орган устранять их. Таким образом будет достигаться «саморегулируемость» отрасли уголовно-процессуального права.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

РАЗДЕЛ I НОРМАТИВНЫЕ ПРАВОВЫЕ И ИНЫЕ ОФИЦИАЛЬНЫЕ АКТЫ.

1. Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Российская газета. 25.12.1993. № 237.
2. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ. (в ред. от 25.12.2018) [Электронный ресурс] URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения 25.03.2019).
3. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (с изм. и доп. от 7 марта 2017 г., № 33-ФЗ) // СЗ РФ. – 2001. – № 52, ч. 1. – Ст. 4921; 2017. – № 11, ст. 1542. (в ред. от 01.04.2019).
4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ. (в ред. от 27.12.2018) [Электронный ресурс] URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения 25.03.2019).
5. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (в ред. от 29.05.2019) [Электронный ресурс] URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения 25.03.2019).
6. Федеральный закон "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации" от 17.04.2017 N 73-ФЗ. [Электронный ресурс] URL; <http://www.consultant.ru/> (дата обращения 25.03.2019).

РАЗДЕЛ II ЛИТЕРАТУРА

1. Абрамова, А.И. Современный законодательный процесс Российской Федерации: стадии и проблемы их совершенствования / А.И. Абрамова // Журнал российского права. 2007. №2. 23 с.
2. Алексеев, С.С. Теория права / С.С. Алексеев. М.: Изд-во БЕК, 2005. 165 с.
3. Артемова, С.Ю. Федеральные и региональные юридические коллизии: вопросы классификации / С.Ю. Артамонова // М.: Юридическая техника, 2017. №11. 611 с.
4. Баранов, В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) / В.М. баранов М.: Юридическая техника, 2008. №1. 76 с.
5. Дзялошинский, И.М. Коммуникационные процессы в обществе: институты и субъекты. / И.М. Дзялошинский. М.: АПК и ППРО, 2012, 144 с.
6. Богдановская, Г.Н. Роль судебной практики в процессе правоприменения актов гражданского законодательства / Г.Н. Богдановская. М.: «Российский судья», 2009. № 5. 105 с.
7. Вохмянин, Д.В. Методики исследования в правовой науке в контексте правовых универсалий./ Д.В. Вохмятин. М.: Юрид. Лит., 2012. 58 с.
8. Денисов, Д.В. Юридические коллизии: понятие и причины возникновения / Д.В. Денисов. // ЮП [Электронный ресурс]URL: <https://cyberleninka.ru> (дата обращения: 10.04.2019). 54 с.
9. Дзялошинский, И.М. Коммуникационные процессы в обществе: институты и субъекты / М.И. Дзялошинский. М.: Издательство АПК и ППРО, 2012. 144 с.
10. Дуров, А.И. Недостатки в праве и пути их устранения: Актуальные проблемы истории, политики и права / А.И. Дуров. Екатеринбург: Изд-во Урал. юрид. ин-та МВД России, 2002. 89 с.
11. Климцева, О.Ю. О пробелах и аналогии в уголовном праве / О.Ю. Климцева, Л.Л. Кругликов. Ярославль: Юрид. Лит., 2000. 87 с.

12. Климов, А.А. Выявление пробелов в уголовно-процессуальном праве / А.А. Климов // *Universum: Экономика и юриспруденция: электрон. научн. журн.* 2017. № 3(36). 17 с.
13. Уранский, Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве/ Ф.Р. Уранский // *Вестник Московского университета. Серия 11, Право.* 2005. № 5. 111 с.
14. Лазарев, В.В. Избранные труды. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. / В.В. Лазарев. Новая юстиция, 2010. 667 с.
15. Лазарев, В.В. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник права: Сборник / В.В. Лазарев. М.: НОРМА-ИНФА-М, 2006. 30 с.
16. Лившиц, Ю.Д. К вопросу о применении уголовно-процессуального закона по аналогии / Ю.Д. Лившиц, М.: Юрид. Лит., 1984. 118 с..
17. Малюшин, А.А. Судебное правотворчество в процессе правоприменения / А.А. Малюшин. М.: Российский судья, 2007. № 6. 145 с.
18. Марченко, М.Н. Обычай в системе источников романо-германского права / М.Н. Марченко, М.: Вести. Моск. Ун-та, 2000. № 5. 46 с.
19. Пронин, К.В. Применение аналогии в реализации судом дискреционных полномочий по уголовному делу / К.В. Пронин, Ю.В. Францифоров. М.: Современное право, 2009. № 9. 44 с.
20. Подлесных, С.Н. Понятие и причины возникновения пробелов в праве / С.Н. Подлесных, У.Н. Ахмедов. Воронеж: Вестник Воронеж, ин-та ФСИН России: сб. науч. Трудов, 2010. 25 с.
21. Приходько, И.А. Обеспечение единообразия судебной практики / И.А. Приходько. М.: Арбитражная практика, 2008. 52 с.
22. Рябова, Д.Н. Пробелы в праве и способы их восполнения / Д.Н. Рябова. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2009. 23 с.

23. Смирнов, А.В. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации./ А.В. Смирнов, К.Б. Калинин. СПб.: Право. 2004. 60 с.
24. Сопнева, Е.В. Аналогии в уголовном процессе. / Е.В. Сопнева. М.: НОРМА-ИНФА-М, 2006. № 3. 54 с.
25. Уранский, Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве / Ф.Р. Уранский. М.: Вестник Московского университета, 2005. 111 с.
26. Элькинд, П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права./ П.С. Элькинд. М.: Юрид. Лит, 1967. 182 с.
27. Матузов, Н.И. Теория государства и права. Курс лекций / Н.И. Матузов, А.В. Малько. М.: Вестник Московского Университета, 2003. 301 с.
28. Садилов, О.Н. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой/ О.Н. Садилов. М.: ИНФРА-М, 2005. 1053 с.
29. Попондопуло, В.Ф. Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права: Сборник / В.Ф. Попондопуло, О.Ю. Скворцов. СПб.:Юрид. Лит. 2005. 269 с.
30. Апостолова, Н.Н. Реформирование уголовного судопроизводства России необходимо проводить системно и последовательно / Н.Н. Апостолова.М.: Российская юстиция. 2015. 45 с.
31. Корниенко, В.Т. Оперативно-розыскная деятельность органа дознания на досудебной стадии уголовного судопроизводства как обеспечивающая реализацию Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 г. / В.Т. Корниенко. М.: Законодательство и экономика. 2016. 75 с.
32. Смирнов, А.В. Уголовный процесс: учебник / А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2017. 490 с.
33. Кругликов, А.П. Уголовный процесс: Учебник для бакалавров./ А.П. Кругликов.М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2015. 754 с.
34. Ендольцева, А.В. Уголовный процесс: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / А. В.Ендольцева, И. И. Сыдорук. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2017. 431 с.

35. Закомолдин, А.В. Актуальные проблемы уголовно-процессуального права: учебно-методическое пособие к практическим занятиям. / А.В. Закомолдин. Тольятти: ТГУ, 2018. 30 с.
36. Батычко, В.Т. Уголовный процесс, Учебник. / В.Т. Батычко. Таганрог: ИУЭС ЮФУ, 2016 г. 765 с.
37. Ожегов, С.И. Словарь русского языка./ С.И. Ожегов. М.: Оникс 21 век, 2004. 1198 с.
38. Лазарев, В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. / В.В. Лазарев. М.: Юрид. лит., 1974. 287 с.
39. Лейст, О.Э. Реализация права. Теория государства и права: Курс лекций / О.Э. Лейст. М.:Юрид. Лит., 1996. 430 с.
40. Михайловский, И.В. Очерки философии права. / И.В. Михайловский, В.Н. Хропанюк. М.:ЮридЛит., 1998. 712 с.
41. Явич, Л. С. Общая теория права./ Л.С. Явич. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. 143 с.
42. Нерсесянц, В. С. Общая теория права и государства./ В.С. Нерсесянц. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. 489 с.
43. Лазарев, В. В. О видах пробелов в праве / В.В. Лазарев. Л.: Правоведение, 1969. 30 с.
44. Забигаило, В. К. Проблема пробелов в праве/ В.К. Забигаило. К.:Юрид. Лит., 1974. 50 с.
45. Акимов, В.И. Понятие пробела в праве / В.И. Акимов. М.: Правоведение, 1969. 70 с.
46. Баранов, В.М. Квалифицированное молчание законодателя как общеправовой феномен / В.М. Баранов. М.: Юрид. Лит., 2008, 174 с.
47. Денисов, Д.В. Юридические коллизии: понятие и причины возникновения. / Д.В. Денисов. М.; Юридическая практика, 2018.435 с.
48. Артемова, С.Ю. Федеральные и региональные юридические коллизии: вопросы классификации / С.Ю. Артемова. М.: Юридическая техника, 2017. 611 с.

49. Дзялошинский, И.М. Коммуникационные процессы в обществе: институты и субъекты. / И.М. Дзялошинский. М.: АПК и ППРО, 2012, 144 с.
50. Подлесных, С.Н. Понятие и причины возникновения пробелов в праве/ С.Н. Подлесных. В.: Вестник Воронеж. Ун-та ФСИИ России, 2010. 24 с.

РАЗДЕЛ III ПОСТАНОВЛЕНИЯ ВЫСШИХ СУДЕБНЫХ ИНСТАНЦИЙ И МАТЕРИАЛЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ

1. Определение Конституционного Суда РФ "По жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" от 8 ноября 2005 г. №439-О. // Российская газета. 20.11.2005. № 22.
2. Постановление Конституционного Суда «По делу о проверки конституционности положений частей третьей и девятой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с жалобами ООО «Аврора малоэтажное строительство» и граждан В. А. Шевченко и М. П. Эйдлена» от 21 октября 2014 г. № 25-П// Российская газета. 01.11.2014. № 43.
3. Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» от 19 декабря 2013 г. № 41// Российская газета. 01.01.2014. №54.
4. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Северо-Кавказского окружного военного суда № 22КА-388/2018.[Электронный ресурс]URL: <https://bsr.sudrf.ru/> (дата обращения 25.03.2019)
5. Постановление Конституционного суда РФ «По делу о проверке конституционности статьи 418 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края» от 28 ноября 1996 г. № 19-П. // Собрание законодательства РФ. 1996. №50.
6. Определение Конституционного Суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Афанасьева Михаила Валерьевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 56 и статьей 61 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». от 22 апреля 2005 года № 207-О // Российская газета. 2005. №34.

7. Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности статьи 418 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края» от 28 нояб. 1996 г. № 19-П // Собрание законодательства РФ. 1996. № 50.
8. Постановление ВЦИК «Об утверждении уголовно-процессуального кодекса РСФСР» от 15.02.1923 // Издательство ВЦИК. 1923. № 37.

РАЗДЕЛІV ДИССЕРТАЦИИ И АВТОРЕФЕРАТЫ ДИССЕРТАЦИЙ НА СОИСКАНИЕ УЧЕНОЙ СТЕПЕНИ

1. Уранский, Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности: автореф. дис, ... канд. Юрид. Наук./ Ф.Р. Уранский. М.: 2005, С. 8.
2. Кауфман, М. А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления; автореф, дис, ... канд. Юрид. Наук. / М.А. Кауфман. М., 2009, 24 с.
3. Белоносов, В.О. Теория и практика применения аналогии в уголовном судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук./ В.О. Белоносов. Саратов, 1999. 89 с.