

УДК: 343.13.01(470)

О СПОСОБАХ ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ

С. Н. Подлесных

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 16 марта 2011 г.

Аннотация: в статье рассматриваются способы преодоления пробелов в праве, выделяемые в юридической литературе применительно к уголовно-процессуальному праву: субсидиарное применение норм права, правовой обычай. Особое внимание уделяется сравнению уголовно-процессуального права с иными процессуальными отраслями права в аспекте заданной темы.

Ключевые слова: уголовно-процессуальное право, пробел в праве, субсидиарное применение норм права, правовой обычай.

Abstract: in article different ways of overcoming of blanks in the right, allocated in the legal literature, with reference to criminally-procedural right are considered: additional application of norms of the right, legal custom. The special attention is given to comparison criminally-procedural right with other remedial branches of the right in aspect of the set theme.

Key words: criminally-procedural right, blank in the right, additional application of norms of the right, legal custom.

В общей теории права основным способом преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве, как известно, является аналогия закона и права. Однако наряду с институтом аналогии как способом преодоления пробельности в теории права выделяют также и иные методы: субсидиарное применение норм права, правовой обычай. Перейдем к анализу каждой из названных правовых категорий применительно к уголовно-процессуальному праву.

Одной из наиболее сложных проблем в теории права является субсидиарное применение норм права. Понятие субсидиарности в юридической литературе различными авторами трактуется по-разному. Это связано в первую очередь со сложностью в понимании данной правовой категории и неоднозначным подходом к применению на практике рассматриваемого нами института.

В общем виде субсидиарное применение норм права можно представить как дополнительное применение норм одной отрасли права к отношениям, регулируемым другой отраслью права. Субсидиарное применение правовых норм к отношениям, которые регулируются иной отраслью права, как правило, закреплено в законе. Однако в законодательстве имеются случаи субсидиарного применения норм права, которые прямо в тексте нормативного акта не предусмотрены.

Субсидиарное применение норм смежной отрасли права допустимо лишь тогда, когда соответствующие отношения полностью не охватываются регулирующим воздействием со стороны данной отрасли и когда отсутствует возможность включения в правоприменение института аналогии закона и права¹.

Возможность subsidiарного применения норм права обусловлена системностью права вообще, взаимосвязанностью его институтов, несмотря на разделение по отраслям. Дифференциация совокупности норм права на отрасли – это отражение специфики регулируемых ими общественных отношений, которые требуют правового опосредования. Однако дифференциация на отрасли и институты не исключает их внутренней взаимообусловленности и взаимозависимости как целостной системы права Российского государства.

М. И. Бару считал, что subsidiарное применение права имеет место в тех случаях, когда законодатель сознательно отказывается от дублирования идентичных правовых норм в различных отраслях права². В действительности это объясняется в большинстве случаев соображениями нормативной экономии.

Д. А. Туманов указывает на то, что иногда в юридической литературе под subsidiарным применением права понимается не просто применение норм смежной отрасли права в целях преодоления пробелов в праве, а сама особенность действия права в процессе преодоления пробелов³.

Надо сказать, что институт subsidiарного применения норм права в уголовно-процессуальном праве учеными практически не исследовался. Однако в юридической литературе авторы выделяют несколько условий subsidiарного применения норм права.

Первым условием subsidiарного применения норм права является отсутствие прямого запрета законодателя в уголовно-процессуальном праве. Данный вопрос является самым спорным как с точки зрения теории, так и с точки зрения практики. Рассмотрение данного вопроса затрагивает проблему источников уголовно-процессуального права. Исходя из формального смысла ст. 1 УПК РФ, можно сделать вывод, что иные нормативные акты источником уголовно-процессуального права не являются. Следовательно, законодатель, очертив круг источников права, устанавливающих уголовное судопроизводство, наложил запрет на subsidiарное применение норм права.

Однако на практике складывается иная ситуация, когда уголовное судопроизводство регулируют также иные федеральные законы, содержащие уголовно-процессуальные нормы⁴.

¹ См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 274–277.

² См.: Божок В. А. Проблема разграничения института аналогии и subsidiарного применения правовых норм. URL: http://juristmoscow.ru/adv_rek/1099 (дата обращения: 02.12.2010).

³ См.: Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. М., 2008. С. 91.

⁴ См.: Кожевников В. В., Марфицин П. Г. Уголовно-процессуальный аспект механизма правового регулирования. Омск, 1998. С. 56 ; Петрухин И. Л. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. М., 2008. С. 24–31.

Очевидно, что точку в данном вопросе может поставить только законодатель. Мы с учетом правоприменительной практики будем придерживаться мнения, в соответствии с которым прямого запрета законодателя на субсидиарное применение норм в уголовно-процессуальном праве нет. Косвенно такой запрет можно вывести путем логического толкования ст. 1 Уголовно-процессуального кодекса РФ, где речь идет об источниках данной отрасли права. Однако на практике мы видим формальное расширение круга источников уголовно-процессуального права.

Законодатель формально как не установил прямого запрета на субсидиарное применение норм уголовно-процессуального права, так и не санкционировал такого применения норм права ни в одной из статей Уголовно-процессуального кодекса РФ. Если субсидиарное применение норм уголовно-процессуального права возможно, то оно действует по умолчанию, так как ни в одной из статей Кодекса явно не обозначено. В этом отличительная особенность субсидиарного применения норм уголовно-процессуального права, скажем, от гражданского процессуального права или арбитражного процессуального права, где в ряде случаев законодатель санкционировал субсидиарное применение норм права. В качестве примеров можно обозначить ст. 359 Гражданского процессуального кодекса РФ, посвященную судебным прениям в суде кассационной инстанции, ст. 223 Арбитражного процессуального кодекса РФ, регулиющую рассмотрение дел о несостоятельности (банкротстве).

В. А. Божок, исследуя субсидиарное применение норм в гражданском процессуальном праве и уголовно-процессуальном праве, пишет о том, что поскольку Уголовно-процессуальный кодекс РФ не содержит норм, определяющих форму и содержание иска в уголовном деле, то в данном случае подлежит субсидиарному применению ст. 131 Гражданского процессуального кодекса РФ, закрепляющая форму и содержание искового заявления⁵. Аналогичная ситуация, по мнению В. А. Божок, складывается и в случаях, связанных с мировым соглашением сторон и признанием иска ответчиком. Автор пишет: «Вопросы эти не урегулированы УПК РФ, и решение их в соответствии со ст. 39 ГПК РФ не нарушает принципов уголовного процесса»⁶.

В приведенных примерах с мнением В. А. Божок не согласен Д. А. Туманов, который говорит о том, что «прямого регулирования отношений нормами гражданского процессуального права не происходит»⁷.

Анализируя данную ситуацию, на наш взгляд, мы подошли к основному вопросу в понимании института субсидиарного применения права. Суть вопроса состоит в следующем: обязательно ли нормативный акт, из которого субсидиарно переносятся нормы в другую отрасль права, дол-

⁵ См.: Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. М., 2008. С. 92.

⁶ Божок В. А. Проблема разграничения института аналогии и субсидиарного применения правовых норм.

⁷ Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. С. 92.

жен быть источником для данной отрасли права. Иными словами, будет ли субсидиарным применением права перенос определенных норм гражданского процессуального права в уголовно-процессуальное право, когда первое не является источником права для второго.

С ответом на данный вопрос отпадет двойственное толкование источников уголовно-процессуального права, закрепленных в ст. 1 УПК РФ, так как это обстоятельство для субсидиарного применения права может не иметь значения. По нашему мнению, если какой-либо нормативный акт является источником для уголовно-процессуального права (впрочем, как и для любой другой отрасли права), то субсидиарно его нормы применяться не могут. В таком случае речь может идти только об аналогии закона или о специальной норме.

К примеру, арбитражное процессуальное законодательство, в частности Арбитражный процессуальный кодекс РФ, и гражданское процессуальное законодательство, в частности Гражданский процессуальный кодекс РФ, не являются источниками уголовно-процессуального права. Следовательно, применить по аналогии нормы АПК РФ и ГПК РФ в тех случаях, когда в уголовно-процессуальном праве возникает пробельность, а в названных нормативных актах имеются нормативные установления, регулирующие сходные общественные отношения, нельзя. В данном случае можно воспользоваться субсидиарным применением права.

Теперь разберем ситуацию, когда действует правило специальной нормы, а не субсидиарного применения права. В соответствии со ст. 223 АПК РФ дела о несостоятельности (банкротстве) рассматриваются арбитражным судом по правилам, предусмотренным настоящим Кодексом, с особенностями, установленными федеральными законами, регулирующими вопросы несостоятельности (банкротства). В. А. Божок пишет, что «глава 28 АПК РФ, посвященная рассмотрению дел о несостоятельности (банкротстве), содержит всего три статьи, что является явно недостаточным для рассмотрения такой довольно сложной категории дел, как о банкротстве. Прежде всего субсидиарному применению подлежат нормы Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁸.

Однако, как известно, Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» является источником арбитражного процессуального права⁹. Поэтому говорить о том, что в данном случае наблюдается субсидиарное применение норм права, нельзя, так как субсидиарным применением может быть только применение норм другой отрасли права. В приведенной ситуации необходимо руководствоваться правилами специальной нормы. Верно пишет Д. А. Туманов: «Нетрудно заметить, что в подобных случаях пробелы в праве по существу отсутствуют, поскольку законода-

⁸ Божок В. А. Проблема разграничения института аналогии и субсидиарного применения правовых норм.

⁹ См.: Фархтдинов Я. Ф. Арбитражный процесс. СПб., 2004. С. 21.

тель специально пошел на подобное изложение норм, чтобы не допустить их дублирования»¹⁰.

Действительно, в случае, когда в законодательстве существует специальная норма по отношению к общей норме, пробельная ситуация отсутствует. Это один из приемов законодательной техники. Ввиду этого в случае, когда в уголовно-процессуальном праве действует специальная норма, аналогия закона или субсидиарное применение права применяться не могут. Так, к примеру, все федеральные законы, которые содержат ряд уголовно-процессуальных норм, конкретизирующих регуляцию тех или иных общественных отношений, если они являются специальными нормативными актами к Уголовно-процессуальному кодексу РФ, должны применяться по правилу специальной нормы.

Необходимо учитывать, что субсидиарное применение права действует между нормами разных отраслей права, а категория «специальная норма» – в рамках одной отрасли права (исключение составляет Конституция РФ, которая является основным законом государства и в ряде случаев имеет прямое действие). Иными словами, для того чтобы применить специальную норму, необходимо, чтобы источники права, содержащие общую и специальную нормы, входили в одну отрасль права. Также общая и специальная нормы могут содержаться в одном источнике права, нормативном правовом акте. К примеру, ст. 38 УПК РФ, в которой закреплена компетенция следователя в уголовном судопроизводстве, будет общей нормой по отношению к ряду статей этого же федерального закона, регламентирующих порядок тех или иных следственных действий.

Второе условие субсидиарного применения права является также достаточно дискуссионным в юридической литературе относительно его понимания. Смысл его в том, что субсидиарное применение норм смежной отрасли права не должно противоречить существованию отрасли права, в которой отсутствует норма права.

Очевидно, что спор в данной ситуации заключается в определении смежной отрасли права по отношению к уголовно-процессуальному праву. Надо согласиться с В. А. Божок, который пишет, что связь между смежными отраслями права должна быть, как правило, «генетической», т.е. должно быть сходство отраслей права по предмету правового регулирования и по применяемому в этих отраслях методу правового регулирования¹¹.

Ю. Х. Калмыков, опираясь на высказывание В. И. Леушина, по этому вопросу пишет: «Здесь недостаточно простого сходства общественных отношений, подлежащих правовому регулированию; «специфическим признаком субсидиарного применения является то, что оно основано также на сходстве в методах правового регулирования»¹².

¹⁰ Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. С. 91.

¹¹ См.: Божок В. А. Проблема разграничения института аналогии и субсидиарного применения правовых норм.

¹² Калмыков Ю. Х. Вопросы толкования и применения гражданско-правовых норм // Гражданское право. 2008. № 3. С. 5–8.

Действительно, чтобы перенести нормы из одной отрасли права в другую, необходимо максимальное сходство в предмете и методе правового регулирования смежных отраслей права. Наличие разнообразных взаимосвязей всех отраслей российского права обусловлено его системностью, предполагающей взаимодействие ее составных частей.

На первый взгляд может показаться, что наиболее тесная связь уголовно-процессуального права с уголовным правом. Это так, если рассматривать отрасли права в системе причинно-следственных взаимодействий. Однако, если мы берем за основу сходства предмет и метод правового регулирования, то соотношение отраслей между собой меняется. Видимо, не будет ошибкой сказать, что уголовно-процессуальное право в первую очередь теснейшим образом связано с процессуальными отраслями права – гражданским процессуальным правом и арбитражным процессуальным правом.

Такая тесная взаимосвязь вполне понятна. Как и уголовно-процессуальное право, гражданский процесс и арбитражный процесс являются процессуальными отраслями права, поэтому определяют порядок деятельности одного и того же органа правосудия – суда. Названные отрасли права имеют много общих принципов деятельности. К примеру, принцип устности, непосредственности, непрерывности и некоторые другие. В уголовно-процессуальном праве, гражданском процессуальном праве и арбитражном процессуальном праве наблюдается большое сходство в процессуальной форме. Также большое сходство во многих институтах: доказывание, рассмотрение дел в судах первой инстанции, пересмотр дел в кассационном и надзорном порядке и т.д.

Подводя итог, можно сказать, что в определенной степени субсидиарное применение норм иных отраслей права к уголовному процессу объективно возможно в процессуальных отраслях права (гражданский процесс, арбитражный процесс), а также в тех отраслях права, которые имеют блоки процессуальных норм (административное право). Обратим внимание на то, что имеется в виду возможность такого разрешения дела, ибо в каждом конкретном случае необходимо всестороннее и полное изучение всех условий, при которых субсидиарное применение права допускается.

Третьим условием субсидиарного применения норм права является обстоятельство, в соответствии с которым фактическое отношение должно быть охвачено законодательством. Иными словами, столкнувшись в ходе уголовного процесса с неурегулированностью уголовно-процессуальным законодательством части общественных отношений, компетентный орган должен выяснить, нуждается ли данное общественное отношение в регулировании со стороны права вообще. Вполне возможно, что законодатель умышленно оставил тот или иной вопрос свободным от правового опосредования именно потому, что рассматриваемое отношение в силу объективных причин и условий свободно от права, в частности уголовно-процессуального права.

Четвертым условием является отсутствие нормы в уголовно-процессуальном праве, регулирующей то или иное отношение в смежной отрасли

права. Столкнувшись с неурегулированностью тех или иных общественных отношений нормами уголовно-процессуального права, правоприменитель должен выяснить, нет ли в данной отрасли права нормативных установлений, которые регулируют сходные отношения. Таким образом, первоначально компетентный орган должен выяснить, нет ли в уголовно-процессуальном праве нормы, регулирующей сходные отношения, чтобы применить ее по аналогии. В случае если таковая норма отсутствует, но имеется в смежной отрасли права, возможно субсидиарное применение норм данной отрасли права при отсутствии к тому иных запретов.

Пятое и последнее условие – наличие нормы смежной отрасли права, регулирующей данные отношения. Важно подчеркнуть, что при аналогии закона субъекты уголовного процесса применяют нормы, регулирующие сходные отношения. Применяя аналогию закона, правоприменитель ограничен в выборе нормы права, регулирующей сходные отношения, уголовно-процессуальным правом.

Таковы условия субсидиарного применения права применительно к уголовно-процессуальному праву. Рассмотрев природу данного института, можно сказать, что субсидиарное применение норм права к уголовно-процессуальным отношениям – это применение нормы смежной отрасли права, выраженной в сходстве предмета и метода правового регулирования, к фактическим отношениям в отсутствие противоречий с уголовно-процессуальным правом.

Субсидиарное применение норм права на практике фактически не находит должного места, что в первую очередь связано с недостаточной разработанностью данного института в теории и практике уголовного процесса. Такой же вывод правомерен и для института правового обычая.

Правовой обычай есть исторически сложившееся правило поведения, санкционированное государством. В наиболее развитых правовых системах мира, таких, как англо-саксонская и романо-германская (континентальная), правовой обычай выступает в качестве дополнительного источника права в случаях, когда в писаном праве образуются пробелы законодательства¹³. Это одна из точек зрения на природу правового обычая. «В данном значении он выступает, когда какое-либо явление не объясняется в законе, но подразумевается в определенном общепринятом смысле»¹⁴.

Несмотря на различные толкования сущности правового обычая и его места в системе права, иногда данную правовую категорию признают одним из способов преодоления пробелов в праве. Надо сказать, что вопрос о правовом обычае как источнике уголовно-процессуального права в юридической литературе практически не освещался. Анализируя место и роль правового обычая в уголовно-процессуальном праве, в первую оче-

¹³ См.: Колесников В. Е. Обычай как источник советского государственного права // Правоведение. 1989. № 4. С. 21 ; Муранова А. В. Место и роль обычая в правовой ментальности России // Пробелы в российском законодательстве. 2010. № 1. С. 57–60.

¹⁴ Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. С. 94.

редь необходимо выяснить, является ли данная категория источником рассматриваемой отрасли права и возможно ли посредством него устранить пробелы в праве.

Большинство авторов стоят на той позиции, что правовой обычай не может являться источником процессуального права¹⁵. Практически не встречается положительных выводов среди юристов, рассматривающих правовой обычай в качестве источника уголовно-процессуального права.

В соответствии со ст. 1 Уголовно-процессуального кодекса РФ данный нормативный акт не признает в качестве источника уголовно-процессуального права правовой обычай. Это обстоятельство связано с природой уголовно-процессуального права, с императивностью как основным методом правового регулирования в данной отрасли права. К тому же на практике нет реальной необходимости в применении правового обычая ввиду того, что уголовно-процессуальные отношения достаточно подробно регламентированы законодательством и иными законами, содержащими уголовно-процессуальные нормы.

Очевидно, что правовой обычай как устоявшееся правило поведения может быть источником уголовно-процессуального права только в том случае, если он санкционирован государством. Это означает, что правовой обычай должен быть возведен в правовую норму и, скорее всего, включен в тот или иной раздел Уголовно-процессуального кодекса. Однако в таком случае правовой обычай перестает быть таковым, ибо теряется его гибкость. Он становится нормативным установлением, жестко закрепленным в системе уголовно-процессуального права.

В настоящий момент трудно говорить о правовом обычае как способе преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве. Видимо, правовой обычай в современных условиях построения уголовно-процессуальной системы права России не может быть способом разрешения пробельных ситуаций в процессе правоприменения. Однако надо сказать, что несправедливо игнорировать такой источник права, как правовой обычай. Разработка его правоприменения является важным аспектом в процессе реализации права, в том числе и в отраслях процессуального цикла.

¹⁵ См.: Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. С. 97.

Воронежский государственный университет

Подлесных С. Н., аспирант кафедры уголовного права

E-mail: agera3@yandex.ru

Тел.: 8-951-548-44-41

Voronezh State University

Podlesnyh S. N., Post-graduate Student of the Criminal Law Department

E-mail: agera3@yandex.ru

Tel.: 8-951-548-44-41