

Федеральное государственное научно-исследовательское учреждение
«Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации»
(ИЗиСП)

на правах рукописи

Ибрагимова Юлия Эмировна

**ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ УСТАНОВЛЕНИЯ И
УСТРАНЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ**

Специальность 12.00.01 — теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель —
доктор юридических наук,
профессор
В.В. ЛАЗАРЕВ

Москва, 2021

Оглавление

Введение.....	2
Глава 1. Доктринальные основы установления и устранения пробелов в законодательстве: вопросы теории.....	15
§ 1. Понятие и классификация пробелов в законодательстве.....	15
§ 2 Пробелы в законодательстве и иные сопричастные явления в праве.....	39
§ 3. Юридическая наука об установлении, восполнении и устранении пробелов в законодательстве.....	49
§ 4. Организационно-правовой механизм установления и устранения пробелов в законодательстве: теоретико-правовая характеристика.....	63
Глава 2. Функционирование организационно-правового механизма установления и устранения пробелов в законодательстве.....	79
§ 1. Имплементация судебной практики в законодательство как способ устранения пробелов.....	79
§ 2. Установление и устранение пробелов в законодательстве органами конституционной юстиции.....	90
§ 3. Высший суд общей юрисдикции как субъект механизма установления и устранения пробелов в законодательстве.....	120
§ 4. Установление пробелов в российском законодательстве органами исполнительной власти.....	148
Глава 3. Механизм учета решений международных организаций в деятельности по установлению и устранению пробелов в законодательстве.....	166
§ 1. Роль постановлений Европейского Суда по правам человека в совершенствовании национального законодательства.....	166
§ 2. Влияние актов Венецианской комиссии Совета Европы в механизме установления и устранения пробелов.....	193
Заключение.....	206
Список использованных источников и литературы.....	209
Приложение №1.....	238

Введение

Актуальность диссертационного исследования обусловлена потребностью в повышении эффективности организационно-правовой деятельности правотворческих и правоприменительных органов по установлению и устранению пробелов в законодательстве.

Законодательная деятельность в Российской Федерации развивается соразмерно ускоряющемуся общественному развитию, что является общемировой тенденцией, в особенности для стран, тяготеющих к континентальной правовой системе. Количественный рост законопроектов требует обновления подходов к повышению их качества. В законодательном процессе за последние десять лет утвердились новые разработанные в теории права юридические технологии и практики, связанные с применением правового мониторинга и мониторинга правоприменения, внедрением риск-ориентированного подхода, оценки регулирующего воздействия. Апробируются экспериментальные правовые режимы в динамично-развивающихся сферах экономики. Законодательные органы, таким образом, повышают уровень внимания к практике реализации законодательства. В таких условиях заслуживают рассмотрения и воплощения новые теоретические модели взаимодействия законодательной и судебной власти, предполагающие повышение эффективности процесса устранения пробелов в законодательстве.

В Российской Федерации с 1991 ведется непрекращающаяся судебная реформа, которая за последние 7 лет (с 2014 по 2021 гг.) приобрела комплексный характер, что связано с существенным изменением организации высших судов, дополнением процессуальных кодексов, пересмотром взаимоотношений Российской Федерации с международными организациями, определением новых правил подведомственности и подсудности, назначения судей на должность и т.д. В рамках российской правовой системы перестраивается *status quo* во взаимоотношениях законодательных, исполнительных и судебных органов власти. Кроме того, в связи с вызовами цифровизации на суды возложено решение большого количества вопросов, которые либо ещё ждут законодательного

оформления, либо закреплены, но не апробированы в достаточной степени судебной практикой, например, институты цифровых прав, цифровых финансовых активов и т.д. Указанные проблемы выдвигают требования к обеспечению тесной взаимосвязи законодательства и правоприменительной практики. В теории права, в связи с этим широкую поддержку получили самые разные идеи – от легализации судебного прецедента в российской правовой системе до отрицания наличия нормативного содержания в судебной практике. По этой причине необходимо детально рассмотреть роль и место практики различных судебных органов в законодательном процессе. Необходимо изучить решения высших национальных и наднациональных судов для установления их влияния на законодательство, а также определения путей совершенствования взаимодействия законодательных и судебных органов.

Исследование законопроектов и судебных решений позволяет утверждать, что не вызывающее по существу споров в теории права понятие «пробел в законодательстве» на практике подменяется сопричастными правовыми явлениями, например, коллизией норм права, квалифицированным умолчанием и т.д.¹ Однако отдельные правовые явления, в том числе негативно влияющие на практику применения законодательства, требуют разных мер законодательного реагирования, в то время как другие предполагают лишь соответствующую судебную оценку. Таким образом, формированию действенного механизма установления и устранения пробелов в законодательстве должно способствовать выявление практических проблем использования понятия «пробел в законодательстве».

Практический замысел диссертационного исследования заключается в оптимизации механизма установления и устранения пробелов в законодательстве, включающий комплекс организационных и нормативных мер. Акцент сделан на практику судебных органов, поскольку суды в процессе

¹ О наличии проблемы практического воплощения теории о пробелах в праве свидетельствует широкая дискуссия на этот счет. Например, в феврале 2020 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации состоялась VI Международная научная конференция «Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика». URL: <https://izak.ru/institute/events/vi-mezhdunarodnaya-nauchnaya-konferentsiya-probely-v-pozitivnom-prave-doktrina-i-praktika/>

правоприменения, основываясь на опыте прошлого и отвечая вызовам настоящего, чаще всего устанавливают и преодолевают законодательные пробелы, предлагая законодателю прямо или косвенно способы их дальнейшего устранения в своих решениях.

Степень разработанности темы. Проблема пробелов в законодательстве всегда вызывала живой интерес теоретиков права. Генезис и сущность указанных пробелов, конкретные способы их восполнения нашли свое отражение в трудах зарубежных и российских ученых.

В дореволюционный период в России проблеме пробелов посвящены исследования Е. В. Васьковского, Г. В. Демченко, Н. М. Коркунова, С. А. Муромцева, И. А. Покровского, Н. С. Таганцева, Г. Ф. Шершеневича и других.

В советский период в работах В. В. Лазарева впервые последовательно и всесторонне обоснованно наличие пробелов в социалистическом законодательстве. Также пробелы в законодательстве были объектом исследования как в общетеоретическом, так и в практическом смысле в трудах известных теоретиков государства и права: С. С. Алексеева, В. И. Акимова, А. Г. Бережнова, С. И. Вильянского, В. К. Забигаило, А. Н. Медушевского, П. Е. Недбайло, А. С. Пиголкина, В. М. Сырых, Ю. А. Тихомирова, А. Ф. Черданцева и других.

В настоящее время тема пробелов в праве, а также методов их устранения широко представлена в трудах С. А. Дробышевского, В. Б. Дресвянкина, М. В. Залоило, Ю. А. Леоновой, М. А. Кауфмана, О. С. Панасюка, Е. И. Спектор, Е. Ю. Тихонравова, Ф. Р. Уранского и других.

Помимо указанных авторов теоретическую основу представленного исследования составили труды В. М. Баранова, Н. С. Бондаря, Н. А. Власенко, Г. А. Гаджиева, Х. И. Гаджиева, Д.А. Пашенцева, В. Д. Зорькина, А. И. Ковлера, А.В. Корнева, В. В. Красинского, П. В. Крашенинникова, С. В. Курылева, Р. А. Курбанова, В. В. Лапаевой, Е. В. Марьина, С.В. Нарутто, С. Б. Полякова, И. Н. Сенякина, Д.А. Фурсова, Т. Я. Хабриевой, Н. Н. Черногора и других.

Из зарубежных авторов существенный вклад в изучение темы пробелов внесли работы О. Бюлова, А. Бланкенагеля, Р. Дубишара, К. Лоренца, М. Хука,

И. Сабо, Э. Цительмана, В. Хамори. Среди специальных исследований зарубежных авторов следует особо выделить монографию К. В. Канариса «Устранение пробелов в законе». В данной работе были установлены значимые для практической деятельности правила судебного правотворчества. К. В. Канарис классифицировал пробелы в праве, определил средства их установления и восполнения в процессе правоприменения.

Особое внимание правоприменительной деятельности судов в контексте установления и восполнения пробелов уделено П. А. Гуком, М. Н. Марченко.

Организирующая роль правоприменения всесторонне раскрыта в работах И. Я. Дюрягина, считающего, что правоприменение выступает способом организации осуществления права. В рамках этой функции оно выполняет также правоохранительную роль.

Отдельные организационно-правовые вопросы деятельности органов государственной власти раскрыты в отраслевых диссертационных исследованиях. Вместе с тем целостной теоретической работы, раскрывающей понятие, содержание и действие организационно-правового механизма установления и устранения пробелов в российском законодательстве на сегодняшний день нет.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, возникающие в процессе правотворческой и правоприменительной деятельности в связи с установлением и устранением пробелов в законодательстве.

Предметом исследования выступают общие закономерности законотворческой и судебной практики, определяющие содержание организационно-правового механизма установления и устранения пробелов в законодательстве.

Цель исследования заключается в построении общетеоретической концепции механизма установления и устранения пробела в законодательстве, а также рекомендаций по его практическому воплощению. Данная цель обусловила постановку ряда **задач**:

– сформулировать практико-ориентированное понятие и классификацию пробелов в законодательстве на основе обобщения отечественных и зарубежных доктринальных подходов к данным вопросам, а также материалов законотворческой и судебной практики;

— определить отличия пробела в законодательстве от сопряженных правовых явлений (коллизий, квалифицированного умолчания);

– оценить существующий механизм установления, восполнения и устранения пробелов в законодательстве, включающий субъектов данной деятельности, а также саму названную деятельность;

– охарактеризовать механизм обратной связи законодательной и судебной власти в процессе подготовки законопроекта, обеспечивающей ясность и наглядность законодательных процедур для восприятия заинтересованными лицами;

— обосновать необходимость повышения роли аутентичности теоретических концепций, предусматривающих нормативное закрепление пояснительной записки к законопроекту в законодательном процессе как документа, разъясняющего суть законодательной инициативы с учетом юридической практики;

– интерпретировать организационно-правовые основы деятельности высших национальных судов и международных организаций, связанные с установлением пробелов в законодательстве, и выработать предложения по их совершенствованию;

– раскрыть роль органа юстиции с мониторинговыми функциями во взаимодействии законодательных, исполнительных и судебных государственных органов как органа, осуществляющего функции правовой экспертизы проектов нормативных актов;

– подготовить рекомендации по усовершенствованию механизма установления и устранения пробелов в законодательстве.

Теоретическую основу исследования составили классические и современные научные труды зарубежных и российских ученых, посвященные проблеме установления, восполнения и устранения пробелов в

законодательстве, а также организационно-правовым вопросам данной деятельности.

Методологическую основу исследования составляет диалектический метод познания и основанные на нем общие и частные научные методы, позволяющие изучить явления окружающей действительности, их сущность и назначение, а также определить их взаимосвязь и взаимозависимость. В качестве общенаучных методов исследования применялись системный и статистический, в качестве частно-научных – формально-юридический, сравнительно-правовой и метод правового моделирования. Для построения умозаключений на основании проанализированной литературы и эмпирического материала, на всех этапах исследования применялись логические средства познания – анализ и синтез.

Диалектический метод исследования позволил установить порядок взаимодействия законодательных, исполнительных и судебных органов государственной власти в процессе устранения пробелов российского законодательства.

Посредством системного метода проиллюстрировано взаимодействие субъектов правоприменительной деятельности для оптимизации организационно-правового механизма установления и устранения пробелов в законодательстве.

Статистический метод применялся для получения и обобщения количественных данных об установлении пробелов в законодательстве судами и уполномоченными органами исполнительной власти.

На основе формально-юридического метода были определены полномочия органов государственной власти Российской Федерации, а также органов Совета Европы, связанные с установлением и устранением пробелов в законодательстве.

Сравнительно-правовой метод использовался для выявления общих и специальных полномочий органов государственной власти Российской Федера-

ции и органов государственной власти зарубежных государств с целью их сопоставления и возможного заимствования.

Путем применения метода правового моделирования описан предлагаемый ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве, сформулировано его понятие и субъектный состав.

Использование данных методов позволило выявить основные направления законодательной и правоприменительной деятельности по устранению пробелов в законодательстве, а также их достоинства и недостатки.

Нормативную и эмпирическую основу исследования составили: Конституция Российской Федерации, международные договоры Российской Федерации, федеральные конституционные законы, федеральные законы, указы Президента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации, решения федеральных органов исполнительной власти, акты Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, решения Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, иных судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации, постановления Европейского Суда по правам человека, акты Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии). Кроме того, рассмотрены пояснительные записки к законопроектам, в которых упоминаются судебные решения. При написании работы учитывалась зарубежная судебная практика, относящаяся к установлению и восполнению пробелов в законодательстве.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в построении авторской теоретической концепции механизма установления и устранения пробелов в законодательстве путем определения его организационно-правовой основы.

Раскрываются не получившие достаточного освещения в науке аспекты взаимозависимости законотворческого процесса и правоприменения, прежде всего, через организационно-правовую деятельность правоприменительных органов и координирующую роль органов исполнительной власти. Впервые в

отечественной науке выявлены особенности организационно-правовой деятельности международных органов и организаций в части их влияния на национальный механизм установления и устранения пробелов в законодательстве.

На защиту выносятся следующие положения:

1. Пробел в законодательстве и пробел в праве — это однопорядковые правовые явления, отличающиеся по своему объему. Пробел в законодательстве возникает на уровне позитивного права, наглядно демонстрируемый законодательными актами, и представляет собой отсутствие нормы закона, подлежащей применению, либо наличие в такой норме неопределенности, приводящей к ухудшению качества закона, что не позволяет считать её включенной в систему законодательства и предполагает использование организационно-правового механизма для его устранения.

2. Организационно-правовой механизм (далее – ОПМ) установления и устранения пробелов в законодательстве представляет собой систему взаимосвязанных и взаимообусловленных правотворческих и правоприменительных органов и их действий.

Субъектный состав ОПМ образуют суды, их внутренне вспомогательные подразделения, органы исполнительной власти, осуществляющие нормативно-правовое регулирование в рамках своих полномочий, субъекты законодательной инициативы, которые в силу закона наделены полномочиями по установлению и устранению пробелов в законодательстве.

Направления деятельности ОПМ включают: а) приемы толкования субъектами реализации законодательства; б) средства правового мониторинга и мониторинга правоприменения, а также экспертизы нормативных правовых актов в рамках специальных полномочий законодательных и исполнительных органов; в) средства доведения результатов установления пробелов до органов, компетентных устранять выявленные пробелы; г) анализ и систематизация судебной практики на предмет возможной имплементации в законодательство; д) формы взаимодействия органов и лиц, установивших наличие пробела, с субъектами законодательной инициативы и разработчиками законопроекта по

устранению пробела; е) формы учета и формы отчетности по выявлению пробелов, в особенности спустя определенный период действия новых норм; ж) формы контроля за работой по установлению качества действующих норм и совершенствованию законодательства.

3. В случае наделения международной организации функциями по оценке качества национального законодательства на предмет соответствия нормам международного договора, данный орган также становится частью организационно-правового механизма установления и устранения пробелов в законодательстве, выступая субсидиарным регулятором.

4. Системную организационно-правовую деятельность по установлению и устранению пробелов в законодательстве составляют инструментальный, функциональный и информационный элементы.

Инструментальный элемент представляет методы и приемы, которыми нормативно наделены субъекты рассматриваемого ОПМ, их соответствующие внутренние структурные подразделения, при установлении и устранении пробелов в законодательстве (положения, инструкции, регламенты и т.д.).

Функциональная составляющая определяет взаимодействие всех субъектов ОПМ, каждый из которых осуществляет нормативно-предписанные, а также не предусмотренные нормативно, но фактически осуществляемые действия, направленные на установление и устранение пробелов в законодательстве. Следовательно, данный элемент объясняет функции между субъектами, раскрывая ОПМ в динамике, демонстрируя трансформационные изменения внутри механизма, добавляя или исключая новые элементы и связи.

Информационный элемент ОПМ проявляется через взаимодействие инструментальной и функциональной составляющей, отражая и освещая результаты организационной деятельности по установлению и устранению пробелов в законодательстве.

5. Для разъяснения порядка применения решений органов, осуществляющих конституционное правосудие, а также для более полного учета уже сформулированных ранее правовых позиций органов конституционной юс-

тиции в законодательном процессе предлагается внедрение института официального представителя органа конституционной юстиции в национальном парламенте (далее – Официальный представитель), который сможет принимать участие в заседаниях национального парламента с целью предоставления рекомендаций в следующих случаях:

– если предметом правового регулирования предполагаемого к принятию федерального закона являются общественные отношения, в регулировании которых ранее органами конституционной юстиции была установлена неопределенность;

– если предметом правового регулирования предполагаемого к принятию федерального закона являются общественные отношения, по которым органом конституционной юстиции ранее была сформулирована правовая позиция;

Работа официального представителя органа конституционной юстиции в национальном парламенте позволит оптимизировать процесс учета решений органов, осуществляющих конституционное правосудие в законодательстве.

6. Верховный Суд Российской Федерации (далее – Верховный Суд РФ, ВС РФ) обеспечивает установление единообразного толкования и применения норм законодательства путем определения порядка толкования данных норм. Однако на сегодняшний день в исходящих от высшего суда решениях отсутствуют указания на пробелы в законодательстве, в связи с чем, как частный пример в общей теории права, на примере Верховного Суда РФ предлагается дополнить положение об аппарате, предусмотрев наличие у Управления систематизации законодательства и анализа судебной практики ВС РФ функции осуществлять мониторинг судебных решений, в которых был установлен и восполнен пробел в законодательстве, и направлять результаты данного анализа в Научно-консультативный совет при Верховном Суде РФ. Также предлагается дополнить Положение о Научно-консультативном совете при ВС РФ, обязав данный совет рассматривать на своих заседаниях результаты мониторинга судебных решений, в которых был установлен и восполнен пробел в законодательстве, и публиковать в открытом доступе протоколы заседаний ука-

занного совета, содержащие выводы о системе нормативно-правового регулирования, требующей изменений в связи с рассмотренными судебными решениями.

7. Развитию национального ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве будет способствовать предусмотренный Протоколом № 16 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод институт консультативных заключений Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ). Указанные заключения даются по запросу высшего национального суда относительно принципиальных вопросов толкования и применения конвенционных положений для выявления позиции ЕСПЧ, формулируемой им в практике применения Конвенции, и на предмет выработки возможных компромиссов, если есть убеждение в том, что толкование Конвенции ЕСПЧ применительно к конкретным обстоятельствам может расходиться с основным законом государства-ответчика и толкованием, данным органами конституционной юстиции.

Установление и восполнение пробелов национального законодательства предполагает учет международного опыта и требует в этой части определенной организационной работы.

8. Органы исполнительной власти, осуществляющие функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере юстиции уполномочены координировать организационную деятельность по установлению и устранению пробелов в законодательстве между законодательными, исполнительными и судебными органами в силу нормативно-закрепленных полномочий на проведение мониторинга правоприменения и правовой экспертизы проектов нормативных актов. На основании получаемых сведений о проблемах в области правоприменения от судебных органов, федеральных органов исполнительной власти уполномоченный орган исполнительной власти устанавливает пробелы в законодательстве, а также предлагает способы их восполнения и устранения в отчетах о мониторинге правоприменения и в заключениях по результатам правовой экспертизы. В этой связи орган исполнительной власти, уполномоченный осуществлять норма-

тивно-правовое регулирование в сфере юстиции, является координирующей составляющей механизма установления и устранения пробелов в законодательстве.

Апробация результатов исследования.

Настоящее диссертационное исследование подготовлено в рамках работы диссертанта в отделе имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, а также последующей работы в отделе судебной практики и правоприменения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

Материалы диссертационного исследования докладывались на VI Международном конгрессе сравнительного правоведения «Современное правосудие: национальное и международное измерения» (Москва, 2016), IX Кутафинских чтениях «Секция сравнительного права, посвященная памяти профессора В.А. Туманова» (Москва, 2016), XII Международной школе-практикуме молодых ученых-юристов «Композиция правового пространства: динамика обновления» (Москва, 2017), VII Международном конгрессе сравнительного правоведения «Национальное и универсальное в праве: от традиций к постмодернизму» (Москва, 2017), XIII Международной научно-практической конференции «Кутафинские чтения» «Современное российское право: взаимодействие науки, нормотворчества и практики» (Москва, 2017), XV Международном конгрессе «Блищенковские чтения» на секции «Региональные системы защиты прав человека», (Москва, 2018), VIII Международном конгрессе сравнительного правоведения «Сравнительное правоведение в поисках конституционного идеала» (Москва, 2018), Всероссийской студенческой научно-практической интернет-конференции «Российский конституционализм: от прошлого к настоящему» (Орехово - Зуево, 2018), XIV Международной научно-практической конференции «Толкование и конкретизация права: проблемы теории и практики» и учебно-методическом семинаре по теме: «Теория, философия и

социология права как отрасли науки и учебные дисциплины» (Москва, 2019), IX Международном конгрессе сравнительного правоведения «Правовые ценности в фокусе сравнительного правоведения» (Москва, 2019), Международной научно-практической конференции «III Прокопьевские чтения» «Принципы и ценности в праве: доктрина, правотворчество, реализация» (Калининград, 2019), VI Международной научной конференции теоретиков права «Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика» (Москва, 2020).

Кроме того, идеи, положенные в основу настоящего исследования, использовались при подготовке аналитических записок отдела имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

Структура диссертации определяется поставленной целью и объемом исследовательских задач и включает в себя введение, три главы, подразделенные на девять параграфов, заключение, список использованной литературы, а также приложение.

Глава 1. Доктринальные основы установления и устранения пробелов в законодательстве: вопросы теории

§ 1. Понятие и классификация пробелов в законодательстве

Прежде чем перейти к анализу деятельности по установлению и устранению пробелов в законодательстве, следует определиться с понятием и классификацией таких пробелов, поскольку, как точно подметил К. Маркс, «чтобы действовать с какими-либо шансами на успех, надо знать тот материал, на который предстоит воздействовать»¹.

Стоит отметить, что проблема пробелов не является новой. Идеи о не-совершенстве законов высказывались со времён Древней Греции², однако пробел как предмет правового исследования стал изучаться лишь в XIX веке при «столкновении» законодательных норм и юридической практики. Р. Дубишар в своем труде «Введение в теорию права» отмечает, что после систематизации законодательства, практическая юриспруденция приобрела вид формулировок, а фактические отношения стали приравниваться к праву. Само право не было приспособлено к процессам, происходящим в обществе, поскольку было тесно связано с римским правом, от которого и происходило. В результате правовое регулирование было оторвано от реальных общественных отношений³.

Так, в Германии в конце XIX века в период подготовки Германского гражданского уложения (далее – ГГУ) ученые начинают выделять проблему наличия пробелов в законе. Известность получили работы О. Бюлова и Э. Цительмана.

Признавая наличие пробелов в ГГУ, как и в любом другом позитивном законе, Э. Цительман указывал на то, что в ГГУ не содержит прямого ответа о том, как нужно решить тот или иной вопрос. Позитивный закон, так или иначе, оставляет пробелы⁴. Недостаточно при этом одной лишь логики для их заполне-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд., т.16, С. 195.

² См.: Платон. Диалоги. М. 2008. С. 131; Аристотель. Метафизика. М., 2008. С. 234.

³ Dubischar R. Einführung in die Rechtstheorie. Darmstadt., 1983. S. 49.

⁴ Zitelmann E. Lücken im Recht: Rede gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms // Universität zu Bonn am 18. Oktober 1902 Цит. по: Kelly, Patrick Law in a law-governed union (Recht in einer Rechtsunion): The Court of Justice of the European Union and the free law doctrine. PhD thesis, Birkbeck, Univer-

ния, следовательно неизбежно усмотрение судьи в пробельных зонах для адаптации позитивного права к потребностям реальной жизни¹.

Важным этапом в развитии исследования проблемы пробелов стала книга К.В. Канариса «Установление пробелов в законе»². В работе автор устанавливает значимые для практики правила судебного правотворчества. Развивая идеи Э. Цительмана, под пробелом автор понимает неполноту позитивного права, измеряемого масштабом всего действующего правопорядка³. Ученый определяет виды пробелов, средства их установления и дальнейшего восполнения в процессе правоприменительной деятельности. Из современных зарубежных исследователей наибольшее внимание пробелам уделяет А. Бланкенагель, который под пробелом в законодательстве понимает «нечто неурегулированное соответствующим законом, законодателем, иными субъектами в ином законе или нормативном акте, равно как и любым другим субъектом, в любой другой форме правового регулирования и подлежащее обязательному правовому регулированию, поскольку подобное регулирование является необходимым для того, чтобы члены общества могли определить свое поведение⁴». То есть изначально факт неурегулированности возникает в силу витиеватости многоуровневой правовой системы⁵, которой следуют все, кому она предназначена, побуждает к поиску новых альтернатив.

Единственной функцией такого субъекта является исключение вероятности того, что нечто неурегулированное в рассматриваемом законе и подлежащее обязательному регулированию не является предметом регулирования в какой-либо иной форме или в каком-либо ином нормативном акте. Из-за многоуровневой правовой системы и широкого перечня нормоустанавливающих субъектов

city of London, 2015. P. 50. URL: http://bbktheses.da.ulcc.ac.uk/136/1/cp_Fullversion-2014KellyPphdBK.pdf.

¹ Zitelmann E. Lücken im Recht (1903). Цит. по: Geny F. Methode d'interpretation et sources en droit prive positif. 2rd ed. 1954. (An English translation by Louisiana State Law Institute. 1963. P. 536 - 537.

² См.: Canaris C.-W. Die Feststellung von Lucken im Gesetz. Berlin, 1964. S. 39. Цит. по: Лазарев В.В. Избранные труды. [в 3 т.]. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. М., 2010. С. 34.

³ См.: Canaris C.-W. Die Feststellung von Lucken im Gesetz. Berlin, 1964. S. 39. Цит. по: Забигаило В.К. Проблема «Пробелов в праве». Киев, 1974. С. 36.

⁴ Бланкенагель А. Пробелы в Конституции Российской Федерации и возможности ее совершенствования // Пробелы в российской Конституции и возможности ее совершенствования. М., 1998. С. 5.

⁵ Соответствующего этой системе множества законодателей, под которыми А. Бланкенагель понимает любого субъекта, устанавливающего норму.

понятие пробела в законе становится непростым, и, как следствие, затрудняется выявление общепринятых путей устранения такого пробела¹.

В болгарской юридической литературе² также приводятся некоторые примеры пробелов в праве: пробел существует, когда имеется юридическое правило, лишенное смысла, которое не может быть разъяснено путем толкования, или когда существует юридическое правило, которое противоречит другому правилу, и оба они отрицают друг друга³. Иными словами, пробел в праве не связан с отсутствием нормы права, а относится к существующему правилу, которое демонстрирует серьезную ошибку или находится в столкновении с другим правилом.

Что касается российской политико-правовой мысли, понятие «пробел в законодательстве» было внедрено в отечественную юридическую науку во второй половине XX века. Наибольший вклад в этот процесс внесли В. К. Забигаило и В. В. Лазарев. Сегодня многими органами государственной власти в принимаемых ими документах самого разного характера используется данное понятие. Общеизвестно, что пробел – это дефект закона. О значимости процесса установления и устранения пробелов в законодательстве можно судить в связи с изданием с 2008 года на эту тему специального журнала, концепция которого предполагает, что «каждый автор выявляет пробелы в рассматриваемой им области права – изъяны, создающие угрозу построению правового государства, дает научно обоснованные рекомендации по их устранению вплоть до проектов статей законодательных актов. Результаты доводятся до сведения законодательных органов страны»⁴.

Юридическую науку характеризует плюрализм мнений о понятии и видах пробелов в законодательстве. Ряд авторов, среди которых В.К. Забигаило, П.Е. Недбайло, А.С. Пиголкин, В. И. Акимов, придерживаются узкого подхода, согласно которому пробел есть там, где нет нормы права. А.Г. Бережнов, С.И.

¹ См.: Бланкенагель А. Указ. соч. С. 5.

² См. напр.: Таджер В. Гражданское право на НРБ. Общая часть, 1972С. 135–136; Василев Л. Гражданское право Народа Республики Болгария. Общая часть. 1956. С.107.

³ Там же.

⁴ См.: Пробелы в российском законодательстве // URL: https://elibrary.ru/title_about.asp?id=26718

Вильнянский, В.В. Лазарев, О.Э. Лейст считают, что помимо ситуации отсутствия применимой нормы, к пробелу в праве (законодательстве) относятся случаи, когда норма есть, но она не может быть применена в том значении, в котором она представлена в тексте закона. Можно констатировать, что классики теории современного права зачастую предлагают авторский подход к понятию и классификации пробелов в законодательстве.

Так, В. К. Забигаило, представитель узкого подхода, считает, что пробелом в праве не может быть просто случай, когда право молчит¹. Не может быть пробела только на том основании, что с точки зрения правоприменителя отсутствует необходимая норма². Пробел в праве, пишет В. К. Забигаило, – это «... отсутствие в существующих нормативных правовых актах необходимых норм для решения конкретного случая (или неполнота существующих норм) в пределах границ нормативного правового регулирования, установленных законодателем, потребность которых определяется смыслом действующего законодательства»³.

По определению П.Е. Недбайло, пробел в праве существует в том случае, если можно с достоверностью установить, что вопрос, входящий в сферу правового регулирования, должен решаться юридическими средствами, но конкретное его решение в целом или в какой-то части не предусмотрено⁴.

С.С. Алексеев пишет, что пробел в законодательстве – это «отсутствие конкретной нормы, необходимой для регламентации отношения, входящего в сферу правового регулирования»⁵.

В.М. Сырых также рассматривает пробел в законодательстве в качестве «... отсутствия нормы права или ее отдельной части, необходимых для регулирования отношений, имеющих правовой характер»⁶.

А.В. Поляков под пробелом в законодательстве понимает отсутствие конкретной законодательной нормы, необходимой для урегулирования коллизион-

¹ См.: Забигаило В.К. Проблема «Пробелов в праве». Киев, 1974. С 37.

² Там же. С. 37.

³ Там же. С. 38.

⁴ Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. 1970, №3. С. 50.

⁵ Алексеев С.С. Теория государства и права. М., 2005. С 328.

⁶ Сырых В.М. Теория государства и права. М., 1998. С.265.

ного случая. Коллизия, в свою очередь, по замечанию А.В. Полякова, – это пространство между общественным отношением, которое нужно урегулировать, и отраслью законодательства, в которой искомая норма отсутствует¹.

В.И. Акимов указал, что пробел подразумевает под собой «неурегулированность конкретной нормой права отношений, которые закреплены в общей норме»².

И.Н. Сенякин и А.Н. Балашов полагают, что пробел в праве есть отсутствие в действующей системе законодательства нормы, которой должен разрешаться возникший казус³. Авторы считают, что пробел в праве – это явление объективное, т.к. ни одно законодательство не способно учесть все многообразие общественных отношений. Пробел в праве, независимо от причин, является нежелательным и должен своевременно устраняться.

Таким образом, представители узкого подхода полагают, что пробел есть только там, где нет применимой нормы. Например, не по всем вопросам, предусмотренным Конституцией РФ, приняты Федеральные конституционные законы (далее – ФКЗ) как того требует ст.108 Конституции РФ. Так, не принят закон о статусе Конституционного Собрании в РФ (ч.2 ст. 135 Конституции РФ). Поэтому, если возникнет ситуация, когда потребуются созвать такое собрание, для начала придётся устранить указанный пробел⁴.

Вопрос о дефектности данной нормы не раз затрагивался в юридической литературе⁵. Ю.В. Ким отмечает, что на сегодняшний день не принят ФКЗ, регулирующий порядок созыва Конституционного Собрании. Автор отмечает, что в разное время разными ведомствами предлагались законопроекты, регулирующие созыв Конституционного Собрании, но все они остались незамеченными. Таким

¹ См.: Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций. СПб., 2001. С. 582.

² Акимов В.И. Понятие пробела в праве // Правоведение. 1969, №3. С.112.

³ См.: Балашов А.Н., Сенякин И.Н. Аналогия права и аналогия закона как средство ликвидации пробелов в гражданском судопроизводстве // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008, № 2 (60). С. 151.

⁴ С другой стороны, отсутствие работы в данном направлении означает стабильность Конституции РФ.

⁵ См., напр.: Уваров А.А. Вопросы адекватного отражения конституционных норм в российском законодательстве // Конституционное и муниципальное право. 2014., № 7. С. 15 – 18; Ким Ю.В. О целеполагающих началах, паллиативах и фикциях в конституционном регулировании // Конституционное и муниципальное право. 2019., № 6. С. 3 – 11; Ильиных А.В., Морозов В.Е. Применение норм Конституции Российской Федерации в спорах о статусе политических партий // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2018., № 4. С. 26 – 37.

образом, если возникнут предпосылки для разработки и принятия проекта новой Конституции РФ, реализовать их будет затруднительно, поскольку законодательная основа для этого не создана¹.

Переходя к представителям широкого подхода, можно выделить С.И. Вильянского, определяющего пробел в праве как «полную или частичную неурегулированность отношений, обусловленную отсутствием, неполнотой или противоречием норм»².

А.Н. Медушевский, в свою очередь, выделяет два типа пробелов в праве. Первый имеет место в ситуации, когда закон полностью умалчивает о какой-либо сфере общественной жизни в результате упущения или недосмотра законодателя, которая подлежит нормативному регулированию. Второй тип имеет место в результате новой ситуации, непредусмотренной законом и возникшей уже после его принятия. В данном случае пробел является сигналом определенной конфликтной ситуации, несоответствия нормы и действительности³.

В.М. Галкин отмечает: «Пробел в праве характеризует неполноту правового регулирования с его внутренней стороны, несовершенство правовой регламентации, затрудняющее реализацию права, прежде всего, в форме его применения»⁴. Автор указывает, что неполнота, незавершенность правовых предписаний по поводу отношений, которые регулируются правом, нарушают бесперебойность его функционирования, в связи с чем нуждаются в абсолютном законодательном устранении либо преодолении при помощи средств правового материала. По мнению В.М. Галкина, целесообразно к пробелам относить неполноту именно этого рода, тем самым подчеркивая практическую сторону⁵.

¹ См.: Ким Ю.В. О целеполагающих началах, паллиативах и фикциях в конституционном регулировании // Конституционное и муниципальное право. 2019., № 6. С. 7.

² См.: Вильянский С.И. Толкование и применение гражданско-правовых норм. М. 1948., С. 34

³ См.: Медушевский А.Н. Пробелы в российской Конституции: механизмы конституционного процесса в условиях модернизации // Пробелы в российской Конституции и возможности ее совершенствования. М. 1998. С. 33.

⁴ Галкин В.М. Пробелы в уголовном праве и пути их преодоления // Проблемы совершенствования советского законодательства. М., 1988. Вып. 41. С.133.

⁵ Галкин В.М. Пробелы в уголовном праве и пути их преодоления // Проблемы совершенствования советского законодательства. М., 1988. Вып. 41. С.133.

В. В. Лазарев под пробелом в праве понимает «... положение, когда определенные общественные отношения, находятся в целом в сфере правового регулирования, оказываются неурегулированными конкретными правовыми нормами»¹. О пробелах В. В. Лазарев говорит преимущественно в переносном смысле, как об одном из несовершенств права, когда в нем отсутствует необходимый компонент. Также В. В. Лазарев делает оговорку, что «... при различении права и закона, а точнее, при том, что закон является одной из форм воплощения права, логичнее отыскивать пробелы в законодательстве»². Представляется, в связи с этим, что следует ориентироваться на устранение пробелов в законе, поскольку принятие законов считается главным способом урегулирования сфер государственной и общественной жизни³.

В качестве примера пробела в широком его понимании можно привести установленный М.О. Доловой при анализе судебной практики пробел в гражданском процессуальном законодательстве (во взаимосвязанных положениях статей 45 и 46 ГПК РФ) в части предъявления территориальными управлениями Роспотребнадзора исков о защите неопределенного круга лиц. Так, суды прекращали производство по делам, инициированным по искам Роспотребнадзора о защите прав граждан, которым на стадии заключения договора навязывались невыгодные условия. Только в результате пересмотра определений о возвращении исков о защите неопределенного круга лиц дела по таким категориям были приняты к рассмотрению районными судами ранее считавшими, что иск, подаваемый от конкретных лиц, не может считаться поданным в защиту неопределенного круга лиц, а у Роспотребнадзора нет полномочий подавать иск в защиту другого лица (такие полномочия есть только у прокурора). Однако на стадии пересмотра указанных определений было установлено, что подобные кабальные

¹ Лазарев В.В. Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата / В.В. Лазарев, С.В. Липень. М., 2015. С.287.

² Там же.

³ См. также: Концепции развития российского законодательства / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Т.Я. Хабриева. М. 2014., С.8.

условия договоров предлагаются иным лицам либо находятся в публичном доступе¹.

В российской юридической практике в целом господствует широкий подход к пробелам в законодательстве, раскрытый в работах В. В. Лазарева: пробелом является ситуация неурегулированности, независимо от того, отсутствует норма, либо она есть, но не может быть применена в связи с её неясностью или дефектностью иного рода, однако судебная практика использует различные словесные формы для обозначения одного и того же явления, которые в свою очередь могут привести к терминологической неопределенности, препятствующей построению механизма установления пробелов и его последующего устранения для более эффективного правового регулирования.

Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации (далее – ВС РФ, Верховный Суд РФ) было отказано в удовлетворении кассационной жалобы о признании недействующей нормы областного Закона «О государственной гражданской службе Владимирской области»². Заявители утверждали, что Закон субъекта, включающий новые правила пенсионного обеспечения, противоречат федеральному законодательству и нарушают их право на достойное пенсионное обеспечение. Обосновывая свои доводы, заявители утверждали, что «до принятия специального федерального закона, регулирующего пенсионное обеспечение государственных служащих субъектов РФ, необходимо применить аналогию закона и руководствоваться Федеральными законами № 166-ФЗ³ и 173-ФЗ⁴»⁵. Судебная коллегия, не согласившись с доводами заявителя, отмечает, что аналогия закона применяется лишь в случае **пробела в праве** (выделено мной – Ю.И.). В данном деле пробел в праве отсутствует, поскольку Закон субъекта был принят «до принятия соответству-

¹ См.: Комментарий судебной практики. Вып. 24 / М.Н. Николаев, М.В. Петрухин, М.К. Белобабченко [и др.] отв. ред. К.Б. Ярошенко. М., 2019. С. 120–121.

² Закон Владимирской области «О государственной гражданской службе Владимирской области» от 27 августа 2004. № 135-ОЗ // СПС «Консультант Плюс».

³ Федеральный закон от 15.12.2001 № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 17.12.2001, № 51, ст. 4831.

⁴ Федеральный закон от 17.12.2001 № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» // Парламентская газета. № 238-239, 20.12.2001.

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 28.12.2005 № 86-Г05-28 // СПС «Консультант Плюс».

ющего федерального закона, регулирующего данные правоотношения в соответствии с предоставленными ему федеральным законом полномочиями»¹. Из приведенного примера видно, что под пробелом в праве Верховный Суд РФ понимает отсутствие нормы позитивного права.

В практике ВАС РФ встречаются судебные акты, содержащие термин пробел в законе. Так, в решении ВАС РФ от 14.05.2003 № 2742/03² арбитражный суд признал, что применив положения Методических рекомендаций по расчету налоговой базы³ (далее – Рекомендации) по аналогии Министерство по налогам и сборам Российской Федерации (далее – МНС России)⁴ **восполнило пробел в законе** (выделено мной – Ю.И.), однако применение института аналогии в отношении субъекта и элементов налогового обязательства недопустимо с точки зрения понятия законно установленного налога, поскольку данная норма ухудшает положение субъектов. Решение ВАС п. 7 раздела 4 Рекомендаций был признан недействительным.

МНС России поступило правомерно, применив положения Рекомендаций по аналогии для восполнения пробела в законе, однако данные Рекомендации содержали логическую неопределенность, которая противоречила федеральному законодательству и не позволяла считать такую норму включенной в действующее правовое регулирование.

Таким образом, при использовании словосочетания «пробел в законе» правоприменитель подразумевает частичное или полное отсутствие нормы позитивного права в правовой системе⁵. В большинстве случаев суд конкретно

¹ Там же.

² Вестник ВАС РФ. 2003. № 8.

³ Приказ МНС РФ от 21.08.2002 № БГ-3-02/458 «Об утверждении Методических рекомендаций по расчету налоговой базы, исчисляемой в соответствии со статьей 10 Федерального закона от 06.08.2001 № 110-ФЗ» // Экономика и жизнь. 2002. № 37.

⁴ Министерство по налогам и сборам Российской Федерации существовало (МНС России) с 1998 по 2004. В 2004 году создана Федеральная налоговая служба (ФНС России).

⁵ См., например: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 02.06.2009 по делу № А05-10407/2008; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 13.08.2004 № А44-630/04-С14; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 22.01.2004 № А52/2329/2003/2; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 06.10.2003 N Ф08-3742/03-1432А по делу № А53-3104/03-С6-37; Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 19.08.2010 по делу № А19-9399/10; Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 06.10.2008 № 07АП-5625/08 по делу № А45-5780/2008-60/132; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2009 по делу № А70-6829/2009; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.09.2014 по делу № А56-4474/2014; Апелляционное определение Костромского областного суда от 17.07.2013 по делу № 33-1137; Определение Санкт-Петербургского городского суда от 21.07.2011 № 33-10174/2011; Апелляционное определение Верховного суда Республики Баш-

указывает на закон, который ввиду своей пробельности не может разрешить спор и устранить законодательный дефект.

В судебной практике также используются термины «правовой пробел» и «пробелы в правовом регулировании».

Приморский краевой суд, руководствуясь положениями ч. 12 ст. 89 ФЗ «О службе в органах внутренних дел РФ», считает, что норма закрепляет возможность увольнения сотрудника полиции в период отпуска и временной нетрудоспособности независимо от того, кто является инициатором увольнения. Приморский краевой суд посчитал, что такое ограничение законодателя связано с особым правовым статусом сотрудника полиции, а не с наличием **пробела в правовом регулировании** (выделено мной – Ю.И.), позволяющего применить нормы трудового законодательства, как ошибочно посчитал суд первой инстанции.

По нашему мнению, требует дополнительных аргументов утверждение суда о наличии пробела в правовом регулировании. Представляется, что целесообразней говорить об ошибке в правоприменении, которая была вызвана коллизией в праве, не принятием во внимание правила приоритета специальной нормы перед общей. Специальная правовая норма имеет более узкую сферу действия, нежели общая, она регулирует более узкий круг общественных отношений, имея, в отличие от общей нормы, особую диспозицию или особую гипотезу. В специальных правовых нормах законодатель также закрепляет специфическую модель регулирования отношений по сравнению с общим правилом.

В пояснительной записке к Постановлению Пленума ВС РФ от 15 марта 2016 г. № 4¹ Верховный Суд отмечает, что окружные (флотские) военные суды отвечают по своим обязательствам (осуществляют уплату коммунальных и иных платежей за эксплуатацию занимаемых ими зданий и со-

коргостан от 10.07.2012 по делу № 33-7909/2012; Определение Свердловского областного суда от 16.08.2007 по делу № 33-5775/2007; Определение Санкт-Петербургского городского суда от 21.07.2011 № 33-10174/2011; Определение Свердловского областного суда от 16.08.2007 по делу № 33-5775/2007 // СПС «Консультант Плюс».

¹ СПС «Консультант Плюс».

оружий) и фактически обладают статусом юридического лица. Однако, согласно ч. 4 ст. 37 ФКЗ от 23 июня 1999 г. № 1-ФКЗ «О военных судах Российской Федерации»¹, военные суды освобождаются от таких платежей, что, по мнению Суда, противоречит нормам Гражданского кодекса Российской Федерации.

В пояснительной записке Верховный Суд РФ предложил внести изменения в статью 39 ФКЗ «О военных судах Российской Федерации», которые устранят **правовой пробел** (выделено мной – Ю.И.) и наделят на законодательном уровне окружные (флотские) военные суды статусом юридического лица, а также установят порядок реализации полномочий Судебного департамента как юридического лица в отношении гарнизонных военных судов.

Следовательно, ВС РФ установил отсутствие законодательной нормы, приводящей к образованию пробела.

В другом деле истец, являясь сотрудником органов внутренних дел, жаловался на отказ в изменении формулировки увольнения.

Обстоятельства дела: в период нахождения истца в отпуске произошло ДТП участием автомобиля под управлением истца, находившегося в состоянии алкогольного опьянения и другого транспортного средства, водитель которого получил увечья и был госпитализирован в травматологическое отделение. В отношении истца был составлен протокол об административном правонарушении, а также была инициирована служебная проверка.

Далее истец подал рапорт об увольнении его по п. 4 ч. 2 ст. 82 ФЗ «О службе в органах внутренних дел РФ и внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» (далее – ФЗ «О службе в органах внутренних дел РФ»)² по выслуге лет, дающей ему право на получение пенсии. Рапорт был подан в период нахождения в очередном отпуске. Датой увольнения истец

¹ Федеральный конституционный закон от 23.06.1999 № 1-ФКЗ «О военных судах Российской Федерации» // Российская газета, № 120, 29.06.1999.

² Федеральный закон от 30.11.2011 № 342-ФЗ // Парламентская газета, № 52-53, 02-08.12.2011.

просил считать последний день отпуска. В просьбе истцу было отказано со ссылкой на невозможность увольнения в период отпуска.

Суд первой инстанции, применяя нормы трудового законодательства, признал такой отказ незаконным, поскольку действие данного закона налагает запрет на увольнение в отпускной период и в период болезни, если данная инициатива исходит от органа полиции, но не регулирует случаи, когда соответствующее намерение выражает сотрудник¹.

Оценивая решение суда первой инстанции, Приморский краевой суд пришел к выводу о его неверности, поскольку оно было основано на неправильном применении норм материального права.

Другой пример использования термина правовой пробел содержится в Постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 21 января 2019 № Ф04-5680/2018 по делу № А45-40532/2017².

Обстоятельства дела: ФГБУ «Авиаметтелеком Росгидромета» (далее – ответчик) обратилось в Арбитражный суд Западно-Сибирского округа с иском к публичному акционерному обществу «Авиакомпания Сибирь» (истец) о взыскании задолженности за оказание услуг.

Согласно заключенному между сторонами договору от 01 июня 2011 № МИ-39-2011 (далее - договор) истец на протяжении определённого периода времени оказывал ответчику услуги по метеорологическому обеспечению полетов по аэропорту города Читы.

Отказывая в удовлетворении иска в полном объеме, суд первой инстанции указал на отсутствие обязанности по оплате оказанных услуг в связи с принятием Приказа Минтранспорта РФ № 34³, в соответствии с которым предоставление метеорологической информации входит в состав услуги

¹ Определение Приморского краевого суда от 21.07.2014 по делу № 33-6286 // СПС «Консультант Плюс».

² СПС «Консультант Плюс».

³ Приказ Минтранса России от 06.02.2017 № 34 «О внесении изменений в приложение № 1 к приказу Министерства транспорта Российской Федерации от 17 июля 2012 г. № 241 «Об аэронавигационных и аэропортовых сборах, тарифах за обслуживание воздушных судов в аэропортах и воздушном пространстве Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 13.03.2017.

по аэронавигационному обслуживанию полетов. Помимо этого, в аэропорту г. Читы ответчик получал метеоинформацию от иностранного провайдера.

Суд апелляционной инстанции, отменяя решение суда первой инстанции, отмечает, что внесение изменений в приказ Минтранспорта РФ № 241¹ приказом № 34² и исключение оплаты за предоставление авиаметеорологической информации из перечня аэропортовых сборов не влечет прекращения договорных отношений, а также прекращения оплаты за оказание услуг.

Суд кассационной инстанции, оставив в силе решение суда апелляционной инстанции отметил, что **правовой пробел** (выделено мной – Ю.И.) в части определения цены метеорологического обеспечения, образовался в связи с изменениями, внесенными приказом № 34. В последствие данный пробел был устранен Распоряжением ФГБУ «Авиаметтелеком Росгидромета» и приказами территориальных филиалов ФГБУ «Авиаметтелеком Росгидромета», принятыми в пределах полномочий и компетенции.

Так, по мнению кассационного суда, правовым пробелом явилась конкуренция нормы договора и нормы вступившего позднее в силу подзаконного нормативного акта. Вместе с тем, поскольку порядок оплаты приведённых в деле услуг был урегулирован нормами законодательства и условиями договора сторон, утверждать о наличии пробела представляется невозможным, в данном случае имела место коллизия нормы договора и нормы подзаконного акта. Отсутствие обратной силы нормы подзаконного акта привело к указанному решению суда, законность которого была подтверждена в апелляционной и кассационной инстанциях. Таким образом, судами была преодолена коллизия, но пробела как такового не существовало.

¹ Приказ Минтранса России от 17.07.2012 № 241 // «Об аэронавигационных и аэропортовых сборах, тарифах за обслуживание воздушных судов в аэропортах и воздушном пространстве Российской Федерации» // Российская газета, № 186, 15.08.2012.

² Приказ Минтранса России от 06.02.2017 № 34 «О внесении изменений в приложение № 1 к приказу Министерства транспорта Российской Федерации от 17 июля 2012 г. № 241 «Об аэронавигационных и аэропортовых сборах, тарифах за обслуживание воздушных судов в аэропортах и воздушном пространстве Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 13.03.2017.

Указанные выводы имеют особое значение для мониторинга судебной практики с целью соответствия качеству законодательства, неверные утверждения в судебных актах о наличии пробелов в праве влекут необоснованное внимание заинтересованных лиц к получившим негативную судебную оценку нормативным актам. В связи с этим в условиях стремительного роста судебных споров и законодательных норм уточнение используемого судами понятийно- категориального аппарата повысило бы эффективность взаимодействия законодательной и судебной власти. Терминологическое единообразие является условием возможности повышения качества реализации функций организационно-правового механизма установления и устранения в законодательстве.

Отдельно стоит остановиться на использовании понятия пробел в законодательстве в правотворческой практике.

Анализ законодательных актов показал, что зачастую под пробелом в праве понимают не только отсутствие нормы, но и ее уточнение, конкретизацию, дополнение¹. Стоит отметить, что данные изменения не связаны с качеством законодательной нормы и основываются лишь на внутренних, субъективных размышлениях автора законодательной инициативы.

Одним из недавних примеров является законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «О специальной оценке условий труда» (в части систематизации обязательных требований в сфере специальной оценки условий труда)»². Данным законопроектом Минтруд России предлагает установить бессрочное действие декларации соответствия условий труда государственным нормативным требованиям охраны труда. В настоящее время декларация действительна в течение пяти лет. Предполагается, что

¹ См. напр.: Проект Федерального закона № 898566-7 // СПС «Консультант Плюс»; Проект Федерального закона № 891642-7 // СПС «Консультант Плюс»; Проект Федерального закона «О внесении изменения в статью 17 Федерального закона от 29 декабря 2010 года № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» // СПС «Консультант Плюс»; Проект Федерального закона № 886255-7 // СПС «Консультант Плюс»; Проект Федерального закона № 877880-7 // СПС «Консультант Плюс»; Проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О специальной оценке условий труда» (в части систематизации обязательных требований в сфере специальной оценки условий труда)» // СПС «Консультант Плюс».

² СПС «Консультант Плюс».

закрепление бессрочного действия декларации устранил «правовой пробел... [и]... позволит избежать необходимости для работодателя по истечении срока действия декларации в случаях, когда условия труда на декларируемых рабочих местах не изменились, проводить специальную оценку условий труда, что приведет к снижению финансовой нагрузки, в том числе на предприятия, относящиеся к субъектам малого и среднего предпринимательства»¹.

Не давая всестороннюю оценку законопроекту, стоит отметить, что закрепление бессрочного периода действия декларации может привести к снижению гарантий работников на безопасные условия труда и быстрое реагирование государства на факты причинения вреда работникам или на факты, создающие угрозу такого причинения, что, в свою очередь, не устранил дефект, которого нет, а повлечет образование новых коллизий, пробелов и неопределенности в праве.

Данный законопроект также получил отклик среди общественных объединений. Общественная палата Кемеровской области отмечает, что «отсутствие предусмотренной в Законе № 426-ФЗ возможности «обнуления» декларации на основании фактов, установленных в ходе иного контроля условий труда, предусмотренных иными федеральными законами, может привести к злоупотреблению со стороны работодателей, создать условия для игнорирования обязательных норм, направленных на защиту работников от вредных производственных факторов»². На новостном портале «Трудовой договор и трудовые отношения» также отмечается, что данные изменения создают риски умышленного сокрытия отчетов, что в свою очередь существенно понижает истинность и представительность накапливаемых во ФГИС СОУТ данных, а также препятствует своевременному выявлению возможных

¹ Проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О специальной оценке условий труда» (в части систематизации обязательных требований в сфере специальной оценки условий труда)» // СПС «Консультант Плюс».

² URL: https://www.oprf.ru/ru/about/interaction/region_chambers/431/2618/newsitem/52821.

нарушений, с использованием автоматических сервисов ФГИС СОУТ, и принятию мер по восстановлению нарушенных прав работников³.

Проведенный анализ законопроектов показал, что отсутствие детальной процедуры, предусмотренной правовой нормой, воспринимается правотворческим органом как пробел, и он предлагает избыточные законопроекты «с запасом», «на всякий случай».

В связи с этим в условиях стремительного роста судебных споров и законодательных норм определение понятия пробел в законе повысило бы эффективность взаимодействия законодательной и судебной власти.

Следует заметить, что большой объем специальной литературы не вносит серьезной ясности в порядок применения выработанных правовых доктрин о пробелах в праве в судебной практике.

Можно выделить следующие основания для суждения о наличии пробела именно в законодательстве, а не в иных социальных нормах: дух существующих законов; смысл действующего законодательства; общая норма (*Grundnorm*); долженствование или необходимость; нахождение в сфере правового регулирования, но неурегулированность; наличие конфликта, казуса; незаполненность пространства между общественными отношениями и искомой нормой; нечёткость регулирования; неполнота действующего регулирования, выявленная правоприменителем; выявленное юридическое значение неурегулированного общественного отношения.

Судить о включенности общественного отношения в сферу правового регулирования можно именно благодаря конфликту сторон спора, в рамках которого суд не может принять однозначное решение, руководствуясь исключительно действующими правовыми нормами и предоставленной ему дискрецией. Иными словами, суд не может принять однозначное решение и вынужден оценить совокупность охраняемых законом прав, придав приоритетное значение одному из них.

³ URL: <http://xn----ctbbdccb4eebbnlpq5kj.xn--p1ai/>.

Поскольку избранный широкий подход предполагает разные виды пробелов, в литературе представлено множество их классификаций. Авторы прямо или косвенно задаются вопросами: каков исчерпывающий перечень пробелов – дефектов законодательства? Как можно установить, где дефект, а где – дискреция, предоставленная правоприменителю (квалифицированное, т.е. преднамеренное умолчание законодателя)?

Так, М. Хук подразделяет пробелы на технические и оценочные, связывая с возможностью их устранения правоприменителем¹. Технический пробел, по мнению автора, возникает тогда, когда законодатель, ввиду специфики предмета, не успевает должным образом реагировать на пробел². Тогда пробел устраняется судом путем применения аналогии закона и аналогии права³.

Оценочные пробелы, по мнению М. Хука, это пробелы, созданные в процессе интерпретации права самим правоприменителем. Это случаи, когда интерпретатор заключает, что «законодатель упустил из виду какой-либо конкретный случай при принятии закона»⁴, на основе чего делает вывод о наличии пробела и пытается его устранить. Однако полученный при этом результат противоречит целям законодателя и вместо устранения интерпретатор создает оценочный пробел.

Отечественные правоведы выделяют «мнимый пробел». Е.С. Зайцева и П.В. Козловский пишут, что это пробел, который надуман или создан искусственно⁵. Пробел, существующий в сознании субъектов, считающих, что имеется иллюзорная необходимость в упорядочивании тех или иных общественных отношений, хотя в действительности такая потребность отсутствует является мнимым⁶. Однако в данном случае, в отличие от оценочного пробела М. Хука, мнимый пробел отождествляется с «квалифицированным молчанием

¹ См.: Хук М. Указ. соч. С. 212.

² Там же. 213.

³ Там же. С. 212.

⁴ Там же. С. 214

⁵ См.: Зайцева Е.С., Козловский П.В. Понятие «мнимые пробелы в праве» и роль мнимых пробелов в механизме правового регулирования // Современное право. 2015., № 7. С. 33.

⁶ Там же.

законодателя». Закономерен вопрос: зачем одно и то же правовое явление обозначается разными понятиями?¹

В отечественной теории права также выделяются технические пробелы в законодательстве, но в значении нарушения законодателем правил юридической техники². В. В. Лазарев в этой связи также рассматривает технический пробел как одну из разновидностей пробелов в законодательстве, возникающих по вине законодателя, который формулируя нормативные предписания, допустил неточность формулировки, её расплывчатость или несогласованность с системой действующего нормативного регулирования. В результате норма права не встраивается в действующую систему права, противоречит потребностям общества, должна быть приведена в надлежащую форму.

Как разновидность технического пробела В. В. Лазарев выделяет «коллизийный» пробел, который образуется в силу абсолютных разногласий между нормами единого нормативного акта или требованиями норм разных актов, противоречивости содержания отдельно взятой нормы и т.п.³ Таким образом, происходит столкновение норм.

В науке также выделяется понятийный пробел, возникающий в ситуациях, когда в правоприменительной практике возникают затруднения при толковании понятий «аппарата законодательства»⁴. М. Хук справедливо в связи с этим заметил, что в большинстве стран существует презумпция «рационального законодателя»⁵. Н. А. Власенко также отметил, что право по своей природе разумно и стремится к определенности⁶. Это значит, что при прочтении текста закона все исходят из его буквального смысла. Следовательно, понятийный пробел появляется, если использованный законодателем термин имеет иное значе-

¹ См.: Баранов В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 76.

² Ю.А. Тихомиров предлагает следующее понятие законодательной техники: «Это система правил, предназначенных и используемых для познавательного-логического и нормативно-структурного формирования правового материала и подготовки текста закона». См.: Законодательная техника: Научно-практическое пособие под редакцией Ю.А. Тихомирова. М., 2000. С. 8-9.

³ Лазарев В.В. Избранные труды. [в 3 т.]. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение / В.В. Лазарев. М., 2010. С. 163.

⁴ Тихомиров Ю.А. Конституция, закон, подзаконный акт. М., 1994. С.40.

⁵ Хук М. Указ соч. С. 210.

⁶ См.: Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М. 2014., С. 55-56.

ние в этом же и в других нормативных актах, либо его значение расходится с общеупотребимым, даже когда оно в иных законах не закреплено.

Наглядным примером понятийного пробела является отсутствие в отечественном законодательстве понятия «коллекторская деятельность». По этой причине на практике сложилось два подхода:

1) это услуга по возврату преимущественно бесспорных долгов, включающий как психологические способы воздействия¹, так и правовые: взыскание долга в досудебном и судебном порядке²;

2) это деятельность по приобретению коллекторскими агентствами денежных требований к должникам с целью их самостоятельного предъявления к взысканию.

Таким образом, коллекторская деятельность понимается как возмездное оказание услуг или как цессия. Вместе с тем возможность осуществления коллекторской деятельности посредством цессии исключает оказание услуг: при покупке долга происходит замена кредитора. Первоначальный кредитор более в услугах не нуждается³. В такой ситуации понятие коллекторской деятельности является неопределенным, может использоваться для введения в заблуждение потенциальных клиентов коллекторских агентств.

Н.А. Власенко отмечает: «Суды, вынося решение, иногда самостоятельно дают определение законодательному понятию, либо правовому явлению или событию, восполняя тем самым имеющуюся пробельность в праве»⁴. Законодатель – пишет Н.А. Власенко – «не всегда формулирует легальные дефиниции, способные повышать уровень эффективности правоприменения»⁵ ... «Судебная прак-

¹ См.: Галкина Е.А. Проблемы правового регулирования коллекторской деятельности в РФ // Актуальный проблемы совершенствования российского законодательства и правоприменения: материалы, международно-практической конференции (г. Уфа, 29 апреля 2009г.): в 3. ч. 2: Гражданско-правовые проблемы. Уфа, 2009. С.33.

² См.: Денисов А.М. Право в коллекторских агентствах// Актуальные вопросы бухгалтерского учета и налогообложения. 2010, № 1. С.34.

³ См.: Астапова Т.Ю. О подходах к определению понятия «коллекторская деятельность» // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014., № 8. С.9.

⁴ Власенко Н.А. Проблемы правовой неопределенности: Курс лекций. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. М. 2015., С. 92.

⁵ Власенко Н.А. Проблемы правовой неопределенности: Курс лекций. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. М. 2015., С. 92.

тика в большинстве случаев идет по пути развития легальных дефиниций посредством включения дополнительных признаков и уточняющих что-либо»¹.

Такие ученые, как М.А. Кауфман, А.В. Поляков различают пробелы первоначальные (первичные) и последующие (вторичные). Первоначальный пробел появляется в сам момент издания закона в результате упущений законодателя. Последующие пробелы возникают после издания нормативных актов в процессе эволюции общественной жизни и формирования новых отношений².

Рассмотренные классификации лишь очерчивают то многообразие подходов к пробелам в законодательстве, которое существует в российской и зарубежной юридической литературе. В связи с этим согласимся с В.К. Забигаило, в том, что многие юристы искусственно усложняют проблему пробелов, изобретая новые классификации, поскольку эта множественность надуманна.³ В.К. Забигаило считает, что основанием такой множественности является обилие установленных для этого критериев, которые характеризуются очевидным субъективизмом⁴, с которым необходимо бороться. Деление пробелов на «первоначальные и последующие», на «первичные и вторичные», «изначальные и последующие», имеют в своём основании одни и те же аргументы⁵. Классифицировать технические пробелы, как представляется, можно исходя из наименования любого выделяемого в науке правила юридической техники.

Таким образом, если не вызывает споров вопрос о наличии пробела в законодательстве, ситуация, когда отсутствует норма, подлежащая применению, то открытыми для интерпретации остаются случаи неопределенности в порядке применения закона. Многими авторами не дается исчерпывающего перечня дефектов законодательства, упускаются отдельные аспекты. С необходимой

¹ Власенко Н.А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 65. См. также: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.11.2007 № 45. Пленум Верховного Суда РФ под применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия, рекомендует понимать: «умышленные действия, направленные на использование лицом указанных предметов как для физического, так и для психического воздействия на потерпевшего, а также иные действия, свидетельствующие о намерении применить насилие посредством этого оружия или предметов, используемых в качестве оружия» (п.2).

² Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение. М., 2009. С. 75.

³ Там же. С. 75.

⁴ Там же. С.51.

⁵ Там же.

степенью абстрактности их описал Н. А. Власенко, рассуждая о негативных проявлениях неопределенности в праве. Он выделил языковую, логическую и графическую неопределенность¹.

Ярким примером негативной неопределенности может служить Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16.10.2017 № 305-ЭС17-7844 по делу № А40-129463/2016².

Обстоятельства дела: администрацией городского округа «Город Калининград» и комитетом экономики, финансов и контроля администрации городского округа проведен конкурс с ограниченным участием на право заключения госконтракта. В ФАС поступила жалоба ООО «Спецстрой» на действия муниципального заказчика и уполномоченного органа при проведении названного конкурса. По итогам проверки ФАС признала жалобу обоснованной и противоречащей Постановлению Правительства Российской Федерации от 04 февраля 2015 № № 99³ (далее – Постановление №99) и иным нормам действующего законодательства, выявил нарушения, в числе которых неправомерность установления дополнительного требования о наличии опыта исполнения контракта на выполнение работ по строительству и капитальному ремонту объектов капитального строительства. ФАС отметила, что ввиду того, что предметом закупки выступает реконструкция моста, заявители не может устанавливать дополнительные требования о наличии опыта подтверждающего исполнение контракта на выполнение работ по строительству и капитальному ремонту объектов капитального строительства⁴.

Данный вывод Судебная коллегия посчитала ошибочным, поскольку он не учитывает цель названного правового регулирования, а буквальное содержание пункта 5 приложения № 2 к Постановлению № 99 не разделяет работы на подвиды: по строительству, по реконструкции, по капитальному ремонту.

¹ См.: Власенко Н.А. Указ. соч. С. 106 – 108.

² СПС «Консультант Плюс».

³ Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 09.02.2015.

⁴ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16.10.2017 № 305-ЭС17-7844 по делу № А40-129463/2016 // СПС «Консультант Плюс».

Отмечая правомерность указанного подхода, Судебная коллегия ссылается на внесенные Постановлением Правительства РФ от 14 ноября 2016 № 1185 в пункт 5 приложения 2 к Постановлению № 99 изменения, согласно которым дополнительным требованием к участникам закупки стало наличие опыта исполнения одного договора за последние 3 года до даты подачи заявки на участие в соответствующем конкурсе на выполнение работ по строительству, и (или) реконструкции, и (или) капитальному ремонту. Уточненная редакция 5 приложения 2 к указанному постановлению, вопреки утверждению ФАС России, «не изменило ранее установленное требование, а устранило возможность иного толкования данных положений и искажения смысла соответствующей нормы»¹. Таким образом, вышеописанный пример демонстрирует как применимая норма была неправильно интерпретирована и расходилась с идеями законодателя, ввиду низкого качества закона, не отвечающего требованиям разумности и определенности.

Проблема качества закона неоднократно поднималась отечественными правоведами. Как отмечает В.И. Червонюк: «На практике «качественным» считают тот закон, который применяется»². Ю.А. Тихомиров в рамках своего выступления на научно-практической конференции «Качество закона и юридическая техника», состоявшейся 26 ноября 2007 года в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (далее – ИЗИСП, Институт), утверждает, что «качество закона можно понимать не только с точки зрения его качества как документа, но также в плане оценки того, насколько полно закон или иной нормативный правовой акт решает определенную социальную задачу»³. Верно отмечает С.Б. Поляков, что ученые, посвятившие свою работу изучению определения качества закона, предметом своего исследования избрали дефекты в праве – «свойства законов, не отвечающие двум требованиям: разумности и определенности либо (в иной терминологии) социальной

¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16.10.2017 № 305-ЭС17-7844 по делу № А40-129463/2016 // СПС «Консультант Плюс».

² Червонюк В.И. Качество закона: современная концепция и проблемы демократизации // Юридическая техника: ежегодник. 2012, № 8: Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника. С.489.

³ Иванюк О. А. Качество закона и проблемы юридической техники // Журнал российского права. 2008., №2 (134). С. 151.

адекватности и юридической адекватности. Под юридической адекватностью понимается соответствие закона правилам юридической техники, а под социальной адекватностью – социальная пригодность закона, его способность отражать объективно обусловленные потребности и интересы людей, их ценности и приоритеты, стимулировать социальную активность и ограничивать деструктивные формы ее проявления»¹. По мнению В.И. Червонюка, большую роль играет социальная адекватность, поскольку именно в ней «скрывается» материальная сторона механизма реализации закона, побудительная сила его действия², одной из составляющей которого выступает категория справедливости. Именно справедливость является тем индикатором, через который возможно определить соразмерность закона природе права и общепризнанным требованиям³. Закон, который не отвечает требованиям справедливости или «не препятствует несправедливости, не может признаваться качественным»⁴. Следовательно, определенность, разумность, справедливость, последовательность, непротиворечивость закона являются теми условиями, которые способствуют формированию качественного закона, направленного на достижение общесоциальных целей.

В том случае, если закон будет неясным, противоречивым, дефектным, он встретит сильное противодействие, и никакими юридическими средствами невозможно будет обеспечить его реализацию. И правоприменительный орган становится «заложником» сложившихся обстоятельств и вынужден справляться с существующими проблемами, не имея возможности оказать воздействие на ситуацию в целом⁵. По этой причине ненадлежащее качество закона не раз было в фокусе внимания национальных и наднациональных судов⁶. В частности, каче-

¹ Толстик В.А. Некоторые проблемы обеспечения социальной адекватности закона // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2013. № 22. Цит. по: Поляков С.Б. Дефекты законодательства и правоприменительной практики как предмет изучения юридической науки // Российский юридический журнал. 2017. № 1. С. 16–22.

² См.: Червонюк В.И. Указ. соч. С.491.

³ Червонюк В.И. Указ. соч. С.492.

⁴ Там же.

⁵ Белоусов С.А. Качество закона и эффективность его применения: пути преодоления негативных последствий законодательного дисбаланса // Вестник ПАГС. 2014. №4 (43). С.12.

⁶ Вопрос ненадлежащего качества закона в практике ЕСПЧ обобщен и проанализирован в § 3 гл. 2 настоящего исследования.

ство норм уголовно-процессуального законодательства, неоднократно вызывали дискуссии в науке¹ и практике.

Наглядным стало дело Константина Котова, приговоренного районным судом 5 сентября 2019 г. к колонии за неоднократное нарушение правил проведения митинга ст. 212.1 УПК РФ. Мосгорсуд оставил приговор без изменения, после чего защитники Константина Котова обратились в Конституционный Суд РФ. В январе 2020 г. Конституционный Суд РФ в Определении 27.01.2020 № 7-О² отметил, что назначения лицу наказания в виде лишения свободы возможно лишь в случае организации пикетирования, которое повлечет за собой утрату публичным мероприятием мирного характера либо создает угрозу причинения или причиняет реальный вред здоровью граждан или иным конституционно охраняемым ценностям, при том что без назначения данного вида наказания невозможно достичь целей уголовной ответственности за преступление.

Также Конституционный Суд РФ констатировал, что поскольку федеральный законодатель до настоящего времени не внес каких-либо изменений в ст. 212.1 УК РФ, в связи с выявленным ранее конституционно-правовым смыслом ст. 212.1 УК РФ³, направленных на уточнение нормативных оснований привлечения к уголовной ответственности за предусмотренное данной статьей преступление и мер наказания за его совершение, всем представительным, исполнительным и судебным органам государственной власти, органам местного самоуправления, предприятиям, учреждениям, организациям, должностным лицам, гражданам и их объединениям необходимо руководствоваться Постановлением Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2017 года № 2-П⁴. Иное вело бы к отрицанию обязательности решений КС РФ и вступало бы в прямое противоречие

¹ См. напр.: Никифоров С.А. Рассмотрение и разрешение ходатайств в уголовном судопроизводстве // Законность. 2018., № 12. С. 38 – 40; Лаптев А.Н. Безотлагательность рассмотрения судом правомерности содержания под стражей: европейские подходы к российским проблемам // Международное правосудие. 2016, № 3. С. 48 – 63; Николок В.В. Практика заключения под стражу осужденного до рассмотрения судом представления о замене штрафа, ограничения свободы, обязательных, исправительных работ лишением свободы (п. 18 ст. 397 УПК РФ) // Уголовное право. 2014. № 6. С. 107 – 114; Рудакова С.В. Проблемы расширения апелляции в российском уголовном процессе // Российский судья. 2013., № 3. С. 27 – 29; Смирнов А.В. Реформа порядка пересмотра судебных решений по уголовным делам: апелляция // СПС Консультант Плюс. 2011.

² Определение Конституционного Суда РФ от 27.01.2020 № 7-О // СПС «Консультант Плюс».

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 10.02.2017 № 2-П // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 14.02.2017.

⁴ Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 14.02.2017.

со ст. 15 (ч.1 и 2) и 125 (ч. 6) Конституции РФ и основанными на них ст. 6 и 79 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»¹.

Конституционный Суд РФ отметил, что «наказание лицу, впервые совершившему преступление, предусмотренное статьей 212.1 УК Российской Федерации, – с учетом предписаний частей первой и третьей статьи 60 данного Кодекса – не обязательно должно быть связано с лишением свободы»². После этого адвокаты К.А. Котова обратились в Кассационный суд для пересмотра дела. Согласно действующего уголовно-процессуальному законодательству у адвокатов было всего три дня на обжалование (ст. 108 УПК РФ). Чтобы уложиться в этот срок, адвокаты направили жалобу в ВС РФ, который позднее вернул жалобу обратно, оставив ее без рассмотрения, поскольку счел ее необоснованной без мотивировочной части решения. Как отмечает С.А. Насонов, дело Константина Котова наглядно иллюстрирует «зияющий пробел в законодательстве, существующий с 2010 года»³. «Жалоба сначала попадает к судье, который проверяет ее обоснованность, а потом передает ее в ВС РФ. На этот процесс законом установлен срок до месяца – срок неразумный и бессмысливающий сам процесс кассационной проверки»⁴.

Приведенный пример позволяет прийти к выводу, что не только отсутствие нормы права, но и некачественность, двусмысленность, противоречивость правовой нормы, установленная правоприменительными органами, способна привести к пробелу в законодательстве. В этой связи пробел в законодательстве для целей настоящего исследования следует определить как отсутствие нормы закона, подлежащей применению, либо наличие в норме права неопределенности, приводящей к нарушению качества закона и не позволяющей считать такую норму включенной в систему законодательства и предполагает использование организационно-правового механизма для его устранения.

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 27.01.2020 № 7-О. Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 28.01.2020.

² Там же.

³ Мера понимания меры пресечения. В рассмотрение дела Константина Котова вмешался коронавирус и пробелы в законодательстве // Коммерсант. 28.03.2020. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4307411#id1833773>

⁴ Там же.

§ 2 Пробелы в законодательстве и иные сопричастные явления в праве

Проанализированная в первом параграфе судебная и законодательная практика демонстрирует необходимость отграничения понятия пробел в законе от иных теоретических понятий, которые зачастую подменяются правоприменителями. С.Б. Поляков справедливо ставит проблему обывательского уровня правоприменительной деятельности¹. Нельзя утверждать, что расхождения в представлениях судей об определенных доктринальных концепциях демонстрируют отсутствие профессионального правосознания, но можно предположить, что унификация часто используемых теоретических конструкций является одним из требований повышения качества правосудия.

Отграничению понятия пробела от других правовых явлений посвящено большое количество научных статей² и монографий³. Пробелом в законе называются термины, обозначающие сходные правовые явления, такие как квалифицированное молчание и коллизии в праве.

Вопрос отграничения пробела в законе от квалифицированного молчания законодателя подробно раскрыт В.М. Барановым⁴. Автор делает акцент на самостоятельности феномена «квалифицированное молчание законодателя» и даже предлагает принять юридическую норму, закрепляющую следующее утверждение: «квалифицированное молчание законодателя» не может рассматриваться кем-либо пробелом, а юридическое дело должно быть

¹ Поляков С.Б. Дефекты законодательства и правоприменительной практики как предмет юридической науки // Российский юридический журнал. 2017, № 1. С.21.

² См., напр.: Шарнина Л.А. Проблемы установления пробелов в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2018, № 1. С. 17 – 21; Демин А.В. Квалифицированное молчание закона в механизме налогового правового регулирования // Закон. 2012, № 2. С. 129-138; Германов А. В. Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве // Право: современные тенденции: материалы II Междунар. науч. Конф.Уфа. 2014.С. 91-94. URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/114/5298/>; См.: Баранов В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 75 - 78; Трофимов В.В. «Квалифицированное молчание законодателя» как средство «профилактики» правотворческих ошибок // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: Матер. межд. науч.-практ. круглого стола (29 - 30 мая 2008 г.) / Под ред. В.М. Баранова, И.М. Мацкевича. М., 2009. С. 590 - 597.

³ См., напр.: Гаско А.В. Пробелы и коллизии в системе российского права как правовые дефекты. (Общее и особенное): монография. Рязань. 2015, 199 с.; Петров А.А., Тихонравов Е.Ю. Пробелы и коллизии в праве: Учеб. и науч.-практ. пособие. М., 2017. 80 с.

⁴ Баранов В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 75 – 78.

рассмотрено компетентным органом по существу в силу собственного усмотрения»¹. По мнению В.М. Баранова, благодаря такому закреплению из научного лексикона исчезнет понятия мнимого пробела, поскольку данная классификация пробела не просто избыточна, но и порождает трудноразрешимые конфликты в разных областях знаний², как было отмечено в первом параграфе настоящей главы.

Квалифицированное молчание законодателя — это прием юридической техники, состоящий в сознательном и целенаправленном нежелании законодателя по тем или иным причинам регулировать ситуацию при помощи нормативных предписаний. У квалифицированного молчания и пробелов в законе есть общие черты — в обоих случаях речь идет об отсутствии правовой нормы, регулирующей общественные отношения. При этом пробел возникает в случае, когда тот или иной вопрос, попадающий в сферу правового регулирования, «должен решаться правовыми средствами, но его решение в целом или в какой-то части не предусмотрено или предусмотрено не полностью»³. Таким образом при пробеле в законе общественные отношения должны быть регламентированы нормами права, но в силу причин объективного или субъективного характера такая норма в системе права отсутствует. То есть при квалифицированном молчании речь идет о целенаправленном намерении законодателя оставить решение вопроса на усмотрение правоприменителя, рассчитывая, что его законодательная воля будет конкретизирована иными правовыми актами. При пробеле речь идет о неосознанном бездействии, упущении законодателя.

Однако, несмотря на видимое различие данных правовых явлений, в науке и практике отграничение пробела от квалифицированного молчания вызывает затруднения. А.В. Демин в статье посвященной квалифицирован-

¹ Баранов В.М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008, № 1. С. 76.

² Там же.

³ Кутафин О.Е. Пробелы, аналогия и дефекты в конституционном праве // Lex Russica: Научные труды МГЮА. 2007. Т. LXVI. № 4. С. 612.

ному молчанию закона в механизме налогово-правового регулирования¹, акцентирует внимание на сложностях отграничения негативного квалифицированного молчания от пробелов в праве. Автор разграничивает позитивное и негативное квалифицированное молчание. В первом случае квалифицированное молчание предполагает «использование в процессах правообразования арсенала юридических средств с открытым содержанием, конкретизация и детализация которых осознанно делегируется законодателем на уровень правоприменения»², при негативном типе квалифицированного молчания отсутствие закрепленной воли законодателя означает четко выраженную позицию «запрещено все, что прямо не разрешено законом».

В качестве примера автор приводит судебную практику в сфере обжалования актов налоговых органов, действий (бездействия) их должностных лиц.

В одном из примеров оценивалось отсутствие в НК РФ нормы, которая обязывала бы вышестоящие налоговые органы обеспечивать присутствие налогоплательщика при рассмотрении его жалобы на решение о привлечении (отказе в привлечении) к ответственности. В одном случае суды указывали на наличие у налогоплательщиков права на участие в рассмотрении апелляционных жалоб вышестоящими налоговыми органами, применяя по аналогии нормы ст. 101 НК РФ³, в других – отрицали такую возможность⁴. По мнению А.В. Демина, точку в этом вопросе поставил Президиум ВАС в постановлении от 21.09.2010 № 4292/10 по делу № А04-3308/2009⁵, буквально истолковав положение подп. 15 п.1. ст. 21 НК РФ, согласно которому налогоплательщики имеют право «на участие в процессе рассмотрения материалов налоговой проверки или иных актов налоговых органов в случаях,

¹ Демин А.В. Квалифицированное молчание закона в механизме налогово-правового регулирования // Закон. 2012. № 2. С. 129 - 138.

² Там же С.138.

³ Постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 21.06.2010 № А63-18334/2009, ФАС Дальневосточного округа от 16.11.2009 № Ф03-6158/2009, ФАС Уральского округа от 06.07.2009 № Ф09-4555/09-С2, ФАС Поволжского округа от 10.06.2010 № А72-17709/2009 и др.

⁴ Постановления ФАС Московского округа от 09.09.2010 № КА-А40/10194-10, ФАС Волго-Вятского округа от 19.08.2010 № А11-5725/2009, ФАС Уральского округа от 30.06.2010 № Ф09-4824/10-С3 и др.

⁵ Вестник ВАС РФ, 2010, № 12.

предусмотренных настоящим Кодексом»¹. Также из буквального толкования ст. 140 НК РФ следует, что у налоговых органов отсутствует обязанность по привлечению налогоплательщика к участию в процедуре рассмотрения вышестоящим налоговым органом его жалобы. Автор приходит к выводу, что в данном случае имеет место негативное квалифицированное молчание законодателя.

Во втором примере также рассматривалась возможность участия налогоплательщика в рассмотрении материалов налоговой проверки, но по делам, касающимся дополнительных материалов налогового контроля. Такие проверки назначаются при необходимости получения дополнительных сведений, подтверждающих нарушение законодательных норм о налогах и сборах. Правом назначить проверку обладает руководителем налогового органа или его заместитель. В этом вопросе у судов также сложилась двойственная позиция, вызывающая разночтения на практике. Ясность внес Президиум ВАС, указав, что «участие лица, в отношении которого проводилась налоговая проверка, в рассмотрении имеющихся у налогового органа материалов должно быть обеспечено на всех стадиях осуществления налогового контроля»². Необеспечение возможности участия лица в процессе рассмотрения материалов налоговой проверки является нарушением и безусловным основанием для отмены решения. А.В. Демин считает, что по этому вопросу имел место «пробел, подлежащий восполнению»³. Существующая противоречивость в решениях по схожим вопросам, по мнению автора статьи, свидетельствует о трудностях в формулировании четких критериев, разграничивающих негативное квалифицированное молчание законодателя и пробела в законе. По нашему мнению, главным критерием является нарушение единообразия судебной практики. До тех пор, пока будет обеспечиваться единообразие судебной практики, речь может идти о квалифицированном

¹ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ // Российская газета, № 148-149, 06.08.1998.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 13.01.2011 № 10519/10 по делу № А41-24669/09 // Вестник ВАС РФ, 2011, № 4.

³ Демин А.В. Квалифицированное молчание закона в механизме налогово-правового регулирования // Закон. 2012, № 2. С. 137.

молчании. Как только судом будет выявлен дефект в правоприменении, нарушающий единообразие судебной практики, порождающий еще большую путаницу, мешающий целям правосудия – восстановлению порушенной справедливости, мы говорим о наличии пробела в законе. Такие негативные явления после временного их восполнения судом требуют законодательного вмешательства и дальнейшего устранения.

Таким образом, разграничить данные правовые понятия можно через механизм их установления и дальнейшей регламентации. При квалифицированном молчании правоприменитель устанавливает волю законодателя и разрешает дело по существу, тем самым устраняя неопределенность, разнообразие интерпретаций и правовые конфликты в судебной практике.

Переходя к коллизиям в праве, стоит отметить, что, как и пробелы, данное правовое явление можно назвать практически вечным, так как в условиях роста количества законодательных актов добиться отсутствия противоречий и несогласованностей между ними трудно. Д.В. Агашев достаточно точно подметил, что коллизии представляют собой «явление, отражающее проблемные ситуации нормативного излишества как дефекта системы права»¹. Опасность подобного «излишества» заключается в том, что новые нормы входят в противоречие со старыми, что затрудняет функционирование механизма правового регулирования. Н.А. Власенко справедливо отмечает, что коллизия в праве «представляет собой одновременное действие в системе права двух или более правил, призванных регламентировать одно и то же фактическое отношение»², «когда они предлагают разные решения по одному и тому же вопросу»³. Двойное регулирование по мнению, А.Б. Венгерова, вызвано ошибкой законодателя, несвоевременным обновлением норм позитивного права наличие в системе законодательства утративших силу актов

¹ Агашев Д.В. Коллизии в праве социального обеспечения России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003. С. 5.

² Власенко Н. А. Язык права. Иркутск, 1997. С. 146.

³ Власенко Н. А. Логико-структурные дефекты системы советского права // Правоведение. 1991, №3. С. 22.

принятие новых актов, при сохранении (не отмене) старых, столкновение норм национального и наднационального права и т.д.¹.

Баглай М.В., Туманов В.А. выделяют следующие причины возникновения коллизий на примере отрасли конституционного права: проблемы правосознания, правопонимания, опережающее развитие тех или иных институтов либо, наоборот, задержки в нормативном оформлении².

Из этого можно заключить, что коллизия в праве — это расхождение правовых норм, регулирующих одни и те же или сходные отношения, в силу чего возникает вопрос о приоритете одних норм над другими. Причинами возникновения коллизий чаще всего являются: отставание законодательных норм от интенсивно развивающихся общественных отношений и несвоевременное обновление законодательства.

В юридической науке есть мнение, что пробелы и коллизии имеют одну природу и, по мнению В.Б. Дресвянкина, являются «видами нарушений структурного построения системы права»³. Отличие заключается в том, что системным признаком пробела признается отсутствие нормы права (полностью или частично), а при коллизии законов нормы существуют, но конкурируют между собой.

Важность разграничения данных понятий проявляется на практике, поскольку неверное определение правового дефекта может впоследствии привести к большей понятийной несогласованности и разрозненности в юридической практике⁴.

Для правильного отграничения коллизий от пробела, по нашему мнению, необходимо осветить и проанализировать авторские позиции механизма снятия коллизии.

В монографической работе Д.В. Агашева, посвященной коллизиям в праве социального обеспечения⁵, отмечено, что авторы, изучающие коллизии

¹ Венгеров А.В. Теория государства и права. М., 2016. С. 378.

² Баглай М.В., Туманов В.А. Малая энциклопедия конституционного права. М. 1998. С. 185.

³ Дресвянкин В.Б. Пробелы в российском трудовом праве. Пермь, 2004. С. 50.

⁴ См. напр.: Определение Приморского краевого суда от 21.07.2014 по делу № 33-6286 // СПС «Консультант Плюс».

⁵ Агашев Д.В. Коллизионные проблемы в праве социального обеспечения России. Томск, 2005. 272 с.

в праве, чаще всего используют три термина, включающих «проблеморазрешающий»¹ механизм коллизий: устранение, преодоление и разрешение.

Д.В. Агашев выделяет два самостоятельных способа ликвидации коллизий: преодоление и устранение.

Преодоление коллизий представляет собой «форму разрешения коллизии, при которой происходит одноактное снятие коллизионной проблемы»². Такой метод является временной мерой и разрешается «в сознании конкретного субъекта в данное время, но рано или поздно вновь возникнет у этого же или иного субъекта»³. Устранение коллизий осуществляется посредством ликвидации их объективных предпосылок (объективного компонента) через деятельность специальных органов и должностных лиц⁴. В первом случае коллизия может быть преодолена любым правореализующим субъектом, а при устранении – только компетентным правотворческим органом. Среди субъектов автором выделены должностные лица, принявшие норму, органы конституционного правосудия, Президент РФ, а также федеральные суды⁵.

А.В. Парфенов под процессом устранения коллизий также понимает целенаправленную деятельность правотворческих органов, которая своим решением отменяет либо одну коллидирующую норму, либо всю совокупность норм и заменяет их новой. Данная деятельность происходит не механически, каждый раз уполномоченный орган изучает содержащиеся в коллидирующих нормах властные полномочия на предмет их соответствия имеющимся общественным потребностям. В том случае, если ни одна из норм не соответствует потребностям, создается новое предписание. Происходит своего рода «работа над ошибками», поскольку уполномоченный правотворческий орган в первую очередь ориентирован на модернизацию законодательных норм⁶.

¹ Там же. С.186.

² Там же. С. 188.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ Парфенов А.В. Устранение коллизий в праве: работа над ошибками или вспомогательный путь к торжеству правового компромисса? // Юридическая техника. 2017, №11. С. 259.

Н.И. Матузов под способами разрешения юридических коллизий понимает «конкретные приемы, средства, механизмы, процедуры их устранения. В зависимости от характера коллизии применяется тот или иной метод, используется та или иная форма, избирается тот или иной путь снятия возникшего противоречия или выхода из правового тупика»¹, автор фактически отождествляет преодоление и устранение коллизий.

Заслуживает внимания авторская позиция А.А. Петрова, считающего, что способами устранения коллизий в праве являются аннулирование правотворческой операции и нормативное официальное толкование.

Концепция аннулирования правотворческой операции заимствована у А.А. Белкина, считающего, что «аннулирующие операции — это такое волеизъявление компетентных субъектов, которое направлено на устранение акта, а также на прекращение действия или предупреждение действия юридических актов»². В число аннулирующих операций автор включает: «признание акта утратившим силу; отмену акта; признание акта недействительным; признание акта недействующим; приостановление действия акта, ограничение действия акта»³. А.А. Петров считает, что «для всех аннулирующих операций, за исключением приостановления действия правового акта на определенный срок, характерно устранение коллизий»⁴. С этой точкой зрения можно согласиться, однако стоит добавить, что данные аннулирующие операции характерны и для других дефектов в праве.

Нормативное официальное толкование также устраняет коллизии в праве в тех случаях, «когда результат такого толкования по своей юридической силе выше источников права, содержащих коллидирующие нормы»⁵. А.Я. Курбатов справедливо отмечает: «...смысл разрешения коллизий в праве сводится к выбору одной из норм, положения которых противоречат друг другу. Разрешение коллизий в праве для выработки варианта поведения

¹ Матузов Н. И. Коллизии в праве: причины, виды и способы разрешения // Правоведение. 2000, №5. С. 229.

² Белкин А. А. Аннулирующие операции с юридическими актами // Правоведение. 1996, № 4. С. 31.

³ Там же. С.32.

⁴ Петров А.А., Тихонравов Е.Ю. Пробелы и коллизии в праве: Учеб. и науч.-практ. пособие. М.,2017. С. 70.

⁵ Там же.

может осуществляться не только на стадии применения права (т. е. правоприменительными органами), но и на стадии реализации права (т. е. всеми субъектами права). При этом субъекты права, отказавшиеся от реализации тех или иных правовых норм, несут риск того, что при возникновении спорной ситуации с контролирующим органом по этому поводу их позиция не будет поддержана судом»¹.

Одним из примеров служит апелляционное определение Хабаровского краевого суда² о взыскании невыплаченной части суммы, причитающейся при увольнении. Истец обратился в Центральный районный суд г. Комсомольска-на-Амуре с иском к Региональному управлению ФСКН по Хабаровскому краю о взыскании невыплаченной части суммы, причитающейся при увольнении, отметив, что при увольнении ему была произведена выплата без учета задолженности за весь период прохождения службы состоящей из не предоставленных дней отдыха, за исполнение обязанностей сверх служебного времени, за работу в выходные и праздничные дни, в ночное время в составе суточного наряда и невыплате компенсаций за их не предоставление³. Суд взыскал в пользу истца денежную компенсацию за дополнительные дни отдыха.

Не согласившись с решением суда, истец обратился с апелляционной жалобой, в которой просил выплатить денежную компенсацию за неиспользованные дни отдыха, которые не входили в его заработную плату, поскольку увольнение по инициативе работодателя лишает его этой возможности. Согласно ст. 152–154 ТК РФ, сверхурочная работы, работа в ночное время, в выходные и праздничные дни должна компенсироваться повышенной оплатой.

Однако судом апелляционной инстанции было верно отмечено, что нормы трудового законодательства применению не подлежат, поскольку по-

¹ Курбатов А. Я. Порядок разрешения коллизий в российском праве // СПС «КонсультантПлюс: комментарии законодательства».

² Апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 10.06.2015 по делу № 33-3509/2015 // СПС «Консультант Плюс».

³ Там же.

рядок привлечения сотрудника органа наркоконтроля сверх установленного служебного времени, в выходные и праздничные дни, а также порядок и вид компенсации регламентированы специальными нормами¹. Единственной компенсационной мерой, как установлено специальными внутренними нормами, является предоставление сотруднику дополнительных дней отпуска. В деле отсутствовали доказательства обращения истца к руководству и отказ руководства в предоставлении таких дней.

Данный пример демонстрирует как суд, основываясь на специальных нормах права, разрешил коллизию.

Таким образом, проанализировав авторские определения механизма разрешения коллизии, можно прийти к следующему выводу. Данный механизм имеет отличительный субъектный состав, куда помимо правоприменительных и правотворческих органов включаются и иные субъекты реализации права. Формами разрешения коллизий выступает их преодоление и окончательное устранение. Преодолевается коллизия путем выбора одной из существующих норм права, положения которых противоречат друг другу. При устранении компетентный орган ликвидирует коллидирующие нормы, заменяя их новым правовым предписанием.

Анализ приведенных правовых понятий демонстрирует, что квалифицированное молчание и коллизия в праве имеют сходные и отличительные черты с пробелами в позитивном праве. Однако у каждого данного понятия имеется собственный механизм разрешения. Разграничения пробелов, коллизий и квалифицированного молчания законодателя имеет практическое значение, поскольку их смешение может неверно свидетельствовать о наличии или отсутствии дефектности правовой нормы, разбалансированности отдельных правовых установлений и предписаний, что в свою очередь усложняет правовое регулирование общественных отношений.

¹ Апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 10.06.2015 по делу № 33-3509/2015 // СПС «Консультант Плюс».

§ 3. Юридическая наука об установлении, восполнении и устранении пробелов в законодательстве

Определив пробелы в законодательстве, следует раскрыть порядок их установления и устранения, а также круг субъектов, вовлеченных в данный процесс. По мнению В. В. Лазарева, установить пробел – означает убедиться, как минимум, в двух обстоятельствах:

- 1) право молчит;
- 2) существует объективная потребность в правовых нормах¹.

Конкретные приемы установления пробелов в законодательстве раскрываются при определении объема отсутствующих правовых норм. В.В. Лазарев отмечает, что необходимо изучить:

- а) социально-экономические и духовные потребности общества;
- б) классово-политические отношения;
- в) проявленную ввне законодательную волю;
- г) общественную волю и правовое сознание масс;
- д) сложившуюся юридическую практику².

В связи с этим В.В. Лазарев поднимает вопросы: Возможно ли изучение правоприменителем столь обширных областей жизни? Обладает ли он необходимым временем и средствами для установления пробелов?³

В этом контексте им делаются замечания:

- 1) круг субъектов, устанавливающих наличие пробелов в праве, никогда не исчерпывается правоприменительными органами;
- 2) с различной достоверностью могут быть даны суждения о существовании пробела или его отсутствии;
- 3) законодательной воли недостаточно для установления всех пробелов в законодательстве, но это могут сделать суды. Судьям легче установить наличие пробела, так как они непосредственно сталкиваются с конкретными жизнен-

¹См.: Лазарев В.В. Избранные труды. [в 3 т.]. Т. II: Из истории политической мысли / В.В. Лазарев. М., 2010. С.192.

² Там же.

³ Там же.

ными ситуациями¹. Об этом также свидетельствуют результаты анкетирования, проведенного в рамках международной научной конференции теоретиков права «Пробелы в позитивном праве: доктрина и практика» 20–21 февраля 2020 г. Исходя из данных проведенного опроса, 71% из 100 респондентов считают, что пробелы в позитивном праве может установить любой суд.

В связи с этим возражения вызывает поход В. К. Забигаило, согласно которому мнение судьи по конкретному вопросу не обладает научной достоверностью, а достоверность в праве определяет лишь нормодатель². Как видится, именно в правоприменительной практике проявляется качество закона. В правоприменительном решении зачастую прослеживаются конкретные недостатки нормы, прямо или косвенно могут быть указаны пути ее совершенствования и т.д.³

Восполнение пробелов следует за их установлением. Восполнение пробелов в праве, – как пишет В.В. Лазарев, – есть логическое продолжение и вместе с тем завершающая стадия деятельности по установлению пробелов⁴.

М. Хук, как было отмечено в предыдущем параграфе настоящего исследования, полагает возможным устранение пробела не только нормативно, но и путем толкования (интерпретации) законодательства правоприменителем⁵. Аналогично Е. Вольф считает, что по швейцарскому законодательству нет принципиальных отличий между толкованием нормы и устранением пробела. Судья часто является творцом права⁶. Судья не должен заполнять пробелы механически, так как это может препятствовать его цели, у судьи есть право взвешивать различные цели и восполнять пробелы, дополняя или изменяя положения закона.

Схожей позиции придерживаются и отдельные российские правоведы.

¹ Лазарев В.В. Указ. соч. С. 196.

² См.: Забигаило В.К. Указ. соч. С.65.

³ Правовая система социализма в 2 т. / Под ред. А. М. Васильева. т. 1. М. 1987. С.164-165.

⁴ См.: Лазарев В.В. Указ. соч. С. 331.

⁵ См.: М. Хук. Указ. соч. С. 213.

⁶ См.: Е. Wolf. Les lacunes du droit et leur solution en Droit Suisse. Bale, 1967. p. 109. URL: <http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/290/229>.

Е.В. Васьковский считает, что наиболее правильным и вполне целесообразным способом восполнения (в значении устранения – Ю. И.) пробелов является толкование¹. Пробелы следует восполнять «с помощью наличного материала законодательства, т.е. извлекая из существующих норм еще и другие, явно не выраженные, но *implicite* заключающиеся в них»².

Н.В. Витрук, относя к числу источников права решения конституционных судов, подчеркивает, что органам конституционной юстиции характерна функция не только «негативного», но и «позитивного» законодателя. «Негативная» законодательная деятельность проявляется в признании судом нормативно-правовых актов неконституционными. «Позитивная» законодательная практика выражается в том, что суд, осуществляя официальное толкование, может восполнить пробел в правовом регулировании³.

Иной позиции придерживается В.В. Лазарев: правоприменитель может лишь установить и временно восполнить пробел, применив аналогию закона или аналогию права, но не может заполнить существующую пустоту, поскольку это относится к компетенции законодателя⁴. Суд создает индивидуальное правило, которое в последующем применяется исходя из принципа уважения собственных решений, единообразия толкования и применения норм права, закрепленного во всех процессуальных кодексах.

Следовательно, В. В. Лазарев в качестве приёмов восполнения судом пробелов в законодательстве выделяет аналогию закона и аналогию права. Толкование (интерпретацию) судом права В. В. Лазарев к таким способам не относит.

Л. Эннекцерус дает следующее определение аналогии закона и аналогии права: «а) аналогия по закону исходит из отдельного правового положения; она развивает его основную мысль, очищая ее от всех несущественных предпосылок, и в таком очищенном виде применяет закон к случаям, которые под него

¹ Васьковский Е.В. «Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 279.

² Там же.

³ См.: Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. М. 2012. С.592.

⁴ Лазарев В.В. Указ. соч. С. 198.

подпадают и, следовательно, отличаются от случая, разрешенного по закону, только несущественными чертами, не затрагивающими внутреннего смысла правила; б) аналогия по праву исходит из нескольких отдельных правовых норм; из них (путем индуктивного умозаключения) она развивает более общие принципы и применяет их к случаям, которые не подпадают ни под какую законодательную норму»¹.

Применение аналогии прямо предусматривается отдельными законами (ст. 6 Гражданского кодекса РФ, ст. 5 Семейного кодекса РФ, ст. 7 Жилищного кодекса РФ). Применение аналогии закреплено и в процессуальном законодательстве (ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ).

Научные дискуссии ведутся о возможном применении аналогии в трудовом², налоговом праве³, законодательно аналогия в соответствующих кодексах не закреплена. Применение аналогии закона отсутствует и в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях. Несмотря на это, судебная практика демонстрирует, что применение аналогии, в частности, в административном праве, возможно. Например, Верховный Суд РФ применил положения гражданского законодательства о времени и правовых последствиях вручения извещения (п. 1 ст. 165.1 ГК РФ) применительно к извещению о времени и месте составления протокола об административном правонарушении⁴.

Интерес представляет исследование института аналогии в сфере уголовно-процессуального права, который на разных исторических этапах в российском законодательстве разрешался по-разному. Согласно УПК РСФСР 1923 г. судам запрещалось останавливать решения уголовного дела под предлогом отсутствия, неполноты или противоречия законов, эта норма и являлась основа-

¹ Энекцерус Л. Курс германского гражданского права. Том I, полутом 2. М., 1950. С. 192.

² См.: Кузнецова Л. Е. Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии: Дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2004. 188 с.; Ашихмина А. В. Аналогия в советском трудовом праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1979. 172 с.

³ Необходимость исследования специфики аналогии в налоговом праве уже отмечалась Д.В. Винницким. Проблематика налоговой аналогии была поднята в монографии А.В. Демина «Неопределенность в налоговом праве и правовые средства ее преодоления», статьях А.А. Маслова, Н.А. Русяева. Особенности аналогии в налоговом праве затронуты В. В. Гриценко и Д. М. Щекиным. Юзвак М.В. Аналогия в налоговом праве: диссертация ... канд. юрид. наук. М., 2014. 220 с.

⁴ Решение Верховного Суда РФ от 07.04.2016 № 38-ААД16-2 // СПС «Консультант Плюс».

нием применения аналогии. После принятия УПК РСФСР 1960 г. в нормах уголовно-процессуального закона об аналогии упоминания не было. Таким образом, применение аналогии в уголовно-процессуальном праве остается открытым.

В советской юридической литературе В.И. Каминская отмечала, что «если законодатель считает необходимым допустить аналогию, это фиксируется им в законе»¹. С другой стороны, Р.Д. Рахунов указывал, что некоторые юристы механически переносят на уголовно - процессуальное право условия и принципы уголовного права и придерживаются того мнения, что законодатель отказался от аналогии не только в уголовном, но и в уголовно-процессуальном праве². П.С. Элькинд, утверждая, что в уголовно - процессуальном праве нелегко предусмотреть всевозможные обстоятельства, которые могут возникнуть в ходе уголовного судопроизводства, отметила, что использование аналогии, тем не менее, отпадает как в уголовном, там и уголовно-процессуальном праве³.

В настоящее время большинство ученых-правоведов в той или иной степени допускают применение института аналогии в уголовном процессе. Например, Е.С. Зайцева и П.В. Козловский считают, уголовно-процессуальное право в некоторой степени должно обладать элементами саморегулирующейся системы, которая способна преодолеть пробелы за счет своих внутренних механизмов, одним из элементов этого механизма является институт аналогии⁴. Аналогия обладает теми координирующими свойствами, которые позволяют достичь цели и получить желаемый результат⁵. А.В. Победкин считает, что применение аналогии в уголовном судопроизводстве видится не только возможной, но и в ряде случаев необходимой⁶. В.М. Жуйков рассматривает отсутствие

¹ Каминская В.И. Демократические основы советского социалистического правосудия. М. 1965. С. 89.

² См.: Рахунов Р.Д. Аналогия в советском уголовном процессе // Правоведение. 1971. № 2. С. 69.

³ Элькинд П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М., 1967. С. 182.

⁴ См.: Зайцева Е.С., Козловский П.В. Преодоление пробелов в уголовно-процессуальном законодательстве // Российская юстиция. 2017. № 2. С. 66.

⁵ См.: Победкин А.В. Постановления Пленума Верховного Суда РФ как форма толкования и преодоления пробелов уголовно-процессуального права // Государство и право. 2008, № 11. С. 38.

⁶ Там же.

законодательного закрепления в УПК РФ прямого разрешения на применение аналогии в качестве пробела в процессуальном праве¹.

В обосновании вышесказанного можно привести следующие примеры:

- время допроса свидетеля и потерпевшего в законе не регламентировано и определяется по аналогии со временем допроса обвиняемого²;

- согласно ст. 191 УПК РФ допрашивать свидетелей, не достигших четырнадцатилетнего возраста необходимо, педагог. В то же время данное правило не распространяется на стадию до возбуждения уголовного дела, но однотипность ситуаций позволяет практическим работникам применять аналогию: приглашать педагога в случаях получения объяснения от несовершеннолетних очевидцев. Хотя это не является обязательным с точки зрения закона³.

- в ст. 225 УПК РФ не предусмотрен порядок уведомления об окончании следственных действий, но ввиду того, что предварительное следствие и дознание осуществляется в рамках одной стадии уголовного судопроизводства, а участниками указанных однородных правоотношений являются одни и те же субъекты, основанием возникновения правоотношений является один юридический факт – окончание производства следственных действий, – логично применение по аналогии положений ст. ст. 215 - 216 УПК РФ, которые регламентируют порядок уведомления об окончании следственных действий в ходе предварительного следствия⁴.

Данные примеры подтверждают, что аналогия в уголовном судопроизводстве допустима. Более того, имеются также примеры из правоприменительной практики, когда отсутствие возможности применения аналогии приводило к явно несправедливым правоприменительным решениям, нарушающим права подозреваемого, обвиняемого, предусмотренные Конституцией РФ и Кон-

¹ См.: Жуйков В.М. ГПК РФ и другие источники гражданского процессуального права // Российская юстиция. 2003, № 4. С. 5.

² См.: Комблев Б. Нарушения закона, влекущие исключение показаний свидетеля, потерпевшего из процесса доказывания // Законность. 1997, № 12. С.17.

³ Бахта А.С. Аналогия закона и аналогия права как способы восполнения пробелов при применении норм уголовно-процессуального права // Российский следователь. 2011, № 1. С. 8.

⁴ Зайцева Е.С., Козловский П.В. Преодоление пробелов в уголовно-процессуальном законодательстве // Российская юстиция. 2017, № 2. С. 66.

венцией о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция, ЕКПЧ)¹.

Так, заявителю, гражданину Таджикистана, Генеральная прокуратура Таджикистана предъявила обвинение в преступлениях, включая убийство по неосторожности, похищение человека и участие в вооруженных формированиях с целью нападения на государственные учреждения, предположительно совершенных во время гражданской войны 1992–1997 гг. в Таджикистане. Г-н Насруллоев (заявитель) был задержан в Москве и заключен под стражу российскими правоохранительными органами на основании решения суда об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу с целью последующей экстрадиции в Таджикистан. Ввиду неясности закона Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Генеральная прокуратура РФ по-разному толковали одни и те же положения национального законодательства, регулирующего вопросы нахождения лица под стражей с целью его дальнейшей экстрадиции. В соответствии с УПК РФ заявитель не являлся ни подозреваемым, ни обвиняемым ввиду того, что в РФ в отношении него не расследовалось уголовное дело. По этой причине заявителю отказывали в ходатайстве о пересмотре постановления о его содержании под стражей в связи с истечением сроков такого содержания, предусмотренных ст. 109 УПК РФ. Специальных сроков для задержанных с целью экстрадиции в УПК РФ не было предусмотрено. При этом заявитель провел в следственном изоляторе три года вместо максимально допустимых 18 месяцев согласно ст. 109 УПК РФ. В последующем ЕСПЧ отметил, что подобные действия российских властей нарушают статью 5 Конвенции². Права г-на Насруллоева были восстановлены путем применения ст. 109 УПК РФ по аналогии.

Таким образом, отсутствие законодательного закрепления института аналогии закона не может расцениваться как отсутствие возможности ее использования при обнаружении пробела для защиты прав, охраняемых Конституцией РФ, ЕКПЧ.

¹ Конвенция о защите прав человека и основных свобод // Бюллетень международных договоров, № 3, 2001.

² См.: *Nasrulloev v. Russia* (656/06). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82654>.

Аналогия права, в отличие от аналогии закона, это решение конкретного юридического дела на основе общих принципов и смысла права, если отсутствует норма, регулирующая сходные правоотношения.

В. В. Лазарев указывал, что: «результаты аналогии становятся нормой права, будучи закрепленными в постановлениях пленумов Верховного Суда РФ и, далее, в законодательных актах»¹. Так, положения, выработанные судьями в процессе восполнения пробелов, как справедливо замечает В.В. Лазарев, зачастую воспринимаются законодателем без каких-либо кардинальных изменений их существа, что фактически суды предоставляют готовую норму².

Например, практика применения судами ст. 333 ГК РФ по аналогии к отношениям по взысканию процентов за пользование чужими денежными средствами привела к дополнению ст. 395 ГК РФ специальной нормой (п. 6 введен Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ), законодательно позволяющей суду по заявлению должника уменьшить проценты, которые несоразмерны с последствиями нарушения обязательства. Аналогично, проводимая ранее лишь по аналогии защита от несправедливых условий договоров, не относящихся к числу договоров присоединения, получила прямую нормативную основу в обновленном п. 3 ст. 428 ГК РФ. В свою очередь, дефект законодательства, восполненный применением аналогии права, устранен принятием новой нормы пп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ.

М. Хук считает, что одним из способов восполнения пробелов является толкование по аналогии³. Автор ссылается на ст. 12 Положений об общем законодательстве Италии: «В процессе интерпретации закона никакое другое значение не может быть приписано закону, кроме сформулированного намерением законодателя и действительным значением слов, в соответствии с взаимоотношениями между ними. Если судебный спор не может быть разрешен с помощью применения точного положения закона, учитываются постановления, регулирующие подобные или аналогичные казусы; если этого оказывается

¹ См.: Лазарев В.В. Избранные труды. [в 3 т.]. Т. II ... С. 371.

² Там же.

³ Хук М. Указ. соч. С. 223.

недостаточно, то решение выносится в соответствии с общими принципами правопорядка государства»¹.

Уверенность М. Хука в том, что аналогия права означает толкование по аналогии, нелегко разделить. Справедливо отмечал Н.М. Коркунов: «С толкованием не следует смешивать аналогического применения нормы. Толкование есть объяснение нормы, аналогия – применение нормы к случаям, ею не предусматриваемым, но представляющим в юридическом отношении аналогию с теми случаями, для которых они установлены»². Данную позицию разделяют А. В. Бриллиантов и П. С. Яни, утверждая, что толкование, в том числе распространительное и расширительное применимо лишь для установления точного содержания нормы и пределов ее действия. Расширительным оно является лишь по отношению к ограничительному толкованию, но как первый, так и второй виды толкования не позволяют выйти за рамки действия нормы, которые установлены законодателем. Авторы отмечают, что если результаты толкования все же выходят содержание нормы за ее пределы, определяемые его буквальным толкованием, и закон применяется на основании широкой трактовки, то речь идет о применении аналогии закона³.

А.В. Бриллиантов и П.С. Яни по существу указывают, что если суд прибегнул к расширительному толкованию, либо конкретизировал норму в конкретном деле, то он использовал аналогию закона или аналогию права, руководствовался схожими нормами, либо принципами права, применил норму в соответствии с системой действующего правового регулирования. Такой широкий подход к аналогии закона и аналогии права позволяет снять противоречия в правоприменении, возникающие в ситуациях, когда суды создают в судебных актах нечто новое, законодателем не предусмотренное.

Как было отмечено, в юридической литературе высказываются возражения против возможности восполнения пробелов в законодательстве судом

¹ Foriers P. L'interpolation par analogie en droit beige. P. 817. См. также ст. 12 Основных положений Италии о законодательстве.

² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 2004. С. 38.

³ Бриллиантов А.В., Яни П.С. Применение норм о соучастии: аналогия или толкование? // Законность. 2013, № 6. С. 31.

путем толкования норм закона. Юридической науке известны многие приёмы толкования, среди которых историческое, логическое, системное (систематическое), грамматическое (филологическое), телеологическое и т.д. Оснований полагать, что указанными классическими способами толкования восполняются пробелы в законодательстве нет. Утверждение об обратном заставит признать, что пробелом может быть любая ситуация неопределенности в праве, которая разрешается правоприменителем, в том числе квалифицированное молчание, которым правоприменителю была предоставлена дискреция. Н. А. Власенко верно заметил, что неопределенность в правовом регулировании не означает произвола¹. Зачастую она оставляет место для решения, которое будет отражать потребность общественного регулирования. Такая позитивная неопределенность не является пробелом и устраняется путём толкования законодательства. Н. А. Власенко также указывает, что перенасыщение законодательства конструкциями, допускающими свободу правоприменительного усмотрения, приводит к негативной неопределенности². В данном случае можно утверждать, что имеется пробел, который следует восполнить, и что одного толкования недостаточно. Необходима соответствующая конкретизация.

По справедливому замечанию В. В. Лазарева, «толкование никогда ничего нового к содержанию правового акта не добавляет. Оно лишь объясняет закон и потому не может быть объединено с детализацией закона, с установлением новых норм. ... Конкретизация права всегда означает переход от общего нормативного предписания к новому нормативному указанию, основанному на первом, но уже меньшей общности»³. В.В. Ершов, разграничивая понятия «конкретизация» и «толкование» права, даже предлагает разработать и принять Федеральный закон «О конкретизации права», поскольку толкование права ограничено только его уяснением и разъяснением принципов и норм права, имеющих в правореализационном процессе. Конкретизация права представ-

¹ Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 37.

² См. Разумность и определенность в правовом регулировании... С. 101–105

³ Лазарев В.В. Указ. соч. С.152.

ляет собой выработку уточняющих принципов и норм права в процессе правотворческой деятельности, содержащихся в формах международного и национального права, которые реализуются в государстве и имеют большую юридическую силу¹. Утверждение автора далеко небесспорны, поскольку процесс конкретизации права до конца не изучен, в том числе с позиций допустимости её осуществления судами. Отсутствует норма-дефиниция, касающаяся конкретизации права, не раскрыт круг ее субъектов. В.М. Баранов подметил, что «исследователи при определении природы этого феномена считают возможным «привязывать» к нему множество инородных элементов»².

Представляется, что есть основания согласиться с В.М. Барановым, предлагающим ограничиться развёрнутыми методическими рекомендациями по применению конкретизации в нормативных правовых актах³. Такие рекомендации, как представляется, должны исходить из существующей практики, и предлагаться к рассмотрению и одобрению на научно-консультативных советах при судах.

Таким образом, суд, установив факт наличия пробела в законодательстве, может его восполнить путем применения аналогии закона, аналогии права, конкретизации права. Восполнение пробела является временной мерой, в то время как пробел не устраняется.

В глобальном аспекте решить проблемы правоприменения могут только кардинальные меры, а именно: устранение пробела законодателем, что возможно только в рамках правотворческой деятельности.

Проблема устранения пробелов в законодательстве была предметом рассмотрения Европейской комиссии за демократию через право (далее – Венецианская комиссия). Так, в Отчете по итогам XIV Конференции европейских конституционных судов, посвященной проблемам законодательного запрета в

¹ Ершов В.В. Конкретизация Конституции России: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2013. № 12 (92). С. 9.

² Баранов В.М. Правотворческая конкретизация: негативный ракурс // Очерки техники правотворчества. Избранные труды. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2015. С. 587—588.

³ См.: Баранов В.М. Негативные аспекты конкретизации юридических норм // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: материалы IX Международной научно-практической конференции. М.: РГУП, 2015. С. 68—69.

конституционной юриспруденции (далее – Отчет) указано: «Несмотря на то, что закон охватывает разнообразные отношения, жизнь всегда обеспечивает еще большее разнообразие. Следовательно, рано или поздно становится очевидным, что закон уже не регулирует конкретные отношения, хотя и должен это делать – это само по себе является правовым пробелом¹». Данное определение пробела характерно для Армении, Австрии, Азербайджана, Белоруссии, Боснии и Герцеговины, Кипра, Эстонии, Грузии, Венгрии, Латвии, Литвы, Македонии, Черногории, Португалии, России, Словении, Испании, Украины.

Особое значение в практике конституционных судов, как отмечено в Отчете, имеют те определения пробелов, которые направлены на взаимодействие между государственными учреждениями, их полномочиями и обязательствами (организационно-правовые механизмы). Например, в докладе Испании отмечается, что проблема пробелов в национальной научной доктрине является частью более общей проблемы взаимодействия законодателя (других субъектов правотворчества) и судов², что соответствует доктрине взаимодействия между ветвями власти. Согласно этой доктрине законодательная, исполнительная и судебная власть являются единым институтом, государственной ветви власти, в которой они переплетены³.

Д. Р. Роджерс отмечает, что законодательная и судебная власти взаимодействуют в процессе устранения пробела следующим образом. Суд, в отличие от законодателя, обладает большей информацией о несовершенствах и погрешностях правовой нормы, благодаря ее ежедневному применению. В результате суд информирует законодателя о необходимости устранения погрешностей и недочетов данной нормы путем внесения изменений или путем принятия новой нормы, в этом и заключается законодательно-судебное взаимодействие⁴. Также стоит отметить, что судебная практика по тем или иным категори-

¹ Report of XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence / Ed. Sc. R. Dürr, T. Gerwien, D. Jones A. Gorey, M.-L. Wiggishoff. Strasbourg, December 2008. P. 8.

² Ibid.

³ Абдраимов Б. «О взаимодействии судебной и законодательной ветвей власти»// Казахстанский юридический портал. Журнал «Юрист». 2004. № 10. URL: http://www.zakon.kz/magazine/archive/2004_10_3.asp

⁴ См.: James R. Rogers «Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction»// American Journal of Political Science Vol. 45, No. 1 (Jan., 2001). P. 84.

ям дел становится достоянием общества и, соответственно, законодателя, что служит для последнего или иной нормотворческой инстанции серьезным информационным началом. Более того, законодатель использует принципы и нормы (правовые идеи), сформированные именно в процессе судебного правоприменения.

В национальных докладах представлена и иная точка зрения, согласно которой пробелы могут быть устранены не только правотворческими учреждениями, но и самими судами. Устранение пробелов в процессе правоприменения в сфере частного права признаётся возможным в Литве, Турции и Швейцарии¹. Гражданский кодекс Швейцарии, как самый яркий пример, предоставляет законодательную власть судьям, обязывая их создавать право путем обращения к юриспруденции и традициям², которые они считают целесообразными, если дело не будет подпадать под действие какого-либо правового акта.

Тем не менее, как видно из материалов Конференции, посвященной проблемам законодательного запрета в конституционной юриспруденции, в большинстве государств суду отводится роль органа, уполномоченного лишь установить и временно восполнить пробел в праве, но не устранить его; роль законодателя в устранении пробелов является исключительной. Именно законодатель может принять нормативный акт, направленный на неоднократное применение, в то время как суд, разрешая конкретный спор, создаёт индивидуальное правило. В последующем суды следуют такому правилу не потому, что оно имеет статус закона, а потому что они обязаны придерживаться единообразия в толковании и применении права.

Таким образом, для устранения пробелов в законодательстве действий по установлению и восполнению пробелов в процессе правоприменительной деятельности недостаточно, требуется эффективная процедура восприятия законодателем советующих положений правоприменительных актов. Указан-

¹ General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence / Ed. Sc. R. Dürr, T. Gerwien, D. Jones A. Gorey, M.-L. Wigishoff. Strasbourg, December 2008. P. 7.

² В соответствии со ст. 1 Гражданского кодекса Швейцарии 1907 г. судья при отсутствии закона и обычая должен решать спор на основании такого правила, которое он установил бы на месте законодателя, следуя господствующей доктрине и традиции.

ная процедура должна быть обеспечена соответствующим организационно-правовым механизмом взаимодействия законодателя и суда, включать различные способы доведения до сведения законодателя информации о пробелах в законодательстве, а также о возможных способах их устранения.

§ 4. Организационно-правовой механизм установления и устранения пробелов в законодательстве: теоретико-правовая характеристика

Значение исследований механизма правового регулирования в целом (далее – МПР) убедительно подчёркнуто В.Б. Исаковым: «это технологическая схема, зная которую юрист может представить себе, какие этапы пройдет процесс воплощения норм права в жизнь, какие остановки и сбои могут произойти в этом процессе, а значит – в состоянии предположить научно обоснованный план повышения эффективности правового регулирования за счет укрепления его основных звеньев»¹.

Внедрение во всеобщее употребление понятия «механизм правового регулирования» осуществлено Н. Г. Александровым и С. С. Алексеевым.

Один из разработчиков советского нормативизма Н. Г. Александров под МПР понимал совокупность норм права и правоотношений, а также корреспондирующих им законности и правопорядка².

Определяющий вклад в юридическую науку и практику в определении механизма правового регулирования внёс С. С. Алексеев. Он писал, МПР – это «*взятая в единстве система правовых средств (юридических норм, правоотношений, актов и др.), при помощи которых осуществляется правовое воздействие на отношения социалистического общества*»³. С. С. Алексеев отмечал, что МПР представлен звеньями правового регулирования, перечень которых не исчерпывается исключительно нормами права и правоотношени-

¹ Исаков В.Б. Механизм правового регулирования // Проблемы теории государства и права / под ред. С.С. Алексеева. М., 1987. С. 266.

² См.: Александров Н. Г. Некоторые вопросы учения о правоотношении // Труды научной сессии ВИЮН, 1–6 июля 1946 г. М., 1950. С. 31. (С. 31–39.). См. также: Сорокин Б. В. Исследовательская программа научной школы Н. Г. Александрова // Вестн. Волгогр. гос. ун-та. Сер. 5, Юриспруд. 2010. № 1 (12) С. 174–179.

³ Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. Том 3: Проблемы теории права: курс лекций. М., 2010. С. 150

ями, он является открытым¹, что также видно из процитированного определения. В работах С. С. Алексеева указывается, что МПР – это широкая по объёму категория, поскольку она охватывает все правовые средства, при помощи которых осуществляется правовое воздействие, в их единстве². Однако она не просто «собирает» правовые явления для каких-то схоластических целей, но даёт возможность «выявить целостную картину всех звеньев юридической части надстройки»³. Категория МПР, пишет С. С. Алексеев, системная. Она позволяет охарактеризовать правовые явления в качестве единой системы и расставить их по своим местам. Каждый элемент МПР (нормы, толкование, юридическая техника и т.д.) взаимодействует с другими элементами и выполняет свои функции⁴. Слово «механизм» при этом подчёркивает динамическую составляющую указанной системы, постоянное движение правового регулирования⁵. Стоит отметить, что понятие «механизм» возникло в механике, однако с развитием научного познания оно инкорпорировалось в другие науки, в том числе и гуманитарные. При чем, как справедливо отмечает В.Ф. Мартюшов, со временем понятие механизма трансформировалось и приобрело свои отличительные признаки. Таким образом, гуманитарные науки под понятием «механизм» понимают не только систему звеньев, предназначенную для преобразования движения, а используют это понятие шире. Механизм представляет собой особую систему взаимодействия между элементами, «которая характеризуется наличием дифференцированных связей, т. е. связей разного рода – жестких, имеющих вполне закрепленные функции и определенную направленность, и связей гибких, вероятностных, обладающих различными степенями свободы»⁶.

С.С. Алексеев отмечает особый характер механизма именно правового регулирования в отличие от иных видов социального регулирования: «оно

¹ См.: Алексеев С. С. Механизм правового регулирования ... С. 16.

² Алексеев С. С. Собрание сочинений. В 10 т. Том 3. С. 150.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ Мартюшов В.Ф. Понятие «механизм» в контексте изучения социальных процессов // Вестник ТвГУ. Серия «Философия». 2015, №3. С.96. 95-103.

всегда осуществляется при помощи ... взаимосвязанной системы правовых средств»¹. Под системой правовых средств С.С. Алексеев понимает инструменты и процессы, при помощи которых происходит воздействие на общественные отношения². Сами правовые средства – отмечает автор – это «юридические установления и формы, благодаря которым реализуются все возможности права, которые приводят к наступлению реального результата и дают необходимый эффект в социальной жизни»³.

Важное внимание С.С. Алексеев уделяет детерминизму в правовом регулировании: «Объективная возможность правового регулирования коренится в том, что действие общественных законов не вызывает фатального поведения человека и не исключает различных вариантов волевого поведения при одних и тех же фактических условиях. ... Если рассматривать правовое регулирование с точки зрения его возможностей, то обнаруживаются объективные пределы правового регулирования. Право достигает своих целей и действительно регулирует общественные отношения лишь постольку, поскольку требуемое нормами права поведение людей объективно возможно, отвечает созревшим экономическим и политическим условиям»⁴. Изложенное необходимо возлагает на субъектов правотворчества и правоприменения обязанность постоянно оценивать результаты действия правовых норм, а также прогнозировать их регулирующее воздействие. Невыполнение данной работы приведет к снижению регулятивного потенциала МПР, будет тормозить общественное развитие.

Приведенный подход к МПР как к совокупности правовых средств достижения целей правового регулирования укоренился в российской учебной ли-

¹ Алексеев С. С. Собрание сочинений. В 10 т. Том 3. С. С. 151.

² См., напр.: Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966.; Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. 1987. № 6. С. 14.; Жильцова Ю.В., Новикова С.В. Эффективность воздействия права на трудовые отношения в свете теории о социальных технологиях // Трудовое право в России и за рубежом. 2018, № 3. С. 16 – 19.

³ Алексеев С.С. Проблемы теории государства и права. М., 1987. С. 240. Аналогично В. А. Сапун полагает, что правовые средства позволяют обеспечить достижение поставленных в законодательстве целей. См.: Сапун В.А. Инструментальная теория права в юридической науке // Современное государство и право. Вопросы теории и истории. Владивосток, 1992. С.20.

⁴ Алексеев С.С. Механизм правового регулирования ...С. 26.

тературе¹ и на сегодняшний день серьёзных споров не вызывает. Можно утверждать, что любой отечественный юрист, говоря об МПР, имеет в виду одно и то же. Иными словами, исследовательская программа научной школы С. С. Алексеева в части МПР внедрена в российскую юридическую науку и практику, и является отправной точкой, ядром в исследованиях элементов МПР, к которым относится неограниченный круг правовых явлений.

Так, Е. В. Марьин, основываясь на изложенной теоретической установке, при рассмотрении проблем экологического аудита раскрывает правовые средства как звено в системе «цель – средства – результат» и связывает идеальное (цель) с реальным (результатом)². Правовые (юридические) средства, по мнению Е.В. Марьина, позволяют определить место и роль различных юридических явлений в реализации интересов субъектов, в неразрывном процессе правового упорядочения, взятых в единстве как МПР³. Он пишет: «Именно свойства юридических средств, выступающих элементами (звеньями) данного механизма, характеризуют его в наиболее полной мере как логически завершённую систему, как самодостаточный организм»⁴.

В свою очередь, процесс правового регулирования, который включает правотворчество и правоприменение, представляет собой діящую деятельность государственных органов и иных субъектов, осуществляемую на постоянной основе, которая обеспечена организационно-правовым механизмом⁵ (далее – ОПМ). Данный механизм преследует аналогичные цели: эффективность и результативность. Стоит отметить, что, анализируя само понятие «механизм», ученые приходят к выводу, что отличительным признаком является получение определённых результатов. При чем достижение результатов осуществляется с помощью наличия определенной структуры,

¹ См., напр.: Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. М., 2000. 337 с.; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 1997. С. 625.

² Марьин Е.В. Организационно-правовой механизм экологического аудита: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С.36.

³ Там же.

⁴ Марьин Е.В. Указ. соч. С. 36.

⁵ См.: Алексеев С.С. Проблемы теории государства и права. М., 1987. С. 241.

где системообразующим фактором выступает «принцип действия», под которым понимают способ организации содержания.

Таким образом, если МПР – это совокупность норм и мероприятий, предусмотренных для обеспечения результата правового регулирования, то ОПМ – это совокупность взаимосвязанных субъектов правового регулирования и их системная деятельность, направленная на эффективное правотворчество и правоприменение.

Раскрывая значение правотворческой и правоприменительной деятельности для ОПМ, еще советскими правоведами, было отмечено, что данные элементы структуры управления являются особым видом юридической деятельности, направленным на реализацию правовых норм, что, в свою очередь упорядочивает общественные отношения¹.

В настоящее время, в теории права, общепринятая дефиниция ОПМ отсутствует. Чаще её упоминание в науке можно встретить в работах, посвящённых отдельным отраслям права и видам деятельности органов государственной власти², а на практике – в документах стратегического характера³.

В.П. Иванов пишет, что ОПМ обеспечения государственных интересов является системой состоящей из юридических форм и методов декларирования и отстаивания интересов государства, через взаимообусловленное и взаимодействующее функционирование государственного аппарата, который наделен соответствующими полномочиями согласно с принципу разделения властей⁴.

По мнению А.М. Гоголева, ОПМ концепции налогового администрирования – это комплекс мер и мероприятий, проводимых государственными ад-

¹ См. подробнее: Дюрягин И.Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление. Автореф. дисс. ... док. юрид. наук: Свердловск, 1975. 34 с.

² См., напр.: Марьин Е.В. Указ. соч. С. 28.

³ См., напр.: Указ Президента РФ от 09.06.2010 № 690 «Об утверждении Стратегии государственной антинаркотической политики Российской Федерации до 2020 года», Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» и т. д.

⁴ Иванов В. П. Организационно-правовой механизм обеспечения государственных интересов Российской Федерации.: Дисс... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8.

министрациями в сфере налогов, направленный на совершенствование данного механизма и оптимизацию затрат в бюджетной системе¹.

В.В. Рудич отмечает, что ОПМ привлечения к уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности является совокупностью норм, которые регулируют применение мер пресечения по уголовным делам в сфере предпринимательской деятельности, содержащих одну целевую направленность².

В.В. Красинский понятие ОПМ защиты единства Союзного государства истолковывает как институт федерального вмешательства, принуждения или интервенции через участие в нем субъектов, которые решают общегосударственные вопросы через представительство субъектов федерации в федеральном парламенте и при органах исполнительной власти³.

Е.В. Марьин предлагает под ОПМ экологического аудита понимать «совокупность принципов, управленческих процедур и механизма правового регулирования отношений по организации и осуществлению экологического аудита, направленных на охрану окружающей среды и рациональное, эффективное использование природных ресурсов, а также на обеспечение экологической безопасности при осуществлении хозяйственной и иной деятельности»⁴.

А.Д. Назаров в ОПМ прокурорского надзора включает реализацию прокурором полномочий руководителя уголовного преследования через: процедуру процессуального руководства всем предварительным расследованием; осуществление надзора за исполнением законодательных норм всеми должностными лицами органов предварительного следствия, а также органов дознания⁵.

¹ См.: Гоголев А.М. Налоговая политика как основополагающий элемент организационно-правового механизма концепции государственного администрирования в области налогов и сборов // Финансовое право. 2015, № 10. С. 33.

² См.: Рудич В. В. Новеллы в правовом режиме содержания обвиняемого под домашним арестом при производстве по уголовному делу // Администратор суда. 2017, № 4. С. 31 - 34.

³ См.: Красинский В. В. Механизмы государственной интеграции в федеративных государствах // Современное право. 2017, № 10. С. 33.

⁴ Марьин Е. В. Указ. соч. С.30

⁵ Назаров А. Д. Следственные и судебные ошибки и уголовно-процессуальный механизм их устранения: концептуальные основы: дисс. ... д-ра юрид. наук. СПб, 2017. С.203.

А. В. Самигулина отождествляет ОПМ Организации Объединенных Наций по координации международной финансовой системы с самой организацией¹.

Таким образом, можно выделить три подхода к понятию ОПМ осуществления определенной деятельности: 1) это совокупность норм и мероприятий, регламентирующих определенную деятельность; 2) это осуществление оперативного руководства процессом осуществления определенной деятельности; 3) это соответствующий орган или организация, наделенная необходимой компетенцией по осуществлению определенной деятельности.

В области правового регулирования можно утверждать о множестве механизмов обеспечения того или иного результата, на который оно направлено. Например, ОПМ обеспечения содержания под стражей лиц, подозреваемых, обвиняемых в совершении преступления, можно определить как совокупность материальных и процессуальных норм действующего законодательства, судебных органов, органов уголовно-исполнительной системы, органов внутренних дел, пограничных органов федеральной службы безопасности², а также ведомственных нормативных актов перечисленных субъектов. Каждый из названных органов имеет внутренние документы, содержащие конкретный порядок выполнения возложенных на них функций. Например, территориальные подразделения ФСИН России принимают правила внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы, нормы о материально-бытовом обеспечении подозреваемых и обвиняемых и т.д. В системе судов общей юрисдикции, например, в Тверском районном суде г. Москвы принимаются акты, регулирующие вопросы внутренней деятельности суда: Положение о приемной Тверского районного суда г. Москвы, Правила внутреннего распорядка, Инструкция по судебному делопроизводству и т.д.³

¹ Самигулина А. В. Гармонизация законодательства, регламентирующего секторальную структуру финансового рынка России // Право и экономика. 2017, № 9. С. 6.

² Круг субъектов, ответственных за обеспечение мест содержания под стражей определен статьей 7 Федерального закон от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

³ URL: <https://mos-gorsud.ru/rs/tverskoj/info/internal-activity>.

Различные варианты ОПМ являются предметом исследований в работах по отдельным сферам и отраслям правового регулирования. Например, в исследованиях Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (далее – ИЗИСП) в рамках разработок глобальной антикоррупционной концепции особое внимание уделено ОПМ противодействия коррупции в Российской Федерации¹. В частности, в исследовании ИЗИСП отмечено, что в данной сфере большое значение имеет создание и деятельность специальных структур (комиссий и комитетов), которыми также утверждаются и потом реализуются планы и концепции, что в совокупности составляет ОПМ противодействия коррупции². Антикоррупционное регулирование³, как отмечено в названном исследовании, характеризуется большим количеством подзаконных правовых актов, содержащих многочисленные административные процедуры⁴. Кроме того, в работе указано: «В органах государственного управления создаются специальные структуры в сфере разработки, внедрения и сопровождения государственных информационных систем и сетей, обеспечивающие государственно-административное регулирование государственных услуг не только информационной направленности, но и других государственных социальных услуг в сфере образования, здравоохранения, культуры и др., позволяющие осуществлять внутриорганизационное управление в государственных органах власти на более эффективной основе: повысить скорость доведения решений до исполнителей, проконтролировать ход и результат исполнения решений, принять необходимые меры»⁵.

Таким образом, в исследовании произведена оценка внутренней структуры и деятельности субъектов, наделенных антикоррупционными функциями. На основе анализа форм ОПМ противодействия коррупции сделан вы-

¹ См.: Организационно-правовые механизмы противодействия коррупции в субъектах Российской Федерации: монография / Т. Я. Хабриева, Л. В. Андриченко, А. М. Цирин [и др.]. М., 2019. 224 с.

² Организационно-правовые механизмы противодействия коррупции в субъектах Российской Федерации: монография / Т. Я. Хабриева, Л. В. Андриченко, А. М. Цирин [и др.]. М., 2019. С. 100.

³ Как любая динамично-развивающаяся сфера правового регулирования – Прим. Ю.Э.

⁴ См.: Организационно-правовые механизмы противодействия коррупции ... С. 100.

⁵ Организационно-правовые механизмы противодействия коррупции ... С. 106.

вод: «наиболее приемлемой формой организационной структуры, специализирующейся в области проведения государственной политики по противодействию коррупции на уровне субъектов Российской Федерации, является образование специализированного подразделения либо в аппарате главы субъекта Российской Федерации, либо в структуре правительства субъекта Российской Федерации»¹. В результате исследований деятельности антикоррупционной направленности на федеральном уровне и уровне субъектов Российской Федерации установлена потребность в структурных подразделениях на уровне высших органов власти субъектов Российской Федерации, осуществляющих координационные функции между иными заинтересованными лицами и органами.

В связи с этим следует отметить, что детерминизм общественных отношений, отмеченный С. С. Алексеевым как свойство МПР, определяет содержание организационно-правовых механизмов в области правового регулирования. Отсюда важным элементом совершенствования действующего законодательства является не только ускоряющееся соразмерно общественному развитию изменение норм права, устранение **пробелов** и иных дефектов законодательства, но также выявление наиболее эффективных способов такой деятельности, взаимодействия субъектов, вовлеченных в законодательный и правоприменительный процессы.

Особую роль в ОПМ механизме как части целостного механизма, направленного на установление и устранение пробелов в законодательстве, играют суды, поскольку правоприменение «выступает способом организации осуществления права»². В процессе правоприменения решаются «правовосполнительные задачи, т. е. восполняется действие права при пробелах в нем»³. По справедливому замечанию М.И. Клеандрова «... каковы судьи в государстве, таково и состояние в нем – с точки зрения возможностей восстановления порушенной справедливости – правосудия. Ибо сам органи-

¹ Там же. С. 100.

² Дюрягин И.Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление. Автореферат дисс. ... доктора юрид. наук: Свердловск, 1975. С.21.

³ Там же. С.23.

зационно-правовой механизм состоит ... из судеустройственного, производственного и судейско-статутного компонентов...»¹.

ОПМ установления и устранения пробелов в конечном счете направлен на защиту регулируемых правом общественных отношений. Таким образом, устанавливая и временно восполняя пробел в праве правоприменитель путем организующего воздействия восстанавливает нарушенные права граждан, а также способствует совершенствованию законодательства и укреплению законности. Самостоятельное значение в данном организационно-правовом механизме придается законодателю, поскольку только законодатель как было отмечено в предыдущем параграфе настоящей главы, уполномочен устранять образовавшиеся пробелы и восстановить нарушенные права граждан. Координирующая функция в данном механизме возложена на уполномоченный орган исполнительной власти в сфере юстиции. Следовательно, ОПМ установления и устранения пробелов нельзя сводить лишь к применению норм права, принятию и вынесению правоприменительных решений. Представляется, что ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве как сложная, целостная, многосторонняя и многоуровневая система раскрывается через деятельность своих субъектов и имеет инструментальный, функциональный и информационный элементы.

Инструментальный элемент, показывает какими методами и приемами пользуются субъекты ОПМ, их соответствующие внутренние структурные подразделения при установлении и устранении пробелов в законодательстве. Так, например, осуществляя мониторинг судебной практики, может быть выявлено нарушение ее единообразия. Анализируя и систематизируя статистические данные, можно обнаружить выявленные судами проблемные вопросы правоприменительной практики, в том числе о наличии пробелов в законодательстве.

Функциональная составляющая определяет взаимодействие всех субъектов ОПМ, каждый из которых осуществляет нормативно-предписанные, а

¹ Клеандров М.И. Судейский корпус России: совершенствование механизма формирования. М., 2019. С.7.

также не предусмотренные нормативно, но фактически осуществляемые действия, направленные на установление и устранение пробелов в законодательстве. Следовательно, данный элемент объясняет функции между субъектами, раскрывая ОПМ в динамике, демонстрируя трансформационные изменения внутри механизма, добавляя или исключая новые элементы и связи.

Информационный элемент ОПМ проявляется через взаимодействие инструментальной и функциональной составляющей. Так, например, субъект правоприменительной деятельности, используя отдельные элементы механизма (статистика, мониторинг, семинары-совещания), взятые в единстве, при помощи внутренней коммуникации издает разъясняющий законодательство судебный акт либо иной отчетный документ (постановление пленума, обзор судебной практики, отчет о мониторинге правоприменения), который доводится до всеобщего сведения. Для законодателя обозначенная в данных документах информация служит поводом для устранения пробела в позитивном праве и завершения тем самым работы ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве.

Потребность к познанию и совершенствованию рассматриваемого ОПМ может быть продемонстрирована практикой законодательной деятельности. Согласно данным статистики законодательного процесса в Государственную Думу РФ с 2016 по апрель 2020 год было внесено 4197 законопроектов из которых 1878 одобрено и подписано, при этом используя поисковую строку СПС «Консультант Плюс», лишь за последние 3,5 года было выявлено 18 законов, вносящих изменения в федеральные конституционные законы, 630 законов, вносящих изменения в федеральные законы, 238 законов вносящих изменения в отдельные законодательные акты РФ. Таким образом почти каждый 2-ой нормативный акт подвергся изменениям. Частота изменений норм законодательства свидетельствует об их несовершенстве, стремительной утрате ими актуальности, решении законотворческими инициативами сиюминутных задач, не требующих, по существу,

законодательного регулирования. Налаживание диалога законодательной и судебной власти через совершенствование ОПМ их взаимодействия позволит более точно устанавливать необходимость новых или изменения действующих норм закона.

Кроме того, ОПМ, как было отмечено выше, это системное правовое образование, части которого соединены между собой по определенным содержательным основаниям, обладающим организационно-правовыми качествами. В связи с этим все закономерности, свойственные любой системе, распространяются и на описанный механизм¹. Так, свойством любой системы является наличие внутренних вертикальных (между системой и системами высшего и низшего уровня) и горизонтальных (между системами одного уровня) связей. Кроме того, помимо внутренних связей, система характеризуется взаимодействием со средой, преобразует её и преобразуется при этом взаимодействии сама². Данная закономерность, широко известная в отечественной юридической науке, применяется исследователями к большинству изучаемых правовых явлений. Не углубляясь в эту тему, можно отметить работы В. П. Уманской, которая в отношении системы органов исполнительной власти верно почеркнула: «Стабильность системы правовых актов органов исполнительной власти возникает благодаря наличию различных видов связей между элементами. В результате существования данных связей изменения в системе происходят не хаотично, а на планомерной основе»³. В. П. Уманская подчёркивает, что согласно закону «необходимого разнообразия» разнообразие системы должно быть больше, чем разнообразие стоящей перед ней проблем⁴. В то же время, замечает В. П. Уманская, «... состояния неустойчивости системы правовых актов можно наблюдать в случаях

¹ В настоящей работе под системами понимается общеупотребимое понятие выработанное Л. Берталанфи, который определял систему как комплекс взаимодействующих элементов: «все состоящее из связанных друг с другом частей будем называть системой». Bertalanffy L. *General System theory: Foundations, Development, Applications*. 1st ed. N. Y.: George Braziller, Inc., 1968. 289 p. URL: https://monoskop.org/images/7/77/Von_Bertalanffy_Ludwig_General_System_Theory_1968.pdf

² См. подробнее: Керимов Д. А. *Методология права: предмет, функции, проблемы философии права*: монография. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2003. 521 с.

³ Уманская В.П. *Правовые акты органов исполнительной власти: системный подход*: монография. М. 2014. С. 134

⁴ Там же. С. 141

стремительного и скачкообразного развития общественных отношений, связанных с научно-техническим прогрессом. Возникновение новых технологий, инструментов, техники, резкое изменение качества производственных процессов, мгновенное распространение информации и т. д. – всё это способно привести систему правовых актов в состояние нестабильности и результаты её поведения сложно предугадать»¹.

В 2010 году во многом для обеспечения стабильности правовых актов в российский правотворческий процесс была внедрена система перспективной² и ретроспективной³ оценки регулирующего воздействия. Кроме того, с 2011 г. осуществляется мониторинг правоприменения, целью которого является совершенствование правовой системы Российской Федерации⁴.

Н. Н. Черногор и М. Е. Глазкова, оценивая мониторинг судебной практики в России, заметили также необходимость доктринального изучения и совершенствования его ОПМ: «Разработка и внедрение единой методологии проведения мониторинга судебной практики являются необходимым условием эффективности осуществления указанной деятельности. Это, в частности, позволит установить круг субъектов и объектов мониторинга судебной практики; координацию действий различных судов; процедуру проведения мониторинга судебной практики; показатели, по которым мониторинг должен проводиться; способы реализации полученных результатов мониторинга судебной практики и др. При этом не исключена целесообразность разработки специальных методик проведения мониторинга процессуальных норм (в части его критериев и показателей)»⁵. Сам мониторинг судебной практики авторы предлагают

¹ Там же. С. 146

² Указ Президента РФ от 07.05.2012 № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления»// Российская газета. № 102, 09.05.2012; Постановление Правительства РФ от 17.12.2012 № 1318 «О порядке проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и проектов решений Евразийской экономической комиссии, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 24.12.2012, № 52, ст. 7491.

³ Постановление Правительства РФ от 30.01.2015 № 83 «О проведении оценки фактического воздействия нормативных правовых актов, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации». Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 04.02.2015.

⁴ См.: Указ Президента РФ от 20.05.2011 № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // Российская газета. № 110, 25.05.2011.

⁵ Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М. 2017. С. 120.

рассматривать в качестве явления, встроенного в механизм мониторинга правоприменения. Авторы указывают, что мониторинг судебной практики не достигает заявленных целей автономно. Именно по этой причине необходимо развивать ОПМ мониторинга судебной практики, методологию и методику его проведения, а также разрешать научные задачи в области познания закономерностей его функционирования и воздействия на национальную правовую систему¹.

Рассмотренные примеры ОПМ в различных сферах правового регулирования позволяют утверждать, что как в сфере реализации отдельных правовых институтов (заключение под стражу подозреваемого, обвиняемого), так и в деятельности структурных подразделений различных органов государственной власти (комитеты и комиссии внутри федеральных органов государственной власти и органов власти субъектов РФ) присутствует комплекс мер, возложенных на специально уполномоченных субъектов. При этом такие полномочия определяются системой норм общего характера (конституцией, федеральными конституционными законами, федеральными законами, основами законодательства) и специальными внутренними нормативными актами (постановлениями, приказами органов исполнительной власти, регламентами, коллективными договорами и т.д.), а также разного рода соглашениями о взаимодействии. Вместе с тем, официальное взаимодействие, регламентированное действующими нормативными актами, не является единственной формой ОПМ. Если исходить из целей МПР, можно прийти к выводу, что ОПМ должен включать возможность совершения уполномоченными органами и лицами действий, направленных на исполнение возложенных на них функций, теми методами, которые не запрещены, в том числе неофициальными (не предусмотренными законодательством и внутренними локальными НПА) организационными мероприятиями.

Например, известно, что право законодательной инициативы реализуется субъектами законодательной инициативы (ч. 1 ст. 104 Конституции РФ). Од-

¹ Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М. 2017. С. 120.

нако путей формирования воли данных субъектов существует множество, и все их нельзя установить только из действующих нормативных актов. Не всегда (может, чаще всего) идея внесения изменений в закон основывается на результатах исполнения законов, правоприменения, на общественной инициативе, а также на таких источниках, как семинары, общественные обсуждения, юридическая литература, аналитические заключения, научные конференции, лоббизм и пресса. Более того, высшим судебным органам в Российской Федерации предоставлено право законодательной инициативы исключительно по вопросам их ведения, что не исключает наличие у них мнения относительно изменения норм законодательства, которое не отвечает потребностям общества и целям регулирования. С. С. Алексеев даже дал законодательной инициативе неуполномоченного лица специальное понятие – «правотворческий почин»¹. К такому правотворческому почину можно отнести любую правотворческую инициативу, не относящуюся к предусмотренной Конституцией РФ компетенций её автора. К подобным инициативам зачастую прибегают авторитетные научные учреждения². Однако принятие такой инициативы неуполномоченным на это органом государственной власти может размыть границы разделения властей, что связывает руки именно судебным органам в данном процессе.

Как видится, во многом по этой причине широкое признание имеют призывы к утверждению в России судебного прецедента в качестве источника права, либо к различным более компромиссным вариациям судебного правотворчества, что подробно будет рассмотрено в следующем параграфе. В главе 2 настоящей работы также будет показано, как Верховный Суд Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации непосредственно вовлечены в формирование законодательной инициативы по самым разным вопросам, и в наибольшей степени это касается установления ими в ходе правоприменения **пробелов** в законодательстве, поскольку именно в процессе правоприменения

¹ См.: Алексеев С. С. Собрание сочинений. В 10 т. Том 3. ... С. 404-405.

² См., напр.: О нормативных правовых актах в Российской Федерации (инициативный проект федерального закона). 5-е изд., перераб. и доп. / рук. авт. коллектива Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров М., 2019. 88 с.

решаются «правовосполнительные задачи [правового регулирования – Ю.И.], т. е. восполняется действие права при пробелах в нем»¹.

Важное значение в этом процессе имеют и наднациональные органы, в числе которых Европейская комиссия за демократию через право и Европейский Суд по правам человека, чьи акты оказали влияние на российское законодательство. Связующую роль в этом процессе в настоящее время выполняет Прокуратура Российской Федерации². Деятельность указанных органов по формированию законодательной инициативы осуществляется множеством способов, которые как отражены в нормативных актах, так и недоступны исследователю, и лишь изредка об их реализации можно судить из открытых источников, либо из косвенных доказательств. Указанный ОПМ устранения пробелов в законодательстве в теории права не исследован, как не исследованы и иные, незакрепленные в правовых актах организационные действия по формированию законодательной инициативы. Вместе с тем их анализ позволит повысить эффективность установления и устранения пробелов в законодательстве, что так актуально в условиях ускоряющегося общественного развития, за которым право всё чаще не поспевает.

¹ Дюрягин И.Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление. Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: Свердлов. Свердловск, 1975. С.23.

² В связи с недавними изменениями в Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» № 1183775–7 полномочия по обеспечению представительства и защиты интересов Российской Федерации в международных организациях возложены на Прокуратуру РФ, ранее данные координирующие функции осуществлял Минюст России. Ввиду особого надзорного статуса Прокуратуры РФ ее деятельность не была в фокусе внимания настоящей работы и нуждается в отдельном исследовании.

Глава 2. Функционирование организационно-правового механизма установления и устранения пробелов в законодательстве

§ 1. Имплементация судебной практики в законодательство как способ устранения пробелов

С. С. Алексеев отмечал: «Значение специально-юридического, организационно-технического аспекта применения права обусловлено тем, что здесь применение права связывается с практической работой юристов, их профессиональной деятельностью, которая характеризуется специфическими формами, приемами и т.д. Обобщение этих форм деятельности, их совершенствование составляют одну из важнейших задач юридической науки при изучении применения права»¹. При этом правоприменительную деятельность С. С. Алексеев определял как «организационное выражение применения права, представляющее собой систему разнородных правоприменительных действий основного и вспомогательного характера»².

Общеизвестно, что странам континентальной правовой системы не свойственно закрепление на официальном уровне правотворческой роли судов, в связи с чем результаты правоприменительной деятельности, свидетельствующие о пробеле в законодательстве, сами по себе пробел устранить не могут, для этого необходимо принятие нового законодательства парламентом. С другой стороны, нельзя не отметить, что в российской юридической науке отсутствует единство по поводу возможности отнесения судебной практики к источникам права и суда – к субъектам нормотворчества³, что также подтверждается результатами анкетирования, проведенного в рамках международной научной конференции теоретиков права «Пробелы

¹ Алексеев С. С. Собрание сочинений. В 10 т. Том 3. ... С. 584.

² Там же. С. 601.

³ См.: Долинская В.В. Судебные акты в праве России // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012, № 1. С. 3 – 13; Лазарев В.В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012, №4; Лазарев В.В. Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012, №4. С. 6 – 15; Хабриева Т.Я. Стенограмма выступления на Международной конференции // Современная конституционная юстиция: вызовы и перспективы. Санкт-Петербург. 17-18 мая 2016 года URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Conferences/Documents/2016Habriyeva.docx>.

в позитивном праве: доктрина и практика» 20-21 февраля 2020 г. Из 100 респондентов, участвовавших в опросе, 38% признали возможность устранения пробела любым судом, 27% признали такое право за Конституционным Судом РФ, 33% считают, что у суды устранить пробел не могут.

Во многом расхождения ученых в вопросе допустимости устранения пробела в законодательстве судом связаны с различными подходами к допустимости расширительного толкования права, конкретизации права судом¹ для целей формирования единообразной судебной практики, а также полноценного судебного правотворчества². Споры ведутся и вокруг понятия «судебный прецедент», его соотношения с понятием «судебная практика», равно как и вокруг наделения прецедентных судебных решений характеристиками норм права³. Данная проблема дискутируется как среди ученых-теоретиков, так и в среде практикующих юристов⁴.

М. Н. Марченко полагает, что прецедентный характер судебного акта в российской правовой системе возникает в ходе обобщения ВС РФ судебной практики по различным категориям дел и дачи по вопросам судебной практики соответствующих разъяснений, а не в процессе рассмотрения им конкретных уголовных или гражданских дел⁵. На основании данного тезиса М.Н. Марченко отграничивает судебный прецедент Верховного Суда РФ как установленное для многократного применения универсальное правило в постановлении Пленума, которым обобщается судебная практика, от акта индивидуального правоприменения, который не рассчитан на многократное использование. Акт индивидуального правоприменения прецедентом не является.

¹ Дискуссия на данную тему представлена в обзорной статье Залоило М.В., Ибрагимовой Ю.Э. Современные проблемы толкования права // Журнал российского права. 2016, № 8. С. 78 – 95.

² См.: Поляков С.Б. Судебный прецедент в России: форма права или произвола? // Lex russica. 2015, № 3. С. 28 – 42.

³ См., напр.: Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. 308 с.; Кучин М.В. Судебное нормотворчество: дискуссионные аспекты // Российский юридический журнал. 2016, № 3. С. 34 – 45.

⁴ См., напр.: Будылин С.Л. Что творит суд? Правотворчество судов и судебный прецедент в России // Закон. 2012, № 10. С. 92 – 110; Султанов А.Р. О правовой определенности и судебном нормотворчестве // Российская юстиция, 2006. № 3.

⁵ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право: учебное пособие. М., 2007. С. 376.

Позиция М.Н. Марченко по существу является логически верной: судебный акт, рассчитанный на многократное применение, есть прецедент, если не делать оговорок и не называть его «близким к прецеденту», «имеющим прецедентное значение» и иным образом не сглаживать углы. С другой стороны, приведенная аргументация, исключая из числа прецедентов любые решения Верховного Суда РФ по конкретным делам, упускает положения пункта 5 части 3 статьи 311 АПК РФ, пункта 5 части 4 статьи 392 ГПК РФ, согласно которым Постановление Президиума Верховного Суда РФ по конкретному делу, при наличии в нем специальной оговорки, является новым обстоятельством, на основании которого уже рассмотренные дела могут быть пересмотрены. Указанная оговорка в судебном постановлении формирует правила, подлежащее многократному применению, причем наделенные обратной силой. Содержатся они в акте индивидуального правоприменения.

Трудно также вообразить, что суд нижестоящей инстанции, при наличии выраженной в Постановлении Верховного Суда РФ позиции по конкретному вопросу, решится ей противоречить, даже если по ней не было вынесено постановление пленума. Более того, для целей настоящего исследования целесообразным будет на понятийном уровне отграничить судебную практику, выраженную в форме обобщения, и судебный прецедент, как акт правоприменения по конкретному делу¹.

Правильным и лаконичным представляется определение А.А. Малиновского, который под судебным прецедентом понимает судебное решение, где формулируется какое-либо правило, восполняющее пробел действующего законодательства (прецедент-правило), или содержится дефиниция правового понятия (прецедент-дефиниция), либо толкование юридически значимого термина, не определенного в тексте применяемого закона (прецедент-толкования)².

¹ См. также: Лазарев В.В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012, № 4. С. 92 – 99.

² См.: Малиновский А.А. Судебная практика как источник уголовного права (сравнительно-правовые аспекты) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2010, № 3. С. 4.

Вместе с тем следует отметить, что при наличии в судебном акте любого нового правила, не установленного действующим нормативным актом, его можно назвать прецедентом.

Таким образом, под судебным прецедентом в рамках настоящего исследования следует понимать нормативное правило, впервые установленное судом, отсутствовавшее в законе или подзаконном акте, рекомендуемое к многократному использованию в силу принципа единообразия в применении и (или) толковании судами норм права. Под судебной практикой, в свою очередь, предлагается понимать устоявшуюся позицию судов по конкретному вопросу, подлежащую учету судебными органами в ходе осуществления правосудия.

В. В. Лазаревым и Д. А. Фурсовым отмечено: «в новейшей литературе подчеркивается участие судов Российской Федерации в выработке и осуществлении правовой политики и, соответственно, признается роль судебной политики в коррекции политики законодательных органов, но только по отношению к Конституционному Суду РФ и ЕСПЧ делается вывод о беспрецедентном (по степени) воздействии его решений на законодательство и соответствующие институты правовой системы¹. Между тем такой подход оправдан и по отношению к российским судам, которые в отдельных случаях выносят столь же принципиальные решения. В ходе судебных разбирательств рождается иногда не менее, а даже более абстрактное правило, чем правило, созданное законодателем»².

С другой стороны, важно также учесть, что, несмотря на реалии, касающиеся места и роли прецедента в российской правовой системе, отражения в законе он не получил; обязательное следование прецеденту в процессе осуществления правосудия в российском законодательстве не закреплено. Не учитывать данное обстоятельство было бы в той же мере безответственно, как и игнорировать незримое присутствие прецедента в повседневной юридической практике.

¹ См. также: Суд как субъект правовой политики / Под ред. А.В. Малько. М., 2014. С. 9, 15, 19.

² Лазарев В.В., Фурсов Д.А. Обоснование идеи имплементации судебных решений в законодательные акты // Журнал российского права. 2014. № 11. С. 6 (С. 5 – 21). См. также: Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 105.

В науке распространена позиция, согласно которой судебные решения, носящие прецедентный характер, равно как и судебная практика, должны найти отражение в перечне источников российского права. Например, Т. А. Желдыбина считает приемлемой роль судебной практики в качестве субсидиарного источника права, поскольку она выступает критерием единообразия в применении норм и является своеобразным ориентиром для толкования законодательства, а также способом устранения пробелов в законе в тех случаях, когда законодатель молчит¹. Т. А. Желдыбина отмечает: «... восполнение пробелов в законодательстве судом осуществляется в процессе применения правовых норм, выработанных судебной практикой и обладающих определенной нормативностью»².

Дальше в этом вопросе заходит П. А. Гук, предложивший закрепить в российском законодательстве порядок осуществления судебного нормотворчества³. Похожих взглядов придерживается Ю. А. Свирин, отметивший, что анализ судебной практики по гражданским делам доказал потребность закрепления в позитивном праве необходимости следования судебному прецеденту, а также обязательности учета судебного прецедента при вынесении решений⁴.

Таким образом, заявленные предложения о закреплении прецедента в законе, безусловно, заслуживают пристального внимания и детальной проработки. Однако поспешное, т. е. в ближайшей перспективе, воплощение их в жизнь может привести к нестабильности в государстве, нарушению основ правопорядка и подрыву законности. Следовательно, задачей юридической науки в настоящее время является установление баланса между двумя крайностями: признанием судебного прецедента в качестве источника права и отрицанием его существования в российской правовой системе.

В совместной статье Н. А. Власенко и М. В. Залоило отмечается: «Большой потенциал воздействия судебной практики на повышение качества

¹ Желдыбина Т.А. Значение судебной практики в механизме обеспечения процесса законотворчества // Российский судья. 2016, № 8. С. 43.

² Там же.

³ См., напр.: Гук П.А. Судебное нормотворчество: вопросы теории и практики // Lex russica. 2016. № 7. С. 14 – 27.

⁴ Свирин Ю.А. Судебный прецедент: от научных дискуссий к единообразию судебной практики // Актуальные проблемы российского права. 2015, № 11. С. 20 – 25.

законотворчества видится в том, что судебная практика формулируется как суждение, в котором имеется готовое для восприятия апробированное и адекватное правило. Наиболее адекватным является заимствование идей из такой формы выражения судебной практики, как постановления пленумов высших судебных органов. Законодательная инициатива судебных органов – наиболее желательный способ воздействия. Судебные органы, непосредственно выявившие пробел и сформулировавшие новое положение, смогут максимально точно передать его в тексте законопроекта»¹.

М. Н. Марченко указал: «... арбитражные суды, так же, как и другие суды, отнюдь не ограничиваются в своей повседневной деятельности выполнением лишь традиционной правоприменительной функции, а *оказывают непосредственное и опосредованное влияние на право и правотворческий процесс* (курсив мой – Ю. И.)»².

Таким образом, следует поддержать подход, обеспечивающий изучение обозначенных фактов реальной действительности: влияния судебной практики на развитие законодательства и права в целом, а именно на сам законотворческий процесс, а также целенаправленный перевод правовых позиций судебных органов в законы самой законодательной властью. Самостоятельное присвоение позиции суда законодателем – его обдуманное волевое действие, не слепое согласие с авторитетом. Такой перевод содержательной части судебной практики и даже отдельных судебных прецедентов в закон является процессом имплементации решений судебных органов в законодательство.

В. В. Лазарев и Д. А. Фурсов так описали указанную имплементацию: «В предложениях о необходимости имплементировать судебные решения (не всякие) в законодательство не идет речь об обязанности законодателя закрепить судебную позицию нормой закона, как не идет речь и о том, чтобы судебная норма действовала наряду, вместе или вопреки закону. Избирается компромиссный вариант: **законодатель делает позицию суда своей**. Это отве-

¹ Власенко Н.А., Залоило М.В. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016, № 8. С. 46.

² Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право: учебное пособие. М., 2007. С. 63.

чает и строгому социологическому подходу, согласно которому большинство законодательных норм вышли из содержания «норм решения», сформулированных конкретным юристом применительно к конкретному спору, содержащему вербализованный смысл, претендующий на общезначимость»¹.

На данном этапе правового развития России первостепенными инструментами влияния на законотворчество у судебных органов выступают судебная статистика, обзоры судебной практики, а также решения высших судов. Данные инструменты в большей степени оказывают воздействие на правоприменительную практику и в меньшей – на совершенствование законодательства.

Изучение и обобщение судебной практики входит в задачи судов общей юрисдикции² и арбитражных судов³; обязанность предоставления судам разъяснений по вопросам судебной практики возложена на Верховный Суд РФ⁴. Также при Конституционном Суде РФ создаются комиссии и рабочие группы, в задачи которых, среди прочего, входит обобщение практики Конституционного Суда⁵. Вопросы обобщения деятельности государственных органов по обеспечению исполнения решений Конституционного Суда РФ относятся к ведению Секретариата Конституционного Суда РФ⁶. Таким образом, высшие суды, к которым следует отнести Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ, обладают необходимой информацией о тенденциях развития судебной практики по вопросам, которые затрагивают сферы осуществляемого ими правосудия, а также о существующих пробелах в законодательстве, восполнять которые вынуждена судебная власть. Результаты анализа судебной практики находят своё прямое или косвенное отражение в решениях названных судов по обозначенным причинам.

¹ Лазарев В. В., Фурсов Д. А. Указ. соч. С. 7. См. также: Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 212 – 213.

² См.: статьи 29, 39 ФКЗ от 07.02.2011 № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации».

³ См.: статьи 26, 33.3, 36, 43.4, 45 ФКЗ от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»

⁴ См.: ч. 4 ст. 19 ФКЗ от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»; ч. 4 ст. 10 ФКЗ от 23.06.1999 № 1-ФКЗ «О военных судах Российской Федерации».

⁵ См. § 3 Регламента Конституционного Суда РФ.

⁶ См.: ст. 111 ФКЗ от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 25.07.1994, № 13.

Следует заметить, что изучением тенденций судебной практики занимаются как государственные структуры¹, так и научно-исследовательские институты. Так, в ИЗиСП в период с 2014 по 2018 г. существовал отдел имплементации решений судебных органов в законодательство РФ.

Изучением судебной практики обременены и авторы законопроектов, представляемых в Государственную Думу. По справедливому замечанию Р. Бевзенко, многие новые законы основаны на старых идеях, отраженных в судебных решениях². Однако в текстах законопроектов и иных публикуемых вместе с ними документах, указания на судебную практику отсутствуют, в связи с чем установить источник вдохновения законодательной инициативы, либо подтверждение её верности, невозможно.

Статьей 105 Регламента Государственной Думы³ предусмотрено, что по общему правилу авторы законопроекта должны вместе с его текстом подготовить пояснительную записку к нему, которая будет содержать предмет законодательного регулирования и изложение концепции предлагаемого законопроекта, а также *мотивированное обоснование* необходимости принятия или одобрения законопроекта; перечень нормативных правовых актов, подлежащих изменению; финансово-экономическое обоснование законопроекта. Указанные документы также направляются для получения отзыва, предложений и замечаний на законопроект в комитеты, комиссии и во фракции Государственной Думы, Президенту РФ, в Совет Федерации, Правительство РФ, Счетную палату РФ, Общественную палату, а также в Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ по вопросам их ведения. Указанные субъекты дают критическую оценку, в том числе мотивированности законопроекта, показателем которой является анализ существующей правоприменительной практики по предмету предлагаемого регулирования.

¹ См., напр.: Письмо ФНС России от 28.12.2016 № ГД-4-14/25209@ «О направлении «Обзора судебной практики по спорам с участием регистрирующих органов № 4 (2016)».

² См.: Бевзенко Р. Когда новая норма ГК не является подлинной новеллой // Новеллы и «новеллы» Кодекса в трех делах Верховного суда. URL: https://zakon.ru/blog/2017/02/02/kogda_novaya_norma_gk_ne_yavlyetsya_podlinnoj_novelloy_novelly_i_novelly_kodeksa_v_treh_delah_verh.

³ См.: Постановление ГД ФС РФ от 22.01.1998 № 2134-П ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 16.02.1998, № 7, ст. 801.

Следовательно, наилучший способ обеспечения необходимого учета судебной практики при подготовке законопроекта – включение ссылок на судебные акты (прецеденты, обзоры судебной практики и т.д.) в текст пояснительной записки к проекту федерального закона. Факт наличия такой ссылки должен позитивно восприниматься на этапе рассмотрения законопроекта ответственными структурами. Более того, учет судебной практики, которая также содержит в себе указания на пробелы в законодательстве, согласно концепции, применяемой при разработке законопроекта, является обязательной. Т.Я. Хабриева отмечает, что концепция законопроекта представляет собой идейную модель будущего законодательного акта, задающую цели и основные параметры его содержания¹.

Отсутствие анализа судебной практики в пояснительной записке должно быть мотивировано, что следует обеспечить возможной санкцией в виде отклонения пакета документов законопроекта. Организациям и структурам, дающим заключения, официальные отзывы, замечания и предложения в связи с законопроектом по вопросам их ведения, среди которых Правительство РФ, иные Федеральные органы исполнительной власти РФ, Верховный Суд РФ, ответственные комитеты и правовое управление Аппарата Государственной Думы, Общественная палата, ответственные комитеты Совета Федерации, Конституционный Суд РФ, надлежит обращать внимание его авторов на необходимость оценки судебной практики в пояснительной записке к законопроекту как на один из факторов, подтверждающих актуальность и мотивированность законодательной инициативы.

Данный подход обеспечит обоснованность и авторитет проявленной инициативы на этапе рассмотрения проекта закона заинтересованными лицами с одной стороны, и возможность научного анализа влияния судебной практики на правотворчество – с другой. Полученный в перспективе новый эмпирический материал в виде пояснительных записок с анализом судебной практики, указывающей на наличие пробелов в законодательстве, даст новый толчок оте-

¹ Хабриева Т.Я. Глобализация и законодательный процесс // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации. М., 2007. С. 30.

чественной юриспруденции и правовой системе, обеспечив научную ценность предлагаемого нововведения. Более того, в перспективе введение подобной практики также облегчит деятельность законодательной власти в целом, выведет на новый уровень эффективность работы Государственной Думы. Именно судебная практика по конкретному вопросу может продемонстрировать актуальность законодательной инициативы, помочь выявить пробел и сформулировать новое положение, которое поможет расставить необходимые приоритеты в реформировании законодательства.

Ссылки на судебные решения могут осуществляться для указания на факты, установленные судом и содержащиеся во вступившем в законную силу судебном решении. Авторитет таких фактов значительно выше, чем материалы социологических исследований, опросов и иных форм получения эмпирических данных. Факт, установленный вступившим в законную силу судебным решением, доказывания не требует.

На сегодняшний день указанная процедура использования ссылок на судебную практику применяется не в полной мере. По состоянию на 22.03.2017 на сайте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации размещено более 25 000 проектов федеральных законов за период её работы с 1 по 7 созывы включительно¹. В ходе анализа удалось выявить 302 законопроекта², в пояснительных записках к которым имеются ссылки на материалы судебной практики³, что составляет менее 1,5 % от указанного общего числа законопроектов. Создание специальной методики изучения на этапе подготовки законопроекта материалов судебной практики (хотя бы обзоров и постановлений высших судов) позволит повысить качество законопроектной деятельности, обеспечит ясность законодательной инициативы для последующего

¹ Официальный сайт Государственной Думы // URL: <http://duma.gov.ru/>.

² Из анализа были исключены пояснительные записки, в которых судебный акт (например, Постановление Пленума Верховного Суда РФ) упоминался в качестве основания для направления данного проекта в ГД РФ.

³ Сводная таблица произведенного анализа размещена странице отдела имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации ИЗиСП на сайте Института. URL: <http://izak.ru/>.

применения, в том числе для использования методов исторического толкования⁴.

Как представляется, ссылки на судебные решения в пояснительных записках к законопроектам должны содержать: 1) необходимые реквизиты судебных актов для обеспечения возможности ознакомления с ними; 2) все существующие принципиальные позиции судов, когда сделано заявление о наличии противоречивой судебной практики; 3) логическую связь между текстом пояснительной записки и предлагаемыми в качестве примеров судебными решениями с указанием относимой содержательной части судебных актов, которые побудили сделать на них ссылку, в тексте пояснительной записки.

К настоящему времени накопился большой массив судебных решений, которые в разной степени и в разных формах формируют право. Специально и комплексно экспертиз влияния судебных актов на нормотворческую деятельность на сегодняшний день не проводится. Не исследуются даже те решения судов, в связи с принятием которых прямо или косвенно предполагается последующая деятельность законодателя. Большую остроту приобрели решения ЕСПЧ, претендующие на вхождение в российскую правовую систему. По смыслу пункта 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 № 21 субъекты законодательных инициатив обязаны отслеживать и оценивать постановления ЕСПЧ, принятые против всех государств-участников Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Через властные полномочия суда идет правообразование, правореализация и правоохрана, что имеет существенное значение для полновесной системы обратной связи законодателя и правоприменителя, отработки информационных и организационных аспектов системы мониторинга принципиальных решений субъектами законодательной инициативы.

На сегодняшний день мероприятия по мониторингу правоприменения уже внедрены в практику деятельности органов государственной власти. Оценка судебной практики для целей поиска пробелов в правовом регулиро-

⁴ См. подробнее об историческом толковании: Манукян А.Г. Толкование норм права: Виды, система, пределы действия – Дисс. ... канд. юр. наук.: 12.00.01 Саратов, 2009. 177 с.

вании производится компетентными органами исполнительной власти, координирующую функцию среди которых выполняет Минюст России. В этой связи назрела потребность в теоретическом анализе существующего ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве, исследование официальных и неофициальных мероприятий, проводимых судебными органами для восполнения пробелов и информирования об этом законодателя, внутренней структуры высших судов Российской Федерации, которая обеспечивает работу по систематизации судебных решений и выработке принципиальных позиций по конкретным вопросам, а также действий Минюста России, ответственного за мониторинг правоприменения. На основе изучения указанной практики будут предложены конкретные меры по совершенствованию исследуемого ОПМ.

§ 2. Установление и устранение пробелов в законодательстве органами конституционной юстиции

На КС РФ в силу ст. 125 Конституции РФ и Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее – ФКЗ о КС) возложены следующие функции, связанные с установлением и устранением пробелов в законодательстве:

- 1) конституционный нормоконтроль;
- 2) толкование Конституции РФ;
- 3) законодательная инициатива по вопросам собственного ведения.

Детальный анализ полномочий КС РФ, перспектив развития взаимодействия данного суда с иными судами Российской Федерации, а также другими органами государственной власти содержится в утверждаемых КС информационных отчетах¹.

В Справочной информации «Конституционно-правовые аспекты совершенствования нормотворческой деятельности (на основе решений Кон-

¹ См.: URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/default.aspx>

ституционного Суда Российской Федерации 2013–2015 годов)», одобренной решением КС РФ от 23.06.2016 (далее – Информация), указано, что КС РФ разграничивает пробельность и неопределенность правового регулирования. Если пробел есть «формальное отсутствие регулирования общественных отношений», то неопределенность – это «размытость терминологии, нечеткость правореализационных механизмов». В Информации отмечено, что особенностью конституционного правосудия является то, что КС РФ, в отличие от иных судебных органов, «приращивает» нормативный материал к рассматриваемым им нормам права, в случае установления их несоответствия Конституции РФ, и тем самым восполняет законодательные пробелы.

Также в Информации указано: «Конституционным Судом выработаны правовые позиции, определяющие способы преодоления пробельности в процессе подзаконного нормотворчества и правоприменительной деятельности (прямое применение конституционных норм; применение аналогии закона; прямое применение норм международно-правовых актов; «указное» нормотворчество). Однако окончательное устранение данных дефектов, будучи принадлежащим к прерогативам законодателя, составляет его прямую и непреложную обязанность»¹. Таким образом, КС РФ подтверждает, что его роль заключается не в окончательном устранении пробелов в законодательстве, а лишь в их восполнении до момента соответствующего законодательного урегулирования. Следует отметить, что в некоторые государства законодательно закрепляют за органами конституционной юстиции функцию по восполнению пробелов. Так, в Республике Беларусь в Законе «О конституционном производстве»² речь идет о наделении КС Республики Беларусь правом инициировать производство по делу об устранении пробелов по собственной инициативе или по инициативе граждан через уполномоченные субъекты³.

¹ Конституционно-правовые аспекты совершенствования нормотворческой деятельности (на основе решений КС РФ 2013–2015 годов). URL: http://ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Documents/Information_2015.pdf.

² Закон «О конституционном судопроизводстве» Республики Беларусь от 8 января 2014 г. № 124-З. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11400124>

³ Согласно статье 158 Закона основанием для возбуждения производства по делу об устранении в нормативных правовых актах пробелов, исключении в них коллизий и правовой неопределенности являются поступившие в Конституционный суд обращения государственных органов, иных организаций, а также гражд-

В Информации также оговорено: «Конституционный Суд исходит из понимания того обстоятельства, что пробельность закона может являться основанием проверки его конституционности, когда пробел ведет к правоприменению, угрожающему соблюдению конкретных конституционных прав. По результатам оценки влияния законодательного пробела на конституционность регулирования Конституционный Суд предписывает законодателю преодолеть соответствующим образом имеющий место пробел»¹. Следовательно, КС РФ рассматривает пробел в правовом регулировании в качестве дефекта, влекущего признание закона неконституционным в том случае, если его наличие нарушает вытекающие из Конституции РФ права. КС РФ не разграничивает восполнение и устранение пробелов, при этом отмечая, что для устранения пробела требуется принять нормативный акт, по своей форме аналогичный включавшему в себя дисквалифицированную норму. Изменение правоприменительной практики не является надлежащим исполнением решения КС РФ о признании нормы неконституционной².

Согласно ст. 36 ФКЗ о КС РФ роль конституционного правосудия в любом случае заключается в устранении неопределенности по вопросам: 1) толкования конституции; 2) соответствия конституции закона; 3) установления предметов федерального и регионального ведения; 4) порядка выдвижения обвинения Президенту РФ в тяжком преступлении.

К компетенции КС РФ в силу раздела III ФКЗ о КС РФ отнесены следующие категории дел: 1) о соответствии Конституции РФ нормативных актов органов государственной власти и договоров между ними; 2) о соответствии Конституции РФ не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации; 3) по спорам о компетенции; 4) о конституционности законов по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан;

дан, в том числе индивидуальных предпринимателей, содержащие информацию о наличии в нормативных правовых актах пробелов, коллизий и правовой неопределенности. Производство по делу об устранении в нормативных правовых актах пробелов, исключении в них коллизий и правовой неопределенности может быть также возбуждено КС по собственной инициативе.

¹ Закон «О конституционном судопроизводстве» Республики Беларусь от 8 января 2014 г. № 124-З. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11400124>

² <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/ReportKS2018.aspx>

5) о конституционности законов по запросам судов; 6) о возможности исполнения решений межгосударственного органа по защите прав и свобод человека; 7) о толковании Конституции Российской Федерации; 8) о даче заключения о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения Президенту РФ в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления.

К решениям КС РФ относятся постановления, заключения и определения (статья 71 ФКЗ о КС).

Исходя из функций, полномочий КС РФ, а также форм их реализации, в рамках настоящего исследования требуют ответа следующие вопросы:

- Может ли КС РФ восполнить законодательный пробел в решении (постановлении или определении), не влекущем признание нормы неконституционной?

- Какое значение имеют выводы КС РФ, сделанные в его решении *obiter dictum*¹?

- Какое значение имеют решения КС РФ при применении норм, аналогичных тем, которые были предметом его рассмотрения и по которым КС РФ дал конституционно-правовое толкование?

- какова должна быть реакция законодательных органов, органов исполнительной власти и судебных органов на решения КС РФ, содержащие правовые позиции в той или иной форме?

Ответы на указанные вопросы позволят установить место и роль КС РФ в механизме установления и устранения пробелов в законодательстве.

1. *Функция конституционного нормоконтроля*

¹ В особом мнении судьи Г.А. Гаджиева к Постановлению КС от 28.03.2017 № 10-П отмечено: «Учитывая связанность Конституционного Суда Российской Федерации избранным заявителем предметом обращения, направленного в порядке абстрактного нормоконтроля, недостаточно оснований и для признания оспариваемой нормы неконституционной по содержанию: вместе с тем в своем Постановлении Конституционный Суд Российской Федерации вправе был в виде «попутно сказанного» (*obiter dictum*) указать на правовые формы, в которых, с учетом положений конституционного и градостроительного законодательства, законодательные (представительные) органы субъектов Российской Федерации вправе расширить свое участие в подготовке и утверждении соответствующих правил». Принимая во внимание такую практику, следует отметить, что, по существу, она имеет значение правового ориентира, который может служить основанием для изменения закона. При этом факт признания нормы неконституционной может отсутствовать.

Н.В. Витрук отмечает: «Верховенство и прямое действие конституции прежде всего обеспечивается конституционным нормоконтролем, т.е. проверкой конституционности законов, подзаконных нормативных актов, внутригосударственных международных договоров. В этом состоит одна из основных функций конституционного правосудия...»¹.

Конституционный нормоконтроль в науке подразделяется на два вида: конкретный и абстрактный².

Конкретный конституционной нормоконтроль имеет место, когда нормативный правовой акт применен или подлежит применению в конкретном деле³. КС РФ осуществляет такой нормоконтроль в связи с жалобами граждан (их объединений) и по запросам судов. В интересах граждан в порядке конкретного нормоконтроля могут обратиться суды при рассмотрении конкретных дел Уполномоченный по правам человека в РФ⁴, а также Генеральный прокурор РФ⁵.

Подавляющее число дел, рассматриваемых в КС РФ, относится к конкретному нормоконтролю. В специальных исследованиях отмечается, что 76% из всех постановлений КС РФ было принято по результатам конкретного нормоконтроля⁶.

Абстрактный конституционной нормоконтроль подразумевает проверку нормативно-правовых актов на соответствие Конституции РФ по заявле-

¹ Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс: учеб. Пособие / Н.В. Витрук. 4-е., перераб и доп. М., 2012. С.273.

² См.: Никитин С.В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе. М., 2009. С. 17.

³ В Постановлении КС от 18.07.2018 № 33-П указано: «...самостоятельный выбор судом общей юрисдикции (арбитражным судом) нормы, подлежащей применению в конкретном деле, и уяснение смысла этой нормы в рамках ее казуального толкования предполагают необходимость безусловного подчинения требованиям Конституции Российской Федерации (статья 15, части 1 и 2; статья 120, часть 1, Конституции Российской Федерации), что обеспечивается в рамках конкретного конституционного нормоконтроля в том числе путем конституционного истолкования соответствующих правовых норм».

⁴ Федеральный конституционный закон от 26.02.1997 № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

⁵ Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 20.11.1995, № 47, ст. 4472.

⁶ См. также: Тарибо Е.В. Судебный конституционный нормоконтроль: осмысление российского опыта: монография. М., 2018. С.16.

нию лиц, уполномоченных подавать соответствующее заявление в силу ч. 2 ст. 125 Конституции РФ¹.

По результатам нормоконтроля КС РФ делает вывод о соответствии или несоответствии нормы закона Конституции РФ. При принятии решения о несоответствии такая норма не подлежит последующему применению, вместо неё применяется постановление КС РФ до момента принятия нового закона².

Однако не каждое постановление КС РФ, которым было выявлено несоответствие Основному закону, ведет к признанию нормы неконституционной. В случае, если КС РФ установит, что дисквалификация нормы закона приведет к возникновению пробела, наличие которого нанесет непропорциональный ущерб правовой системе, и восполнить который временным правовым регулированием невозможно в рамках возложенных на КС РФ полномочий, он может воздержаться от соответствующего решения о дисквалификации оспариваемой нормы, отметив необходимость системного изменения действующего законодательства.

Например, в Постановлении от 27 января 2004 № 1-П КС отметил: «признание пункта 2 части первой статьи 27, частей первой, второй и четвертой статьи 251, частей второй и третьей статьи 253 ГПК Российской Федерации – в части, определяющей полномочия Верховного Суда Российской Федерации по рассмотрению дел об оспаривании нормативных правовых актов Правительства Российской Федерации, – не соответствующими Конституции Российской Федерации по форме акта, в котором установлены эти полномочия, предопределило бы и признание неконституционности по тому же основанию указанных положений, закрепляющих в целом полномочия судов общей юрисдикции разрешать дела об оспаривании нормативных правовых актов, а также других положений данного Кодекса, касающихся полномочий

¹ Такие дела рассматриваются по заявлениям Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, одной пятой членов Совета Федерации или депутатов Государственной Думы, Правительства РФ, Верховного Суда РФ, органов законодательной и исполнительной власти субъектов РФ. См. также: Постановление КС РФ от 14.07.2005 № 8-П.

² См. напр: Постановление Конституционного Суда РФ от 14.01.2016 № 1-П. Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 19.01.2016.

судов общей юрисдикции, что привело бы к существенному ограничению деятельности судов по осуществлению правосудия и дало бы возможность поставить под сомнение конституционность других принятых после вступления в силу Конституции Российской Федерации федеральных законов, устанавливающих полномочия судов. Такой результат противоречил бы целям конституционного судопроизводства»¹. В связи с этим КС РФ в пункте 3 резолютивной части названного Постановления отметил: «В настоящем деле Конституционный Суд Российской Федерации воздерживается от признания положений пункта 2 части первой статьи 27, частей первой, второй и четвертой статьи 251, частей второй и третьей статьи 253 ГПК Российской Федерации не соответствующими Конституции Российской Федерации по форме нормативного акта. Федеральному Собранию надлежит принять федеральный конституционный закон, в котором закреплялись бы полномочия Верховного Суда Российской Федерации по рассмотрению дел об оспаривании таких нормативных правовых актов Правительства Российской Федерации, проверка которых не относится к исключительной компетенции Конституционного Суда Российской Федерации, а также привести правовое регулирование, обеспечивающее проверку законности нормативных правовых актов судами общей юрисдикции, в соответствие с требованиями Конституции Российской Федерации и правовыми позициями Конституционного Суда Российской Федерации, выраженными в том числе в настоящем Постановлении»².

Указанная формула «воздержаться от признания неконституционным, но требовать внести изменения в законодательство» применялась также в постановлениях от, от 20.07.1999 № 12-П, от 05.02.2007 № 2-П, от 20.12.2011 № 29-П.

Таким образом, КС РФ в приведенных постановлениях признал, что отдельные вопросы могут быть разрешены лишь законодательным урегулированием, которое данный суд может инициировать своим постановлением, не

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27.01.2004 № 1-П // Собрание законодательства РФ. 02.02.2004, № 5, ст. 403.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 27.01.2004 № 1-П // Собрание законодательства РФ. 02.02.2004, № 5, ст. 403.

признавая при этом норму, противоречащей Конституции КС РФ, но давая ей соответствующее конституционно-правовое истолкование. КС РФ устраняется от роли позитивного законодателя, последовательно подчеркивая в своих документах временный характер, принимаемых им мер по обеспечению регулирования правоотношений прямым действием Конституции РФ в её трактовке, данном КС РФ. Этим определяется позиция КС РФ о «приращивании нормативного материала», что означает восполнение пробела в законодательстве актом толкования Конституции РФ, который не может подменять отмененную норму закона.

Н.С. Бондарем было в этой связи отмечено: «восполнение (в значении устранения – Ю. И.) пробелов в правовом регулировании ... не относится к компетенции Конституционного Суда РФ и является прерогативой законодателя»¹. В одном из своих выступлений Г.А. Гаджиев также указал, что КС может указать законодателю направление, «как и куда он может двигаться», при этом, не забывая, что КС «не может двигаться вместо него». Законодатель самостоятельно определяет объём необходимых изменений и КС РФ должен уважать его выбор².

Дисквалифицировав неконституционную норму, КС РФ восполняет пробел в правовом регулировании, «приращивая» нормативный материал. Окончательно устранить данный пробел уполномочен законодатель, который обязан учитывать выявленное КС конституционно-правовое значение требуемого нормативного регулирования, но не ограничен исключительно им.

Секретариатом КС РФ в отчете об исполнении решений КС РФ за 2017 г. отмечено: «При дисквалификации [неконституционной нормы – Ю. И.] для поддержания конституционного принципа правовой определенности в особо важных случаях устанавливается временный порядок регулирования, которому обязан следовать правоприменитель вплоть до обновления законодательства. С

¹ Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011 // СПС «Консультант Плюс».

² Гаджиев Г.А. выступление на заседании секции «Реализация решений Конституционного суда РФ» в рамках научно-практической конференции, посвященной мониторингу законодательства и правоприменения. 25 июня 2010 года, Санкт-Петербург. URL: http://rapsinews.ru/judicial_analyst/20100629/250313343.html.

учетом названных свойств дисквалификации оптимальным и в перспективе преобладающим способом разрешения конституционно-правового спора является конституционно-правовое истолкование рассматриваемых нормативных положений. Выявление конституционно-правового смысла законоположений в первую очередь устраняет изъяны правоприменительной практики. Но вместе с тем такие напрямую адресующиеся к правоприменителю решения одновременно могут включать обращенные к законодателю рекомендации по улучшению нормативного регулирования»¹.

Секретариат КС РФ ведет перечень решений КС РФ, которые дважды в год направляются в палаты Федерального Собрания РФ, в Правительство РФ, в Минюст России, в Генеральную прокуратуру РФ. Решения распределяются по трем категориям:

- 1) предполагающие изменение федерального регулирования²;
- 2) предполагающие изменение регионального регулирования³;
- 3) содержащие предложения рекомендательного характера по изменению законодательного и иного нормативного регулирования⁴.

При этом предложения рекомендательного характера встречаются не только в постановлениях, но и в мотивировочной части определений⁵.

В отчете КС РФ об исполнении его решений в 2018 году подчеркивается, что ненадлежащее внимание федерального законодателя к ранее выраженным правовым позициям КС РФ по аналогичным либо смежным вопросам, а также к излагаемым в мотивировочной части решения ведет к повторному рассмотрению в порядке конституционного судопроизводства

¹ Информационно-аналитический отчет об исполнении решений Конституционного Суда Российской Федерации, принятых в ходе осуществления конституционного судопроизводства в 2017 году. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/ReportKS2017.aspx>.

² Перечень решений Конституционного Суда РФ, предполагающих изменение федерального регулирования. URL: http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Application_1_2017.pdf.

³ Перечень решений Конституционного Суда Российской Федерации, предполагающих изменение регионального регулирования (подлежащих исполнению в порядке части третьей статьи 87 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). URL: http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Application_2_2017.pdf.

⁴ Перечень решений Конституционного Суда РФ, содержащих предложения рекомендательного характера по изменению законодательного и иного нормативного регулирования. URL: http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Documents/Application_3_2017.pdf.

⁵ См., напр.: Определение Конституционного суда РФ от 7 февраля 2013 года № 131-О; Определение Конституционного суда РФ от 7 февраля 2003 года № 65-О; Определение Конституционного Суда РФ от 12 апреля 2011 года № 550-О-О; Определение Конституционного Суда РФ от 11 мая 2012 года № 817-О.

вопросов, уже принципиально разрешенных КС РФ¹. Ярким примером может служить Определение Конституционного Суда РФ от 27 января 2020 № 7-О² по делу Константина Котова, проанализированное в § 1 гл. 1 настоящего исследования.

Таким образом, несмотря на обозначенное ограничение пределов проверки КС РФ норм законодательства в порядке конкретного нормоконтроля, в решениях КС РФ зачастую содержатся ориентиры для определения комплексных изменений действующего законодательства. При этом законодатель не свободен от необходимости рассмотрения возможности внесения изменений в аналогичные нормы.

Провозглашенная в ст. 120 Конституции РФ независимость судебной власти означает, помимо прочего, что суды, применяя федеральное законодательство и Конституцию РФ, осуществляют их казуальное толкование, уясняя смысл применяемой нормы исходя из воли законодателя и системы действующего правового регулирования. При этом одним из важнейших принципов осуществления правосудия является единообразие в толковании и применении закона. Для этих целей в российской правовой системе предусмотрена система пересмотра вступивших в законную силу судебных актов, которая будет подробно рассмотрена в § 3 гл.2 настоящей диссертации.

Вместе с тем, как вытекает из Постановления КС РФ от 17 октября 2017 года № 24-П, в отличие от ординарного порядка рассмотрения дел судами, который влечет частные правоприменительные последствия, акты КС РФ, Пленума и Президиума Верховного Суда РФ могут иметь общие правоприменительные последствия.

Решения КС РФ имеют два вида общих правоприменительных последствий:

1) отказ от применения дисквалифицированной нормы, а также применение временного порядка правового регулирования, установленного КС РФ.

¹ URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/ReportKS2018.aspx>

² Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 28.01.2020

2) последующее применение законов в точном соответствии с их конституционным смыслом, выявленным Конституционным Судом;

Выявление конституционно-правового смысла нормативного акта осуществляется путем его конституционно-правового истолкования.

2. Функция толкования Конституции РФ

В информационных документах КС РФ подчеркивается: «Юридическая сила итоговых решений Конституционного Суда превышает юридическую силу любого закона и, по существу, равна юридической силе самой Конституции, которую нельзя применять в отрыве от итоговых решений Конституционного Суда, относящихся к соответствующим нормам, и тем более вопреки этим решениям»¹.

В силу п. 4 ст. 3 ФКЗ о КС РФ на Конституционный Суд РФ возложены полномочия по даче толкования Конституции РФ, порядок рассмотрения которых определяется главой XIV ФКЗ о КС РФ. Указанное толкование осуществляется на основании запроса Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, органов законодательной власти субъектов РФ.

В силу статьи 106 Конституции РФ толкование Конституции РФ, данное КС РФ, является обязательным.

Статьей 74 ФКЗ о КС РФ установлено, что КС РФ принимает решение по делу, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов.

КС РФ зачастую принимает постановления, которыми признает норму закона соответствующей Конституции, но только в том истолковании, которое

¹ URL: http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/AspektsKS_2018.aspx

дано в постановлении КС РФ¹. Так, КС РФ устанавливает конституционно-правовое значение норм права и устраняет неопределенность о порядке их толкования, исходя из необходимости обеспечения прав, предусмотренных Конституцией РФ². По мнению Н. С. Бондаря, установление и устранение пробелов в законодательстве является именно результатом конституционно-правового истолкования норм³.

Нормы законодательства являются результатом компромисса, согласования воли множества субъектов законодательного процесса, и зачастую цель закона, заложенная в него субъектом законодательной инициативы, теряется. В результате множества правок закон может утратить своё изначальное предназначение, выпасть из системы законодательного регулирования. В такой ситуации затруднительно осуществить историческое истолкование закона, поскольку в его подготовительных материалах может содержаться множество противоречивых позиций. Пояснительные записки к законопроектам в современной практике российского законотворческого процесса не выполняют необходимой разъясняющей функции. В такой ситуации именно благодаря конституционно-правовому истолкованию законодательных норм возможно исправить проявивший себя на практике дефект правового регулирования.

С другой стороны, КС РФ ограничен пределами проверки норм, предусмотренными ст. 86 ФКЗ о КС РФ. Если в ходе производства по делу будет установлено, что Конституции РФ противоречат в той или иной форме иные нормы действующего законодательства, либо существуют риски реализации действующих норм, которые на момент рассмотрения дела себя не проявили, КС РФ может дать указание рекомендательного характера, не признавая при этом норму неконституционной. Например, в Постановлении КС РФ от 06 июля 2018 № 29-П отмечено, что в процессе совершенствования и дальнейшей унификации процессуального законодательства федеральный законодатель

¹ См., напр.: Постановление КС РФ от 18.07.2018 № 33-П; Постановление КС от 12.07.2018 № 31-П; Постановление КС РФ от 06.07.2018 № 29-П.

² См.: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. 544 с.

³ См.: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России ... Указ соч. 544 с.

вправе, с учетом правовых позиций КС РФ, изложенных в настоящем Постановлении и в других его решениях, уточнить условия, относительно сроков обращения лица, в деле с участием которого был применен НПА, с административным иском о признании его недействующим, при соблюдении которых удовлетворение такого административного искового заявления может привести к пересмотру судебного акта по новым обстоятельствам¹.

Кроме того, к полномочиям КС РФ после принятия Федерального конституционного закона от 28 декабря 2016 № 11-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее – Закон № 11-ФКЗ) отнесено определение конституционно-правового содержания норм законодательства с целью корректировки правоприменительной практики без признания соответствующих норм противоречащими Конституции РФ.

Комментируя данное новое правомочие, ученые-правоведы отмечают как его достоинства, так и недостатки. Одни авторы указывают: «компетенция Конституционного Суда РФ была расширена в направлении более рациональной корректировки им российского законодательства на основе норм Конституции РФ»². Н.С. Бондарем и А.А. Джагаряном отмечено: «Принятые в конце 2016 г. поправки к ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», закрепляющие официальный статус такого вида постановлений КС РФ, которыми нормативный акт признается соответствующим Конституции в данном КС РФ истолковании, явились важным шагом в направлении гармонизации системы судебного толкования, основанной на приоритете конституционных интерпретаций»³. А.В. Безруков также поддерживает указанное изменение в законодательство как направленное на обеспечение обязательного учета правоприменительными органами правовых позиций КС РФ, что, по его мне-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 06.07.2018 № 29-П // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 09.07.2018.

² Тарибо Е.В. Указ. соч. С. 196.

³ Бондарь Н.С., Джагарян А.А. Правосудие: ориентация на Конституцию: монография. М., 2018. С.157.

нию, является необходимым элементом укрепления конституционного правопорядка.

Другие авторы опасаются узурпации со стороны КС РФ роли «позитивного законодателя». Л. Гарлицки отмечает, что конституционное истолкование норм вместо аннулирования закона навязывает остальным органам власти свою интерпретацию, не обязательно соотносящуюся с их усмотрением¹.

А.А. Иванов также выражает обеспокоенность в связи с принятием Закона № 11-ФКЗ: «... теперь любые правовые позиции Конституционного Суда РФ сильнее, чем правовые позиции Верховного Суда РФ и нижестоящих судов. А поскольку власть судов реализуется в принимаемых ими актах, ясно, что Конституционный Суд РФ движется в сторону превращения в высший суд»². А.А. Иванов считает, что с принятием этих поправок КС РФ фактически превращается в седьмую инстанцию в иерархии российской судебной системы, поскольку Президиум Верховного Суда РФ – шестая инстанция для дел, рассматриваемых судами общей юрисдикции, и пятая – арбитражными судами.

В пояснительной записке к Закону № 11-ФКЗ указано, что данный закон разработан «в целях выявления конституционно-правового смысла нормы и устранения неопределенности в ее интерпретации с точки зрения её соответствия Конституции Российской Федерации»³. Следовательно, можно признать, что даже соответствующая Конституции РФ норма законодательства при неправильном её применении может нарушать права граждан и иных лиц, гарантированные Конституцией РФ. Однако благодаря Закону № 11-ФКЗ у КС появилась возможность более гибко воздействовать на правовую систему, не прибегая к дисквалификации нормы, если проблема заключается не в её дефекте, а в ошибочной интерпретации судами. При этом такая ошибочная интерпретация

¹См.: Garlicki L. Op. cit. S. 73 - 75. Цит. по: Тарибо Е.В. Указ.соч. С. 196.

²Иванов А.А. «Седьмая инстанция?». URL: https://zakon.ru/blog/2017/1/9/sedmaya_instanciya.

³Пояснительная записка «К проекту федерального конституционного закона «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации». Текст документа приведен в соответствии с публикацией на сайте <http://asozd.duma.gov.ru/> по состоянию на 24.11.2016.

должна носить системный характер, единичное отклонение судебной практики не является основанием для принятия КС РФ постановления.

На сегодняшний день КС РФ может восстановить нарушенные права, не прибегая к отмене норм без должной необходимости. Как видится, внесенное Законом № 11-ФКЗ изменение при его реализации без крайностей, которые отмечены выше его критиками, напротив, позволит поддерживать необходимый баланс между законодателем и КС РФ, обеспечить большую легитимность решений КС РФ со стороны законодателя.

Сам КС РФ отмечал: «Решение Конституционного Суда, которым подтверждается конституционность нормы в данном им истолковании и тем самым исключается любое иное, т.е. неконституционное, ее истолкование и применение, имеет в этой части такие же юридические последствия, как и решение, которым норма признается не соответствующей Конституции, что влечет утрату ею юридической силы, и такую же сферу действия во времени, в пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, а значит такое же, как нормативные акты общего значения, не присущее правоприменительным по своей природе актам судов общей юрисдикции и арбитражных судов (постановления от 7 февраля 2012 года № 1-П, от 20 ноября 2012 года № 24-П; Определение от 14 января 2014 года № 134-О)»¹.

Также стоит отметить, что положения закона № 11-ФКЗ возвели в ранг конституционных норм².

Таким образом, решения КС РФ в части определения порядка толкования и применения законодательства выходят за пределы правовой оценки проверяемой в ходе конституционного судопроизводства нормы. Они разъясняют судебным органам конституционно-правовое значение оспариваемого и аналогичного законодательства.

3. Законодательная инициатива КС РФ

¹ URL: http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/AspektsKS_2018.aspx

² URL: <http://duma.gov.ru/news/48045/>

В юридической литературе словосочетание «вопросы ведения» в контексте права законодательной инициативы высших органов судебной власти рассматривается в широком и узком смыслах.

Широкий подход предполагает, что КС РФ может быть инициатором законопроекта по любому вопросу, являющемуся предметом его рассмотрения¹. С.Э. Несмеянова отмечает: «именно Конституционный Суд на сегодняшний день способен адекватно разработать отдельные законопроекты, потому что настолько часто он вынужден обращаться к анализу определенных законов, подзаконных актов, что как никто иной разбирается в необходимом содержании того или иного нормативного акта. И поэтому именно он может быть инициатором предложений по совершенствованию законодательства в той или иной части»².

По вполне обоснованному замечанию Л.В. Лазарева, широкое понимание права законодательной инициативы КС РФ «... противоречило бы его юридической природе как судебного органа конституционного контроля»³. Неограниченное право законодательной инициативы нарушает принцип *nepo iudex in causa sua*⁴. Подобный подход предоставляет суду несвойственные ему функции законодателя.

В узком смысле вопросы ведения – это вопросы порядка осуществления правосудия. Е.С. Ганичева указывает: «объектом ... внимания при реализации права законодательной инициативы могут становиться отношения в сфере судоустройства и организации судейского сообщества, вопросы, связанные со статусом судей и обеспечением деятельности судов, процессуальный режим осуществления судопроизводства и проблемы исполнения судебных актов»⁵.

¹ Кучерявцев Д.А. Роль судов в осуществлении права законодательной инициативы в Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2015, № 5.

² Несмеянова С.Э. О возможном влиянии Конституционного Суда Российской Федерации на законодателя // Журнал конституционного правосудия. 2010, № 3. С. 7.

³ Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2003. С.422.

⁴ Никто не может быть судьей в своем деле. Лат.

⁵ Ганичева Е.С. Пределы осуществления законодательной инициативы высшими органами судебной власти // Журнал российского права. 2014, № 11.

На сегодняшний день законодательная инициатива КС РФ практически не реализуется. Н.В. Витрук утверждает, что КС РФ намеренно предусмотрителен в использовании права законодательной инициативы. Данный суд разработал и внес в ГД РФ проект ФКЗ о КС РФ, предложения о поправках к проекту ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»¹. Чаще всего замечания на законопроекты подаются в ГД РФ специалистами Секретариата КС РФ².

По мнению Е.С. Ганичевой, «... для Конституционного Суда РФ вопросы ограничения права законодательной инициативы имеют особый смысл. Его активное использование привело бы к появлению целой категории «привилегированных» норм, генетически связанных с Конституционным Судом РФ, изначально задуманных как средство наиболее полной и эффективной реализации положений Конституции РФ. Столь авторитетное происхождение этих новелл, в случае оспаривания их конституционности, поставило бы под сомнение объективность КС, который был бы вынужден оценивать плоды собственной законотворческой деятельности. В подобных ситуациях конституционное судопроизводство воспринималось бы как формальное осуществление установленной процедуры, т.е. как процесс без правосудия, поскольку нельзя быть судьей в собственном деле»³.

Таким образом, КС РФ не выступает в роли законодателя по вопросам, рассматриваемым в ходе конституционного судопроизводства. Иной порядок нарушал бы принцип разделения властей, утвердившийся на современном этапе построения российской государственности, хотя он и не лишен смысла. В перспективе научные разработки, обеспечивающие сдержанность КС РФ в реализации данного права, а также его незаинтересованность в оценке конституционности законоположений, разработанных самим КС РФ, могли бы обеспечить

¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ, Пленума ВАС РФ от 29.04.1994 № П-1/5/11 «О внесении в порядке законодательной инициативы в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации законопроекта «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации»».

² Витрук Н.В. Указ. соч. С. 316.

³ Ганичева Е.С. Пределы осуществления права законодательной инициативы высшими органами судебной власти // Журнал российского права. 2014, № 11. С. 139.

большую эффективность законотворческого процесса. С другой стороны, утверждение о том, что КС РФ не включается в практику законотворческого процесса, также нельзя назвать достоверным. Если не прямо, в предусмотренной законом форме, то косвенно, через свои постановления, КС РФ реализует собственные законотворческие установки. Большое значение при этом придается документам, которые готовит Секретариат КС РФ, в связи с чем следует отдельно рассмотреть его структуру и значение для правоприменительной практики.

4. Вспомогательные подразделения КС РФ, вовлеченные в процесс имплементации решений КС РФ в законодательство Российской Федерации

Содействие КС РФ в осуществлении его полномочий оказывает Секретариат, функции которого закреплены в Регламенте КС РФ КС¹, Положении о Секретариате², статьях 40 и 111 ФКЗ о КС³. Секретариат КС РФ – это «довольно громоздкая», по словам бывшего его руководителя Юрия Кудрявцева⁴, структура, выполняющая множество разных функций. В основном он служит «фильтром», через который пропускаются обращения в КС РФ⁵.

Так, на Секретариат ложится основная нагрузка предварительного рассмотрения обращений, которые не соответствуют требованиям Конституции РФ и законодательства РФ. В информационно-аналитическом отчете об исполнении решений КС РФ за 2018 год⁶ отмечено, что основной формой

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. № 4, 2016.

² Положение о Секретариате Конституционного Суда Российской Федерации // URL: <https://docs.cntd.ru/document/901708697>.

³ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ // Российская газета. № 138 - 139, 23.07.1994.

⁴ Стенограмма круглого стола «Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»: опыт применения и перспективы совершенствования. К 15-летию юбилею» // Журнал конституционного правосудия. 2010, №1.

⁵ Автономов А.С. Секретариат Конституционного Суда России: фильтр для отсеивания необоснованных жалоб или тормоз конституционного правосудия? // Журнал конституционного правосудия. 2009, № 5. С. 26.

⁶ Информационно-аналитический отчет об исполнении решений Конституционного Суда Российской Федерации, принятых в ходе осуществления конституционного судопроизводства, в 2018 году. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/ReportKS2018.aspx>

участия Секретариата в обеспечении исполнения решений КС РФ выступает постоянный мониторинг и анализ решений КС РФ на предмет необходимости дополнительного нормативного регулирования, поскольку, как справедливо отмечает С.В. Нарутто, часть важных общественных отношений остается неурегулированной, что приводит к образованию пробела в законодательстве¹. «В соответствующем заключении Секретариата определяются возможный конкретизированный формат исполнения в нормотворческой сфере, возможность реализации решений правоприменительными органами до внесения необходимых законодательных изменений, а также основание конституционно-судебного контроля, включая выявленный законодательный или правоприменительный дефект»². Таким образом, можно утверждать, что одной из функций Секретариата является установление пробелов. Стоит отметить, что схожими функциями, в контексте последующего конституционного контроля, обладает Секретариат КС Республики Беларусь, который предварительно изучает обращение, содержащее информацию о наличии пробелов, поступившее в КС Республики Беларусь³.

Как пишет А.В. Мазуров КС РФ один, а обращений со всей страны по самым различным вопросам поступает большое количество, Секретариат несет основную рабочую нагрузку и своей деятельностью освобождает судей КС РФ от изучения и рассмотрения многих обращений⁴.

Не вдаваясь в рассуждения о количестве определений КС РФ об отказе в принятии жалобы к рассмотрению, следует отметить, что на сегодняшний день нереализованной остается предусмотренная в регламенте КС РФ возможность образования при КС РФ Научно-консультативного совета (далее – НКС при КС РФ)⁵. Такой совет мог бы усовершенствовать методику отбора дел и

¹ Нарутто С.В. Определенность законодательства как гарантия прав и свобод человека и гражданина в конституционно-судебной доктрине // *Lex russica*. 2018, № 10. С. 47.

² Информационно-аналитический отчет об исполнении решений Конституционного Суда Российской Федерации, принятых в ходе осуществления конституционного судопроизводства, в 2018 году. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/ReportKS2018.aspx>

³ Абз. 3 т. 158 Закона «О конституционном судопроизводстве» от 8 января 2014 г. № 124-З. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11400124>

⁴ См.: Мазуров А.В. Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации». М., 2006. С. 130.

⁵ Регламент Конституционного Суда РФ // *Вестник Конституционного Суда РФ*. № 4, 2016.

систематизации правовых позиций, отраженных в решениях КС РФ. Такие советы уже созданы при Верховном Суде РФ¹, при Суде по интеллектуальным правам², окружных арбитражных судах³ и судах общей юрисдикции субъектов РФ.

В регламенте КС РФ отмечено, что НКС при КС РФ образуется из числа ученых, а также практикующих специалистов в области права в целях обсуждения проблем, возникающих перед судом, и дачи рекомендаций. Его персональный состав и положение о нем утверждаются Конституционным Судом РФ.

Известен опыт создания НКС при конституционных судах республик Российской Федерации. При Конституционном Суде Татарстана функционирует НКС, заседания которого проводятся ежегодно и посвящены обсуждению наиболее актуальных проблем конституционного права и конституционного правосудия.

В Вестнике Конституционного Суда Республики Карелия публикуются материалы, подготовленные на заседаниях НКС, научные статьи в сфере конституционного права и конституционного правосудия, судебные решения. Данная правовая база позволяет всем ветвям государственной власти в Республике Карелия реализовывать свои полномочия, обеспечивать защиту прав, свобод и законных интересов граждан⁴. НКС при Конституционном суде Республики Карелия также содействует процессу создания республиканского законодательства, отвечающего требованиям Конституции Российской Федера-

¹ См.: Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 6. Ст. 550; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 7 августа 2014 г. № 8 «Об утверждении Положения о Научно-консультативном совете при Верховном Суде Российской Федерации» // БВС. 2014. № 10.

² См.: Приказ Председателя Суда по интеллектуальным правам от 20 марта 2013 г. № СП-18/7 «Об утверждении Положения о научно-консультативном совете при Суде по интеллектуальным правам» // URL: <http://ipc.arbitr.ru/about/nks>.

³ URL: <http://www.fasmo.arbitr.ru/about/nks>.

⁴ См.: Послание Конституционного Суда Республики Карелия Законодательному Собранию Республики Карелия от 12.03.2008 «О состоянии конституционной законности в Республике Карелия в 2007 году // Карелия, № 38, 10.04.2008.

ции, федеральных нормативных правовых актов, Конституции Республики Карелия и международных норм права¹.

Научно-консультативные советы созданы также при Конституционном Суде Республики Саха (Якутия)², при Конституционном Суде Республики Дагестан³, при Конституционном суде Республики Северная Осетия-Алания⁴ и др.

Значимость НКС подчеркивал Председатель КС В.Д. Зорькин⁵. Ценность научно-консультативной деятельности в судебной практике отмечена также Н.С. Бондарем и А.А. Джагаряном⁶. Положительный опыт образования НКС при КС республик показывает, что создание НКС при КС может содействовать деятельности как Секретариата, так и КС в целом. НКС мог бы стать организующим элементом, способным разработать механизм, с помощью которого Секретариат будет устранять противоречия в оценке обращений в КС РФ. Механизм включал бы в себя деятельность по мониторингу нормативных правовых актов и судебной практики.

Подводя итоги вышесказанному, необходимо отметить, что процесс имплементации решений КС РФ в законодательство нуждается в совершенствовании. При этом исследование практики КС РФ позволяет устранить такие пробелы в правовом регулировании, которые не позволяют реализовать права, предусмотренные Конституцией РФ. Существующий ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве в связи с решениями КС РФ предполагает увеличение числа анализируемых законодателем рекомендаций КС РФ, отраженных в его решениях, а также совершенствование внутреннего механизма КС

¹ Послание Конституционного Суда Республики Карелия Законодательному Собранию Республики Карелия от 22.03.2007 //Собрание законодательства РК. № 3 (Часть II), март, 2008.

²О Положении о научно-консультативном совете при Конституционном суде Республики Саха (Якутия) от 1 декабря 2014 года. URL: <https://ks.sakha.gov.ru/>.

³ Сайт Конституционного Суда Республики Дагестан. Положение о Научно-консультативном совете при Конституционном Суде Республики Дагестан. URL: <http://www.ksrd.ru/about/scientific-advisory-council>.

⁴ Сайт Конституционного Суда Республики Северная Осетия-Алания // URL: <http://www.ksrso.ru/about/>.

⁵ Послание Конституционного Суда Республики Карелия Законодательному Собранию Республики Карелия от 12.03.2008 «О состоянии конституционной законности в Республике Карелия в 2007 году» // Карелия. № 38, 10.04.2008.

⁶ Бондарь Н.С., Джагарян А.А. Правосудие: ориентация на Конституцию: монография. М., 2018.С. 224. URL: <https://spbu.ru/press-center/press-relizy/konstitucionnyy-sud-rf-i-spbgu-podpisali-soglasenie-о-sotrudnichestve>

РФ, позволяющего производить анализ и систематизацию правовых позиций КС РФ. Способствовать совершенствованию указанного процесса может создание НКС при КС РФ, а также вовлечения научных учреждений в анализ и обобщение практики КС РФ, что поднимет значимость правовых позиций КС РФ и возвысит роль данного суда как источника законодательных инициатив.

5. Проблемы имплементации решений КС РФ в законодательство Российской Федерации

В Информации КС РФ отмечено: «Прямой контроль исполнения принимаемых им решений к непосредственной компетенции Конституционного Суда не относится. Вместе с тем Секретариат Конституционного Суда постоянно взаимодействует с государственными органами и должностными лицами, ответственными за надлежащее исполнение актов конституционного правосудия правоприменителями. Основной формой его участия в обеспечении исполнения решений Конституционного Суда выступает мониторинг исполнения решений, требующих дополнительного нормативного регулирования, в том числе тех из них, в которых устанавливается наличие правоприменительного дефекта, что предполагает возможность до внесения необходимых законодательных изменений непосредственного осуществления соответствующих решений правоприменительными органами. Включенные в механизм исполнения решений Конституционного Суда органы публичной власти периодически направляют в Секретариат Конституционного Суда сведения о результатах подобной правоприменительной реализации»¹.

Секретариат КС РФ в Информационно-аналитическом отчете об исполнении решений Конституционного Суда Российской Федерации, принятых в ходе осуществления конституционного судопроизводства, в 2017 году (далее – Отчет за 2017 год) отметил проблему взаимодействия законодателя и КС

¹ Информация Конституционного Суда Российской Федерации. Конституционно-правовые аспекты совершенствования правоприменительной деятельности (на основе решений Конституционного Суда Российской Федерации 2016–2018 годов). URL: http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Documents/Information_2018.pdf.

РФ при изложении в решениях КС РФ рекомендаций об изменении законодательства: «Перечень решений Конституционного Суда, содержащих предложения рекомендательного характера по изменению законодательного и иного нормативного регулирования, в настоящее время включает **63** позиции (**36** постановлений и **27** определений); во исполнение **4** из них даны соответствующие поручения Правительства РФ. Следует отметить, что учет содержания решений Конституционного Суда и нормотворческими, и правоприменительными органами нередко сводится лишь к изложенному в резолютивной части. Между тем правовые позиции, сформулированные в мотивировочной части, также выступают ориентирами должного регулирования, а потому подлежат надлежащему учету»¹.

Как правило, при разработке законопроекта, направленного на изменение законодательства в связи с установлением КС РФ такой необходимости, делается специальная оговорка: «Проект разработан в целях реализации постановлений КС РФ», указываются реквизиты такого постановления и цитируются выводы КС РФ. Примерами могут служить проекты федеральных законов № 87000-6², 66946-7³, 6652-7⁴, 955220-6⁵, 897418-6⁶ и т.д.

Следует отметить, что в отдельных случаях аналогичным образом субъекты законодательной инициативы ссылаются на Определения КС РФ об отказе в принятии жалобы к рассмотрению. Например, в законопроекте № 261110-6⁷, предметом которого было реформирование норм УПК РФ и ГПК РФ в части тайны совещания судей, внесенном в ГД РФ Правительством РФ, указано:

¹ Информационно-аналитический отчет об исполнении решений Конституционного Суда Российской Федерации, принятых в ходе осуществления конституционного судопроизводства в 2017 году. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/ReportKS2017.aspx>.

² Проект Федерального закона № 87000-6 «О внесении изменений в статьи 133, 146 и 448 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

³ Проект Федерального закона № 66946-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁴ Проект Федерального закона № 6652-7 «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и статью 16 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации»

⁵ Паспорт проекта Федерального закона № 955220-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁶ Проект Федерального закона № 897418-6 «О внесении изменений в статью 26 Федерального закона «Об оружии».

⁷ Проект Федерального закона № 261110-6 «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (в части установления порядка ознакомления с особым мнением судьи)».

«Проект Федерального закона ... разработан в целях реализации Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 17 января 2012 г. № 174-О-О (далее – Определение). Признавая вышеназванные нормы не противоречащими Конституции РФ, Конституционный Суд РФ в Определении указал, что эта правовая позиция не препятствует законодателю урегулировать в уголовно-процессуальном законодательстве РФ вопрос о допуске осужденного (его защитника) к ознакомлению с особым мнением судьи по его делу – подобно тому, как данный вопрос регламентирован в законодательстве о конституционном, арбитражном и гражданском судопроизводстве»¹. Также в законопроекте отмечено, что отсутствие возможности объявления перерыва при совещании судей влечет отмену решений суда в случаях, когда рассмотрение гражданского дела завершено, например, вечером, а решение суда оглашено утром следующего дня (Определения Свердловского областного суда от 7 июня 2012 г. по делу № 33-5306/2012 и от 20 июля 2012 г. по делу № 33-8379/2012), без учета того, выходил суд из совещательной комнаты или нет»².

Таким образом, в рассматриваемом случае Правительство РФ инициировало принятие законопроекта не в целях исполнения обязанности, установленной КС РФ, но для реализации рекомендации данного суда, расширив круг вопросов, требующих внимания. Продемонстрировав наличие действительной проблемы конкретными примерами из практики судов общей юрисдикции, субъект законодательной инициативы обозначил необходимость реформирования существующего законодательства. Возможно такое внимание к Определению от 17 января 2012 г. № 174-О-О было вызвано наличием в нем особых мнений судей Г.А. Гаджиева, Г.А. Жилина, С.Д. Князева, М.И. Клеандрова. Особое мнение судьи и тем более нескольких судей КС РФ в связи с принятым решением может служить индикатором вопроса, требующего дополнительного внимания. Таким образом, вызывают возражения изменения, внесенные в ФКЗ о КС, ограничивающие публикацию и обнародование особого мнения на офи-

¹ Проект Федерального закона № 261110-6 «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (в части установления порядка ознакомления с особым мнением судьи)».

² Там же.

циальном сайте суда вместе с текстом решения, поскольку данный запрет не только усложняет процесс установления пробела в законодательстве, но и подрывает доверие граждан к правосудию и государству¹.

Также необходимо учесть, что рассмотренное Определение КС РФ, в котором отмечена возможность изменения законодателем нормативного регулирования, не является единственным². Отслеживание судебной практики по рассмотренным в таких определениях вопросам может быть эффективным методом, направленным на инициирование актуальных законодательных инициатив, а выявленная правоприменительная практика – стать материалом, на основании которого будет обеспечена должная мотивировка необходимости принятия законопроекта.

Во многих пояснительных записках их авторы стремятся заручиться авторитетом КС РФ, сообразовать предлагаемые нововведения с закрепленными в конституции принципами права в их конституционно-правовом истолковании.

Например, в проекте Федерального закона № 267194-5 его авторы, депутаты Государственной Думы П.В. Крашенинников, А.П. Москалец и В.Н. Плигин, сослались на толкование КС РФ принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства³.

В законопроекте № 99653-7 указано: «В соответствии с проектом федерального закона в статью 401.17 Кодекса вносятся изменения, которые позволят обеспечить возможность обжалования в кассационном порядке вступивших в законную силу судебных актов лицам, ранее не обращавшимся с жалобой на вступивший в силу судебный приговор либо обращавшимся в кассационную инстанцию, но по другим правовым основаниям. Предлагаемая новелла отвечает правовым позициям, сформулированным в ряде реше-

¹ Особое мнение судей становится тайной // Ведомости. URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2020/10/18/843650-osoboe-mnenie>

² См.: Определение КС РФ от 29.09.2015 № 2100-О; Определение КС РФ от 09.06.2015 № 1216-О; Определение КС РФ от 02.04.2015 № 727-О; Определение КС РФ от 05.02.2015 № 236-О; Определение КС РФ от 13.05.2014 № 983-О; Определение КС РФ от 08.12.2011 № 1623-О-О; Определение КС РФ от 02.11.2011 № 1486-О-О; Определение КС РФ от 07.06.2011 № 843-О-О; Определение КС РФ от 07.06.2011 № 742-О-О; Определение КС РФ от 11.07.2006 № 213-О // СПС «Консультант Плюс».

³ Проект Паспорт проекта Федерального закона № 267194-5 «О внесении изменений в статьи 2 и 20 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» (по вопросу приватизации жилых помещений)» // СПС «Консультант Плюс».

ний Конституционного Суда РФ (постановления от 2 февраля 1996 г. № 4-П, от 3 февраля 1998 г. № 5-П, определения от 8 ноября 2005 г. № 401-О, от 25 февраля 2010 г. № 247-О-О, от 24 декабря 2012 г. № 2255-О и другие)»¹. Таким образом, ссылка на решения КС РФ в пояснительной записке дана с целью доказывания соответствия проекта федерального закона Конституции РФ в её истолковании КС РФ.

Кроме того, интересен пример использования судебной практики, конкретизирующей решение КС РФ. В пояснительной записке к проекту Федерального закона № 614240-5 указано: «Проект разработан в целях реализации Постановления КС РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П. ... КС РФ указал, что содержащиеся в указанной статье положения по своему конституционно-правовому смыслу в системе уголовно-процессуального регулирования не допускают возможность содержания обвиняемого под стражей без судебного решения после направления прокурором или вышестоящим судом уголовного дела на рассмотрение в суд. ... Данная правовая позиция КС РФ конкретизирована в Постановлении Пленума ВС от 29 октября 2009 г. № 22 (пункт 20), в котором обращено внимание судов на необходимость обеспечения обвиняемому и его защитнику (если он участвует в деле) возможности участвовать в рассмотрении судом в стадии подготовки к судебному заседанию вопроса об оставлении без изменения меры пресечения в виде заключения под стражу, т.е. фактически о ее продлении, изложения своих аргументов и представления подтверждающих их доказательств»².

На основании выводов КС РФ, конкретизированных ВС РФ, Правительством РФ (автором рассматриваемого законопроекта) было предложено внести в статьи 37, 221, 226 УПК РФ изменения, предусматривающие возложение на прокурора полномочия возбуждать перед судом ходатайство о продлении срока содержания обвиняемого под стражей по делу, направляемому в суд

¹ Проект Федерального закона № 99653-7 «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

² Проект Федерального закона № 614240-5 «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

с обвинительным заключением (обвинительным актом). Законопроект был одобрен и принят.

Отдельно следует рассмотреть пример, где КС РФ обозначил законодательный ориентир, который в последующем был воспринят при подготовке законопроекта. Так, КС РФ пришел к выводу о необходимости дать параметры будущего регулирования в Постановлении от 22 марта 2007 г. № 4-П по делу Т.А. Банькиной¹, которая оспаривала законодательное ограничение пособия по беременности и родам. На основании ст. 15 Федерального закона «О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2002 год»² заявительнице было выплачено пособие с ограничениями. Она получила пособие, рассчитанное исходя из той суммы, которая была значительно меньше ее среднего заработка за месяц. По мнению Т.А. Банькиной, такое правовое регулирование ущемляет права женщин, чей средний заработок превышает предельный размер указанного пособия. КС РФ, признавая эту норму несоответствующей Конституции РФ, попытался дать законодательно определенные ориентиры относительно того, какую ограничительную планку выбрать. Поскольку невозможно оставить эту выплату безграничной, КС РФ обозначил её пределы исходя из анализа норм Налогового кодекса РФ о едином социальном налоге, из которого формировались такие выплаты, в привязке к налоговой базе данного налога, которая составляла 280 тыс. руб. Законодатель воспринял эту идею и увеличил лимит с 15 тыс. до 28 тыс. рублей.

Необходимо подчеркнуть, что цель использования ссылок на акты КС РФ в пояснительных записках к проектам законов, как правило, заключается в демонстрации того, что законопроект согласуется с Конституцией РФ.

Зачастую в пояснительных записках к законопроекту отсутствуют ссылки на конкретные решения КС РФ. Так, в пояснительной записке к

¹ Российская газета. № 66, 30.03.2007.

² Федеральный закон от 11.02.2002 № 17-ФЗ «О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2002 год» // Российская газета, № 29, 14.02.2002.

законопроекту № 97700183-2¹ поднимается проблема, связанная с неурегулированностью вопроса о реакции федерального центра, если субъект Федерации не сочтет необходимым исполнить судебное решение по приведению законодательства и правоприменительных практик субъекта Федерации в соответствие с федеральным законом. В пояснительной записке к законопроекту сказано, что вопрос об обеспечении исполнения решений КС РФ не был урегулирован. Конституционный Суд РФ признал неконституционными положения закона Удмуртии. Законопроект снят с рассмотрения². Другой законопроект № 90024780-3 направлен на устранение неточностей в положениях Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³. В пояснительной записке к законопроекту содержится следующее обоснование. Изложенное позволяет внести в указанный Федеральный закон ряда уточнений, направленных на устранение его противоречий с Конституцией РФ и решениями КС РФ, а также устранить коллизий в федеральном и региональном правовом регулировании⁴. Законопроект отклонен Государственной Думой РФ⁵.

Безусловно, приведенные проекты федеральных законов направлены на устранение коллизии и неточности в законодательстве. Вместе с тем наличие ссылки на конкретные решения КС РФ обеспечило бы большой авторитет предложенной инициативе.

Таким образом, рассмотренные пояснительные записки позволяют выявить наилучший порядок включения в них ссылок на решения КС РФ. В частности, ссылки на судебные решения в пояснительных записках к

¹ Пояснительная записка к законопроекту «К Федеральному закону «Об обеспечении единства правовой системы в Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

² Снят с рассмотрения Советом ГД ФС РФ (Протокол № 14, п. 26).

³ Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 18.10.1999, № 42, ст. 5005.

⁴ Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

⁵ Постановление ГД ФС РФ от 18.10.2000 № 737-III ГД «О проекте Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Ведомости ФС РФ, 21.10.2000, № 30.

законопроектам должны содержать: 1) необходимые реквизиты судебных актов для обеспечения возможности ознакомления с ними; 2) логическую связь между текстом пояснительной записки и предлагаемыми в качестве примеров решениями КС РФ с указанием относимой к проекту закона содержательной части судебных актов, которые побудили сделать на них ссылку в тексте пояснительной записки.

Материал для анализа законодателя может быть заимствован из отчетов Секретариата КС РФ. Однако, отмечая высокий вклад, который Секретариат КС РФ делает в доведение до всеобщего сведения имеющихся проблем с исполнением решений КС РФ, следует рассмотреть возможность совершенствования внутреннего механизма КС, позволяющего повысить эффективность процесса имплементации решений КС РФ в законодательство. Поскольку именно внутренняя организационная основа деятельности КС РФ является нестабильной, о чем свидетельствуют многочисленные изменения в главу III «Структура и организация деятельности Конституционного Суда Российской Федерации» ФКЗ о КС РФ. Из девяти статей, включенных в главу, две утратили силу, пять изложены в новой редакции, еще в две внесены отдельные изменения.

Представляется, что для оказания содействия Секретариату КС РФ и укрепления внутреннего ОПМ КС РФ требуется ввести должность официального представителя КС РФ в Государственной Думе.

В Информации КС РФ указано: «Прямой контроль исполнения принимаемых им решений к непосредственной компетенции Конституционного Суда не относится. Вместе с тем Секретариат Конституционного Суда постоянно взаимодействует с государственными органами и должностными лицами, ответственными за надлежащее исполнение актов конституционного правосудия правоприменителями. Основной формой его участия в обеспечении исполнения решений Конституционного Суда выступает мониторинг исполнения решений, требующих дополнительного нормативного регулирования, в том числе тех из них, в которых устанавливается наличие правопримени-

тельного дефекта, что предполагает возможность до внесения необходимых законодательных изменений непосредственного осуществления соответствующих решений правоприменительными органами. Включенные в механизм исполнения решений Конституционного Суда органы публичной власти периодически направляют в Секретариат Конституционного Суда сведения о результатах подобной правоприменительной реализации»¹.

Следовательно, несмотря на отсутствие закрепленных в законе полномочий представителей КС РФ участвовать в обсуждении законопроектов, принимаемых во исполнение решений КС РФ, фактически Секретариат КС дает по этим вопросам консультации.

Кроме того, в Информации КС РФ указано: «В силу принципа правовой определенности суды обязаны руководствоваться правовыми позициями Конституционного Суда и в тех случаях, когда подлежит применению норма, аналогичная признанной неконституционной или получившей конституционное истолкование, либо основанная на ней, либо воспроизводящая ее»². В Информации КС РФ также сказано, что недостаточное внимание законодателя к ранее выраженным правовым позициям КС РФ по смежным вопросам ведет к их повторному рассмотрению несмотря на то, что вопрос по существу уже был разрешен.³

Из этого следует, что основанием для обеспечения присутствия в процессе обсуждения законопроектной деятельности официального представителя КС РФ также является возможное разъяснение порядка применения решений КС РФ к правоотношениям, аналогичным тем, которые были предметом рассмотрения КС РФ. Благодаря этому будет обеспечено официальное закрепление необходимого участия КС РФ в законопроектной деятельности. Институт представителя КС РФ в Государственной Думе мог бы обеспечить исполнение тех функций КС РФ, которые подразумевают необходимыми сторонники концепций абстрактного нормоконтроля КС РФ на этапе обсуж-

¹ URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/ReportKS2018.aspx>

² Там же.

³ Там же.

дения законопроекта, а также сторонники законодательной инициативы КС РФ по вопросам своего ведения (при придании понятию «вопросы ведения» широкого значения), без вытекающих из этого противоречий принципу разделения властей.

В советский период истории России Председатель Конституционного Суда СССР, его заместитель, а также члены Комитета конституционного надзора СССР имели право присутствовать на заседаниях Съезда народных депутатов СССР, Верховного Совета СССР и Президиума Верховного Совета СССР¹.

Возможность присутствия на съездах высшего органа государственной власти Председателя Конституционного Суда РСФСР была предусмотрена в законе «О Конституционном Суде РСФСР»². Его заместитель, члены Конституционного Суда РСФСР имели право присутствовать на открытых, а по приглашению - и на закрытых заседаниях Съезда народных депутатов РСФСР, Верховного Совета РСФСР и его палат, а также присутствовать на заседаниях постоянных комиссий палат и комитетов Верховного Совета РСФСР, Совета Министров РСФСР, Пленума Верховного Суда РСФСР, коллегий Прокуратуры РСФСР, Государственного арбитража РСФСР, министерств, государственных комитетов и ведомств РСФСР (ст. 26)³.

Как представляется, институт официального представительства обеспечит баланс между законодательной и судебной ветвями власти. Его внедрение позволило бы повысить качество и оперативность исполнения решений КС РФ, не связывая при этом КС РФ чрезмерными ограничениями при последующих проверках принятых, в том числе с участием представителя КС РФ, законодательных актов.

§ 3. Высший суд общей юрисдикции как субъект механизма установления и устранения пробелов в законодательстве

¹ Ст.26 Закона СССР от 23.12.1989 «О конституционном надзоре в СССР» //Свод законов СССР, т. 1, с. 44-3, 1990 г. (утратил силу).

² Закон РСФСР от 06.05.1991//Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР, 1991, № 19, ст. 621 (утратил силу).

³ См. Закон РСФСР от 06.05.1991

Пробелы в законодательстве являются причиной отсутствия единообразия в толковании и (или) применении судами норм права, как было отмечено в главе 1 настоящей работы. Формирование единства в судебной практике в качестве функции ВС РФ как высшего судебного органа по гражданским делам, разрешению экономических споров, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции и арбитражным судам вытекает из статьи 126 Конституции РФ. При этом конституционные полномочия ВС РФ в названной статье разделены на 2 группы: (1) надзор за деятельностью судов и (2) разъяснения по вопросам судебной практики. При этом важно заметить, что судьи, согласно части 1 статьи 120 Конституции РФ, независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону. Но указанная подчиненность не безгранична: частью 4 статьи 125 Конституции РФ предусмотрено право суда обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности закона и иных нормативных актов, применяемых в конкретном деле. Также ВС РФ наделен правом законодательной инициативы частью 1 статьи 104 Конституции РФ, но, равно как и КС РФ, только по вопросам своего ведения.

Таким образом, конституционные полномочия ВС РФ по предоставлению руководящих разъяснений законодательства судам ограничиваются подчиненностью судов в части принимаемых ими решений воле законодателя. Однако определение границ такого ограничения вытекает не только из законодательства, но и из судебной практики, оказывающей организационное воздействие и формирующей собственные правила, конкретизирующие или расширяющие нормы закона в определенных обстоятельствах.

Для поддержания стабильности государственной правовой системы, поиска баланса между суверенитетом законодателя и суда в формировании права, необходим компромисс: решения ВС РФ по принципиальным вопросам должны формировать законодательство, но пределы такого формирования следует определять законодательной ветви власти. Иной порядок

противоречил бы гармоничной системе взаимного конституционного ограничения судебной и законодательной ветвей власти, описанной выше.

Следует отметить, что помимо официального участия ВС РФ в законопроектной деятельности по вопросам своего ведения он в определенной мере косвенно формирует законодательную инициативу, направляя запросы в органы государственной власти, а также дает ответы на поступившие к нему обращения со стороны органов государственной власти и научных учреждений¹.

Изложенное демонстрирует бесспорную необходимость включения ВС РФ в качестве субъекта в ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве. Для определения его места и роли в данном механизме, а также возможных перспектив её эволюции, следует обратиться к полномочиям ВС РФ, вытекающим из законодательства, а также к практике их реализации.

Полномочия ВС РФ в порядке части 3 статьи 128 Конституции РФ определены Федеральным конституционным законом от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации»² (далее – Закон о ВС РФ). Отдельные из данных полномочий в целях настоящего исследования следует проанализировать.

1. Дача судам разъяснений по вопросам судебной практики на основе ее изучения и обобщения для обеспечения единообразного применения законодательства Российской Федерации.

Результат реализации данного полномочия ВС РФ представляется, как правило, в виде постановления, содержащего указания о разрешении отдель-

¹ Например, в отчете Пленума ВС отмечено: «По ряду спорных вопросов применения норм трудового законодательства были сделаны запросы в Министерство труда и социальной защиты Российской Федерации, Министерство экономического развития Российской Федерации и Министерство юстиции Российской Федерации и получены соответствующие ответы. Проект постановления обсуждался на заседании Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации. Это позволило выработать согласованные правовые позиции по спорным вопросам. Поступившие в ходе обсуждения на проект постановления замечания и предложения максимально учтены. Структура проекта постановления определена с учетом поступивших из судов вопросов и характера разрешаемых судами споров по данной категории дел». URL: <http://supcourt.ru/files/14890/>.

² Собрание законодательства РФ, 10.02.2014, № 6, ст. 550.

ных вопросов судебной практики, по которым в нижестоящих судах отсутствует единство.

Судебные акты классифицируются ВС РФ в зависимости от представленных в них подходов к отдельным вопросам. Затем избирается надлежащее, по мнению ВС РФ, разрешение спорного вопроса, которое представляется в виде тезиса и описательной части конкретного пункта разъясняющего постановления ВС РФ. Тезис составляется в виде кратко сформулированных основных выводов, позволяющих определить сущность изложенных в пункте спорных правоотношений, а также их решение.

Главенствующими документами, разрешающими спорные ситуации, являются принятые Пленумом ВС РФ постановления о порядке применения отдельных норм законодательства (далее – Постановления) и утвержденные постановлениями Президиума ВС РФ обзоры судебной практики (далее – Обзоры).

Согласно ч. 3 ст. 5 ФКЗ «О Верховном Суде РФ»¹ Пленум рассматривает материалы анализа и обобщения судебной практики и дает судам разъяснения по вопросам судебной практики в целях обеспечения единообразного применения законодательства РФ. Таким образом, цель постановлений Пленума не только обратить внимание судов на необходимость правильного толкования законов, но и обязать разрешать дела в точном соответствии с действующим федеральным законодательством.

Обзоры содержат в себе основные выводы, сделанные Президиумом ВС РФ, судебными коллегиями ВС РФ, а также нижестоящими судами по конкретным делам. Эти выводы предлагаются ВС РФ в качестве универсальных. Обзоры ВС РФ всегда основаны на конкретных делах и содержат ссылку к ним. В отличие от постановления обзор является результатом более сложного теоретического обобщения и обработки всего массива правоприменительной практики в одном из направлений². Как обзоры, так и постановления являются юридическими актами ВС РФ. Поэтому, их роль направлена на

¹ Федеральный конституционный закон от 05.02.2014 № 3-ФКЗ // Российская газета. № 27, 07.02.2014.

² См.: Шульга И.В. Правовая природа обзоров Верховного Суда РФ // Российский судья. 2006, №9 С.8.

достижение главной цели Верховного Суда РФ – отправление правосудия. В связи с этим справедливо полагать, что основная, но не единственная, функция обзоров и постановлений – обеспечить единообразное и правильное применение судами законов и подзаконных нормативных актов¹. Так, для правильного разрешения дел в будущем ВС РФ в Обзоре по делам по заявлениям прокуроров² привел пример из правоприменительной практики, в котором заместитель прокурора области обратился в суд с заявлением об обращении в доход РФ имущества ответчика. На основании представленных заместителем прокурора области доказательств, ответчик за три последних года, предшествующих отчетному периоду, приобрел имущество в размере 2 780 081 руб. В ходе рассмотрения дела выяснилось, что денежные средства, за счет которых было приобретено имущество, являются ранее накопленными кредитными средствами, о чем свидетельствует договор займа.

Суд, руководствуясь ст. 67 ГПК РФ, оценил представленные доказательства и пришел к справедливому выводу, что несмотря на неполноту представленных сведений о доходах, расходах, имуществе и обязательствах имущественного характера ответчика, представленный договор займа является действительным и «восполняющим данный пробел»³. При таких обстоятельствах, как отмечает ВС РФ, суд принял правомерное решение и отказал в удовлетворении заявленных прокурором требований. Стоит отметить, что речь идет скорее не о пробеле как отсутствии нормы права, а о неопределенности в интерпретации ст. 67 ГПК РФ, которая в будущем может повлечь к нарушению принципа единообразия и применения норм права и образованию пробела в законодательстве.

2. В пределах своей компетенции разрешение вопросов, связанных с международными договорами РФ.

¹ Там же. С.7.

² Обзор судебной практики по делам по заявлениям прокуроров об обращении в доход Российской Федерации имущества, в отношении которого не представлены в соответствии с законодательством о противодействии коррупции доказательства его приобретения на законные доходы // СПС «Консультант Плюс».

³ Там же.

Порядок заключения, выполнения и прекращения международных договоров РФ определяет Федеральный Закон от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»¹, в п. 1 ст. 1. Там же установлено, что международные договоры РФ заключаются, выполняются и прекращаются в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права, положениями самого договора, Конституцией РФ, названным Законом. В соответствии с п. 1 ст. 8 и п. 1 ст. 35 Федерального Закона «О Международных договорах» ВС РФ вправе по вопросам своего ведения представлять рекомендации о заключении международных договоров РФ, а также о прекращении или приостановлении действия международных договоров РФ в зависимости от характера затрагиваемых вопросов на рассмотрение Президента РФ или Правительства РФ.

Таким образом, на ВС РФ возложена функция по оценке влияния международных договоров на национальную правовую систему с учетом анализа и обобщения судебной практики. ВС РФ, сталкиваясь с коллизиями норм национального и международного права, может давать авторитетные рекомендации по усовершенствованию национального законодательства в части устранения противоречий норм международного и национального права, выявленных судебной практикой.

3. Публикация судебных актов ВС РФ, а также решение вопросов обеспечения доступа к информации о деятельности ВС РФ в соответствии с федеральными законами.

В рамках обеспечения Федеральных законов от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»² и от 22 декабря 2008 г. № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации»³ приказом Председателя ВС РФ

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

² Федеральный закон от 02.05.2006 № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» // Парламентская газета, № 70-71, 11.05.2006.

³ Федеральный закон от 22.12.2008 № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» // Парламентская газета, № 90, 31.12.2008.

от 14 января 2016 г. утвержден Порядок организации доступа к информации о деятельности ВС РФ¹, в приложениях к которому приведены:

- Положение о порядке размещения текстов судебных актов на официальном сайте ВС в сети Интернет;
- Положение о порядке ознакомления пользователей информацией с информацией о деятельности ВС РФ, находящейся в архивном фонде ВС РФ;
- Положение о порядке обнародования (опубликования) информации о деятельности ВС в средствах массовой информации и взаимодействия ВС РФ с редакциями средств массовой информации;
- Положение о порядке направления, регистрации и обработки запросов, поступающих в ВС РФ в виде электронных документов по сети Интернет.

Обеспечение ВС РФ открытого доступа к информации о деятельности суда, в том числе путем размещения в сети Интернет, получило дальнейшее развитие в рекомендациях, разработанных высшим судебным органом. Такие рекомендации, в частности, содержатся в Постановлении Пленума ВС РФ «Об открытости и гласности судопроизводства и о доступе к информации о деятельности судов»². Стоит отметить, что данное полномочие раскрывает информационный элемент ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве, поскольку опубликование официальных актов ВС РФ в сети Интернет обеспечивает реализацию принципов публичности, доступности, открытости, прозрачности, гласности судебного процесса.

4. Осуществление иных полномочия в соответствии с законодательством РФ.

К иным полномочиям можно отнести организационные. Внутри самого ВС РФ существует множество организационных взаимоотношений, которые способствуют процессуальной иерархичности структурных подразделений ВС РФ входящих в его состав. Организационные полномочий суда позволяют ему

¹ СПС «Консультант Плюс».

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.12.2012 № 35 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 3.

реализовать внутрисистемное управление, что является вспомогательным элементом проявления внешних функций судебной власти. Вследствие этого проблематика взаимосвязей, в том числе и взаимозависимостей различных частей внутри системы, требует постоянного исследования.

Внутрисистемное управление – это модель организационно-административной деятельности по созданию условий для осуществления правосудия, которая заключается в том, что административная функция по обеспечению правосудия осуществляется в рамках судебной ветви власти.

Организация внутрисистемного судебного управления обеспечивает выполнение основной функции – осуществление правосудия.

Названные законодательные установления представляют теоретическую, абстрактную модель деятельности ВС РФ. Для научно-обоснованного определения места ВС РФ в ОПМ устранения пробелов в законодательстве необходим системный подход: как субъект определенной системы механизма ВС РФ сам представляет собой систему, имеющую свою организацию и структуру. Из этого следует необходимость рассмотрения эмпирического материала, изучения внутренней структуры ВС РФ, обеспечивающей реализацию приведенных выше его полномочий. В противном случае переход от абстрактного к конкретному будет несостоятельным, не ориентированным на практический результат.

Основным структурным элементом ВС РФ является **Управление систематизации законодательства и анализа судебной практики ВС РФ** (далее – Управление). Деятельность Управления регламентируется Положением об аппарате ВС РФ¹ и Положением об Управлении систематизации законодательства и анализа судебной практики ВС РФ². В Управление входят:

– отдельные должности, не включенные в состав отделов³;

¹ Положение об аппарате ВС РФ (утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 04.03.2015) // СПС «Консультант плюс».

² Положение об Управлении систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда (утв. Приказом Председателя Верховного Суда РФ от 06.08.2015 г. №49-П) // СПС «Консультант плюс».

- отдел систематизации законодательства и анализа судебной практики в области гражданского судопроизводства;
- отдел систематизации законодательства и анализа судебной практики по делам об экономических спорах;
- отдел систематизации законодательства и анализа судебной практики в области уголовного судопроизводства;
- отдел систематизации законодательства и анализа судебной практики в области административного судопроизводства;
- отдел международного права;
- отдел статистического учета ВС РФ;
- библиотека ВС РФ;
- музей истории ВС РФ.

В рамках настоящего исследования следует рассмотреть следующие функции, связанные с установлением и устранением пробелов в законодательстве:

– ведение систематизированного учёта законодательства, учет общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров, поддержание их в контрольном состоянии и анализ и обобщение решений международных межправительственных, в том числе судебных, организаций, содержащих толкование норм международного права, являющихся обязательными для Российской Федерации.

В ВС РФ создана база данных «Международное право»¹, где в систематизированном виде размещаются тексты постановлений Европейского Суда по правам человека, принятых как в отношении Российской Федерации, так и иных государств-членов Совета Европы. Наряду с постановлениями ЕСПЧ в упомянутой базе данных размещаются и иные международные документы, содержание которых имеет значение для надлежащей реализации судами

³ Согласно информации, размещенной на сайте Верховного Суда <http://www.suprcourt.ru/> данные должности в настоящее время не используются, однако, как видится, указанный пункт включен для более удобного управления кадрами.

¹ См. также: Постановления Европейского Суда по правам человека, использованные в постановлениях и обзорах Верховного суда Российской Федерации (2010-2015)/ под общей редакцией В.Л. Ломбиной. М., 2016.

Российской Федерации общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации (например, рекомендации Комитета Министров Совета Европы, документы Европейской комиссии за демократию через право, Европейской комиссии по эффективности правосудия, документы международных органов, действующих под эгидой Организации Объединенных Наций). Указанная система также доступна для всех судов общей юрисдикции;

– подготовка отзывов, замечаний и предложений по проектам федеральных законов и иных нормативных правовых актов в соответствии с предметом ведения ВС РФ.

На сегодняшний день¹, согласно поисковой системе «Консультант Плюс», ВС подготовлено 553 официальных отзыва о внесении изменений в уголовный кодекс.

Подготовка официальных отзывов направлена на устранение ошибок, допущенных законодательными органами. Например, из-за пренебрежений правилами юридической техники в законопроектах отсутствует терминологическое единство, которое может негативно сказаться на правоприменительной практике. Так, в Проекте Федерального закона № 559740-5² были предложены значительные редакционные изменения ст. 272 Уголовного кодекса РФ в Примечание 1, где дается понятие компьютерная информация. «Под компьютерной информацией понимаются сведения (сообщения, данные), представленные в форме электрических сигналов, независимо от средств их хранения, обработки и передачи»³. ВС РФ в своем официальном отзыве⁴ указал, что термин «электрические сигналы» не вносит ясности в определение понятия и требует дополнительного пояснения⁵. Данный вопрос также

¹ По состоянию на 19.08.2021 г. СПС «Консультант Плюс».

² Проект Федерального закона № 559740-5 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «Консультант плюс».

³ Проект Федерального закона № 559740-5 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «Консультант плюс».

⁴ Официальный отзыв Верховного Суда РФ от 07.04.2011 № 1/общ-1583 «На проект Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные акты Российской Федерации» // СПС «Консультант плюс».

⁵ Там же.

обсуждался в литературе¹. Официальный отзыв ВС РФ имеет важное значение, поскольку без него дальнейшее рассмотрение законопроекта невозможно². Существует и иная точка зрения Д.А. Кучерявцева, согласно которой официальные отзывы ВС РФ на законопроекты «не являются актуальными на стадии законодательной инициативы»³, что является не верным, поскольку именно на стадии законодательной инициативы ВС РФ рассматривает и оценивает принципиальные вопросы, которые затрагиваются законопроектом и на основании правоприменительной практики выискивает противоречия и технические пробелы⁴;

– участие в подготовке предложений по совершенствованию законодательства и разработке законопроектов, вносимых ВС в порядке законодательной инициативы.

В порядке законодательной инициативы ВС РФ было внесено всего более 429⁵ законодательных инициатив. Как правило, указанная инициатива оформляется отдельным Постановлением Пленума для реализации в установленном порядке.

ВС РФ разрабатывает предложения по совершенствованию законодательства Российской Федерации (п. 6 ст. 2 Закона о ВС РФ). Так, 29 октября 2014 г. ВС РФ внес на рассмотрение в Госдуму проект федерального закона № 638178-6 «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации»⁶;

– подготовка ответов по запросам КС РФ.

¹ Яни П.С. Специальные виды мошенничества // Законность. 2015. № 8. С. 35 – 40.

² См.: Филатова Н.Ю. Сравнительно-правовой анализ уголовной ответственности за жестокое обращение с животными в Италии и России // Адвокатская практика. 2017. № 5. С. 61.

³ Кучерявцев Д.А. Правоотношение законодательной инициативы (на примере Российской Федерации и ее субъектов) // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 12. С. 41.

⁴ См. напр.: Официальный отзыв Верховного Суда РФ от 15.07.2013 № 1-ВС-3080/13 «На проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ По состоянию на 23.05.2020 г. СПС «Консультант Плюс».

⁶ См. подробнее: Бычков А. О новых инициативах Верховного Суда РФ // Новая бухгалтерия. 2015, № 1. С. 136 - 143.

Так, наиболее ярким является пример, в котором ВС РФ внес ясность по вопросу об обязательном обращении в комиссию, оценивающую рыночную стоимость объекта недвижимости, в своём письме от 8 февраля 2017 г., отвечая на запрос КС РФ.

В жалобе, поданной в КС РФ, истец обжалует конституционность норм КАС РФ, обязывающей присовокупить (добавить) положительное заключение эксперта к пакету документов для обжалования результатов оценки кадастровой стоимости, полагая, что они вносят неопределенность «и по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, – создают препятствия для реализации права на судебную защиту»¹ и противоречат Основному закону РФ.

КС РФ, вынося решение, сослался на ответ ВС РФ, в котором последний отмечает, что согласно нормам Федерального Закона «Об оценочной деятельности»²: «для оспаривания физическими лицами результатов определения кадастровой стоимости в суде предварительное обращение в комиссию не является обязательным, при предъявлении ими административного иска в суд, минуя комиссию, не требовалось представлять положительное экспертное заключение на отчет об оценке рыночной стоимости объекта недвижимости; с момента же признания утратившим силу абзаца шестого части шестнадцатой статьи 24.18 Федерального закона «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» на заинтересованных лиц не может возлагаться обязанность по получению указанного заключения в рамках процедуры досудебного разрешения спора о результатах определения кадастровой стоимости объекта недвижимости, становится неприменимым и положение пункта 5 части 2 статьи 246 Кодекса административного судопроизводства РФ, предусматривающее обязанность по приложению данного заключения к подава-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 09.03.2017 № 592-О // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 14.04.2017.

² Федеральный закон от 29.07.1998 № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» // Российская газета, № 148-149, 06.08.1998.

емому в суд административному исковому заявлению»³. Сославшись, в частности, на ответ ВС РФ, КС РФ отказал истцу в удовлетворении жалобы;

– обеспечение участия в межведомственных рабочих группах по разработке проектов международных договоров.

Данное полномочие Управления включает его в работу по усовершенствованию национального права с учетом практики применения международных договоров судами. Представитель Управления участвует в рабочих группах по разработке международных договоров, представляя, таким образом, интересы национальной судебной власти;

– анализ и обобщение практики рассмотрения судами гражданских дел, дел по разрешению экономических споров, уголовных, административных и иных дел, отнесённых к компетенции судов, образованных в соответствии с федеральным конституционным законом, в целях выявления вопросов, требующих разъяснений Пленума ВС РФ.

Как правило, такая работа над обобщением и анализом судебной практики отражается в обзоре¹ (всего 22), письме² (всего 45) или в ответе на вопросы³ нижестоящим судам (всего 6). В правовой литературе подчеркивается, что такие разъяснения в правоприменительной практике давно играют роль своеобразного источника права⁴

– участие в разработке проектов постановлений Пленума ВС РФ по результатам проведённого изучения судебной практики.

К разработке проектов постановлений Пленума привлекается весь судейский корпус ВС РФ, а также Научно-консультативный совет при Верховном Суде. Нередко в разработке и обсуждении проекта участвуют иные учре-

³ Определение Конституционного Суда РФ от 09.03.2017 № 592-О // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 14.04.2017.

¹ См., напр.: «Обзор судебной практики ВС № 2 (2017) // Солидарность. № 19, 17 - 24.05.2017 (извлечение).

² См., напр.: Письмо Верховного Суда РФ от 21.07.2004 № 52-код-2004. Об исчислении срока, установленного для обжалования судебных постановлений в порядке надзора // СПС «Консультант Плюс».

³ См. напр.: «Ответы на вопросы, поступившие из судов, по применению федеральных законов от 7 марта 2011 года № 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» и от 7 декабря 2011 года № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.06.2012) // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 11, ноябрь, 2012.

ждения, в частности Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

Управление участвует в написании проекта постановления Пленума в двух случаях. Во-первых, когда необходимо написать новый проект постановления Пленума, в зависимости от плана работы. Во-вторых, Управление привлекается к уже подготовленному проекту постановления Пленума для дачи разъяснений, замечаний и предложений для его доработки и внесения на рассмотрение Пленума ВС РФ.

В Управлении создается рабочая группа, и в зависимости от темы и отрасли права привлекаются сотрудники – от Начальника Управления до главных консультантов отделов, входящих в Управление. Далее, на совещании-семинаре, проводимом Управлением зачастую с участием Председателя ВС РФ, озвучиваются результаты проделанной работы по данному проекту.

Затем ответ направляется в адрес Пленума ВС РФ, где секретарь Пленума, являясь судьей Верховного Суда РФ, который не только организует подготовку его заседаний, обеспечивает ведение протокола, но и в контакте с председателями судебных коллегий, судьями, отделом обобщения судебной практики и другими подразделениями участвует в разработке проектов постановлений Пленума Верховного Суда РФ, производит действия, необходимые для их исполнения;

– подготовка обзоров судебной практики в соответствии с планом работы ВС и составление информационно-аналитических справок по поручению Руководства ВС РФ.

В зависимости от наработанной практики, запросов судей формируется внутренний План работы ВС РФ¹, в котором содержится краткое описание задач ВС РФ, в т.ч. обзор судебной практики.

Вопрос о правовой природе обзоров судебной практики как части общей проблемы нормотворчества высших судов поднимался неоднократно².

¹ Данный документ является внутренним и предназначен только для служебного пользования.

² См.: Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979; Судебная практика в советской правовой системе. Сб. статей. М., 1979; Тишкевич И.С. Являются ли руководящие указания Пленума Верховного Суда СССР источником права? // Советское государство и право. 1955. № 6; Марченко М.Н. Источники права:

Сегодня данная проблема вновь привлекла особое внимание. Во многом это связано внесением в Государственную Думу Верховным Судом законопроекта¹, которым, в том числе, предлагается дополнить перечень новых обстоятельств, служащих основанием для пересмотра вступивших в законную силу судебных решений. В их числе появятся обзоры судебной практики Верховного Суда, утвержденные Президиумом, в которых будут содержаться оговорки о возможности такого пересмотра.

Обзорам как одной из форм судебной практики и обеспечения ее единства не уделяется должного внимания, в большинстве случаев ученые-правоведы ограничиваются лишь рассмотрением постановлений Пленума Верховного Суда РФ². Это указывает на явную недооценку роли, которую играют обзоры в правоприменении. Обзорам, в силу их утверждения от лица высшего судебного органа, опубликования в его официальном издании и оперативности принятия неизменно придается существенное, а подчас и принципиальное значение в процессе правоприменения. На это указывает рост числа обзоров: 1993 г.- 6; 1994 г.-3; 1995 г.-3; 1996 г.-5; 1997 г.-7; 1998 г.-12; 1999 г.- 10; 2000г.- 11; 2001 г.- 15; 2002 г.- 11; 2003 г.- 11; 2004 г.-8; 2005 г.-11; 2006 г.-7; 2007г.- 7; 2008г.- 20; 2009 г.-13; 2010 г.- 8; 2011 г.-13; 2012 г.- 13; 2013 г.-14; 2014 г.- 15; 2015 г.-15; 2016 г.-18; 2017 г.-37; 2018 г. -17 ; 2019 г.- 19; 2020- 27.

Обзор статистических данных указывает, что рост числа обзоров увеличился в среднем в 7 раз, что говорит об оперативности их принятия и востребованности. Именно обзоры являются подчас единственным ориентиром для правоприменителя.

Учеб. пособие. М., 2005. Цит. по: Шульга И.В. Правовая природа обзоров Верховного Суда РФ // Российский судья. 2006, № 9. С.9.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11.12.2012 № 30 // Российская газета, № 295, 21.12.2012.

² См.: Судебная практика как источник права. Сб. статей. М., 2000; Марченко М.Н. Является ли судебная практика источником российского права? // Журнал российского права. 2000, № 12; Савельева О.А. Постановления Пленума Верховного Суда РФ: роль в уголовном судопроизводстве // Мировой судья. 2006, № 2. С. 31. Цит.по: Цит. по: Шульга И.В. Правовая природа обзоров Верховного Суда РФ // Российский судья, 2006, № 9. С.9.

Так, обзор судебной практики ВС № 2 (2017)¹ поставил точку в вопросе восстановления жилого помещения после пожара, в котором ВС РФ указал, что восстановленное помещение не является новым объектом, на который необходимо признание права собственности. Спор возник относительно земельного участка и права собственности на общий дом, который был уничтожен пожаром. К. и А. являлись собственниками дома и земельного участка, после пожара А. продал свою долю С., который начал демонтировать остатки дома, а также возводить новое здание на расстоянии трех метров от границы. К. попытался зарегистрировать право собственности на восстановленную первую половину прежнего дома, однако К. было отказано по причине того, что площадь дома и другие параметры не соответствовали указанным в кадастровом паспорте.

Рассмотрев иск потерпевшего, суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что «общий» дом был уничтожен пожаром, а потому право на такое имущество прекратилось в связи с его гибелью. Отреставрированная часть была признана новым объектом недвижимости, а поскольку истец строил его без получения необходимых разрешений и согласований, он является самовольной постройкой.

Другую позицию заняла коллегия ВС РФ: «Право собственности К. на сохранившуюся после пожара часть жилого дома, хоть и не было зарегистрировано, но являлось действительным, и истцу принадлежало право на восстановление имущества, пострадавшего при пожаре. Восстановление объекта не является созданием нового объекта, на который необходимо признание права собственности»². Таким образом, Верховный Суд РФ решил спорный вопрос восполнил пробел в законе.

Другой пример связан с неправильным применением права, где обзор практики ВС РФ³ разрешил спор между Государственным казенным учрежде-

¹ Обзор судебной практики ВС № 2 (2017) // СПС «Консультант Плюс».

² Определение Верховного Суда РФ от 25.10.2016 № 33-КГ16-12 // СПС «Консультант Плюс».

³ Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 12, декабрь, 2017.

нием города Севастополя «Управление по эксплуатации объектов городского хозяйства» и Управлением Федеральной антимонопольной службы по Республике Крым и городу Севастополю в пользу последнего. Определением Арбитражного суда Республики Крым от 27 июля 2017 по делу № А83-9771/2017 (далее - определение) приняты обеспечительные меры по делу о признании незаконными решения и предписания антимонопольного органа – в виде приостановления действия обжалуемых актов до вступления в законную силу судебного акта, которым закончится рассмотрение дела по существу.

Помимо официально публикуемых обзоров существуют обзоры внутреннего пользования. К примеру, отдел международного права в своих обзорах внутреннего пользования разъясняет правовые позиции ЕСПЧ по применению норм Конвенции, которые вызывают наибольшие вопросы у судей;

– систематизированный учёт и формирование базы данных судебной практики ВС РФ.

База данных содержит судебную практику: Верховного суда, Президиума и Пленума ВС РФ, также арбитражных судов надзорной, кассационной, апелляционной и первой инстанций, республиканских, областных и районных судов общей юрисдикции, мировых судей. База данных способствует поддержанию в контрольном состоянии нормативных актов, а также созданию поисковой системы, которая обеспечивает поиск необходимой информации среди массива актов, взятых на учёт;

– работа над проектами ответов на запросы судов, касающиеся проблем применения судами законодательства;

Ответы на вопросы могут содержаться как в самом обзоре ВС РФ, так и в отдельном документе, именуемом «ответы на вопросы, поступившие из судов по применению нормы». Всего таких ответов было 6. Ответы также публикуются в журнале «Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации» и построены по принципу вопрос – ответ.

Так, например, в одном из ответов¹ рассматривалось применение норм ФЗ № 323-ФЗ от 3 июля 2016 года², ФЗ № 326-ФЗ от 3 июля 2016 года³.

«Вопрос 1.1. Подлежат ли пересмотру и приведению в соответствие с новым уголовным законом на основании статьи 10 УК РФ вступившие в законную силу приговоры в отношении лиц, осужденных по части 1 статьи 116 УК РФ (в редакции Федерального закона от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ)?

Ответ. Если преступление было совершено в отношении лица, не являющегося для осужденного близким, приговор подлежит пересмотру, а осужденный – освобождению от наказания ввиду устранения преступности деяния. Действия такого осужденного не могут быть переквалифицированы на статью 116.1 УК РФ, диспозиция которой содержит иные признаки объективной стороны преступления и, в частности, такой криминообразующий признак, как совершение деяния лицом, подвергнутым административному наказанию за аналогичное деяние.

Вместе с тем, если в материалах уголовного дела (далее – дело) имеются сведения о том, что побои или иные насильственные действия совершены осужденным в отношении близкого лица, приговор пересмотру не подлежит, поскольку новый уголовный закон не улучшает его положение»⁴.

Примечательно, что в своих письмах ВС РФ имеет право отозвать из Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ тот или иной ответ на вопрос, тем самым ВС РФ создает новый институт исправления допущенных правоприменительных ошибок⁵;

¹ Ответы на вопросы, поступившие из судов, по применению Федеральных законов от 3 июля 2016 года № 323-ФЗ - 326-ФЗ, направленных на совершенствование уголовной ответственности за коррупционные преступления и преступления экономической направленности, а также оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности (вступили в силу с 15 июля 2016 года) // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 12, декабрь, 2016.

² Федеральный закон от 03.07.2016 № 323-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2016.

³ Федеральный закон от 03.07.2016 № 326-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2016.

⁴ Ответы на вопросы, поступившие из судов, по применению Федеральных законов от 3 июля 2016 года № 323-ФЗ - 326-ФЗ, направленных на совершенствование уголовной ответственности за коррупционные преступления и преступления экономической направленности, а также оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности (вступили в силу с 15 июля 2016 года) // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 12, декабрь, 2016.

⁵ Письмо Верховного Суда РФ от 30.07.2015 № 7-ВС-4873/15. Об отзыве ответа на вопрос № 5 Обзора законодательства и судебной практики ВС за четвертый квартал 2009 года // СПС «Консультант Плюс».

– подготовка материалов судебной практики для опубликования, участие в деятельности редакционной коллегии журнала «Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации».

В журнале публикуются постановления Пленума, Президиума, решения и определения коллегий по гражданским и уголовным делам, Военной Коллегии Верховного Суда РФ, постановления президиумов Верховных судов республик (в составе Российской Федерации), краевых и областных судов, печатает их обзоры, обобщения и комментарии по вопросам судебной практики. Несмотря на то, что журнал не является источниками права, его роль в установлении единообразного подхода в применении соответствующих норм весьма существенна¹. Журнал имеет 73028 подписок, среди которых Администрация Президента РФ, Управление по обеспечению деятельности мировых судей города Москвы и др;

– сбор данных статистической отчетности и формирование отчетов о результатах деятельности ВС РФ по рассмотрению гражданских дел, дел по разрешению экономических споров, уголовных, административных и иных дел, отнесенных к компетенции судов, образованных в соответствии с федеральным конституционным законом; и

– анализ данных судебной статистики о деятельности судов общей юрисдикции, арбитражных и иных судов, образованных в соответствии с федеральным конституционным законом, во взаимодействии с Судебным департаментом при ВС РФ.

Статистический учет, осуществляемый отделом статистического учета ВС РФ Управления – это система регистрации, обобщения и изучения массовых, качественно однородных социально-экономических явлений в масштабе страны, которая является инструментом влияния на законодательство, поскольку используется органами власти и управления для принятия управленческих решений.

¹ Свечникова И.В. Авторское право: Учебное пособие. М., 2009. С.10.

На сегодняшний день на сайте ВС РФ представлено 17 обзоров статистических данных¹;

– участие в планировании и организации работы семинаров по повышению квалификации судей и работников аппарата ВС РФ.

Считается, что служебно-практическая форма обучения в виде семинаров-совещаний обеспечивает высокую эффективность и работоспособность судей. Так, например, результаты проведения семинаров показали, что судьями при осуществлении правосудия в целом правильно и единообразно применяются общепризнанные принципы и нормы международного права, а отдельные нарушения этих принципов и норм своевременно выявляются и устраняются².

Семинары-совещания помогают наглядно осветить проблемы, возникающие на практике, демонстрируют системную работу ВС РФ, направленную на обеспечение единообразия судебной практики. В 2018 году было принято 17 Постановлений Пленума ВС РФ, которые содержат более 400 правовых позиций по вопросам правоприменения³. На семинарах освещаются наиболее проблемные вопросы, встречающиеся в судебной практике, демонстрируется весь спектр статистических данных деятельности судебной системы, а также формулируются конкретные законодательные рекомендации. 12 февраля 2019 года на совещании-семинаре судей судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации В.М. Лебедев привел статистические данные обращений в суд, отметив, что за 2018 год через систему электронной подачи документов было подано 1 млн обращений, почти в двое больше, чем в 2017 году. И для эффективной судебной деятельности и дальнейшего развития электронного правосудия «необходимо законодательно закрепить обязанность организаций и органов направлять в суд все

¹ Официальный сайт Верховного Суда РФ // URL: <http://www.supcourt.ru/>.

² См., напр.: Хориноев А.О. Принципы Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в совершенствовании практики судов Республики Бурятия // Администратор суда. 2015, № 1. С. 38.

³ Доклад Председателя Верховного Суда РФ Вячеслава Лебедева на совещании-семинаре судей судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации (Москва, 12 февраля 2019 года). URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/video_archive/27607/.

процессуальные документы исключительно в электронном виде»¹. Из этого следует, что для дальнейшего развития законодательства необходимо детально изучить материалы, представленные на семинаре, в частности статистические данные, конкретные предложения судей и председателя ВС РФ, которые позволят выявить дефект в законодательстве и предложить пути его реформирования. Для обеспечения этой деятельности необходимо обеспечить присутствие не только судей и работников аппарата суда, но и представителей законодательной власти.

Целесообразно подчеркнуть, что вышеперечисленные функции раскрывают внутреннюю деятельность Управления, и обосновывают значимость организационной составляющей механизма установления и устранения пробелов в законодательстве, поскольку в процессе взаимодействия отдельных структурных элементов Управления обеспечивается единообразие судебной практики.

Следующим структурным вспомогательным подразделением, занимающимся организационной деятельностью Верховного суда РФ, является **Судебный департамент**, создание которого явилось важным шагом в направлении дальнейшего совершенствования российской судебной системы, укрепления ее самостоятельности и независимости при осуществлении правосудия².

Председатель Верховного Суда РФ В.М. Лебедев отметил, что к числу достижений судебной реформы необходимо отнести создание Судебного департамента при Верховном Суде РФ, который взял на себя функции обеспечения деятельности судов общей юрисдикции, осуществления мер по совершенствованию механизма финансирования судебной системы, а также обязанности по материально-техническому обеспечению, автоматизации, делопроизводству и организации работы судов, обучению персонала, осуществ-

¹ Доклад Председателя Верховного Суда РФ Вячеслава Лебедева на Совещании-семинаре судей судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации (Москва, 12 февраля 2019 года). URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/video_archive/27607/

² См.: Правосудие в современном мире: Монография. / Под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. М., 2012. С. 369.

лению внешних связей¹. Деятельность Судебного департамента регламентирована Федеральным законом «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации»². Организация деятельности Судебного департамента осуществляется в соответствии с Административным регламентом Судебного департамента при Верховном Суде РФ³, а в ст. 2 Федерального закона «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации»⁴ определена система Судебного департамента при ВС РФ, в которую входят Судебный департамент, а также управления Судебного департамента в субъектах РФ и создаваемые им учреждения (п. 1).

В пункте 1 ст. 6 Федерального закона «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации» перечислены полномочия Департамента, к которым, в частности, относятся:

1) организационное обеспечение деятельности федеральных судов, органов и учреждений Судебного департамента, а также Всероссийского съезда судей и образуемых им органов судейского сообщества (подп. 1).

Под организационным обеспечением деятельности следует понимать исполнение Судебным департаментом всего необходимого комплекса мер в виде соответствующих действий, направленных на возможность федеральных судов осуществлять надлежащее и своевременное отправление правосудия;

2) изучение организации деятельности судов и разработка предложений о ее совершенствовании (подп. 5).

В этих целях Судебный департамент осуществляет проверки уровня организационного обеспечения деятельности районных (городских) судов, гарнизонных военных судов, изучает состояние организационного обеспечения деятельности судов по всем направлениям организационного обеспече-

¹ Лебедев В. От Концепции судебной реформы к новым идеям развития судебной системы // Российская юстиция. 2000. № 3. С. 2 - 5.

² Федеральный закон от 08.01.1998 № 7-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 12.01.1998, № 2, ст. 223.

³ Приказ Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 23.01.2009 № 3 «Об утверждении Административного регламента Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Федеральный закон от 08.01.1998 № 7-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации» // Российская газета. № 6, 14.01.1998, № 80, 24.04.1998.

ния, определённым Федеральным законом от 8 января 1998 г. № 7¹, а также в соответствии с Методическими рекомендациями по проведению комплексных, целевых и контрольных проверок управлений (отделов) Судебного департамента в субъектах Российской Федерации² и ежегодно утверждаемыми планами;

3) решает проблему кадрового обеспечения судов (подп. 7, 8). В этих целях Судебный департамент реализует организационно-правовую функцию по обеспечению деятельности судейского сообщества, в частности экзаменационных комиссий по приему квалификационного экзамена на должность судьи, квалификационных коллегий судей в субъектах РФ. Сотрудники Судебного департамента выступают в качестве секретарей квалификационных коллегий судей, оказывают им содействие в проведении проверочных мероприятий и подготовке личных дел кандидатов на должности судей, реализуют организацию психологического обследования при изучении личности кандидатов на должности судей.

Системно осуществляется мониторинг данных о количестве вакансий в судах, анализируются данные о причинах наличия вакансий, принимаются меры для повышения качественного уровня судебных кадров³;

4) принятие мер по материально-техническому и иному обеспечению деятельности органов и учреждений Судебного департамента (подп. 14).

Передача от Минюста России новому федеральному органу функций по финансовому обеспечению судов общей юрисдикции означает сепарацию судебной власти от исполнительной. По существу, это было практическое воплощение конституционного принципа разделения властей. Впервые судебное сообщество получило полномочия контролировать собственный бюджет. Это была новаторская идея создания федерального государствен-

¹ Там же.

² Утв. приказом Судебного департамента от 13 октября 2011 г. № 184.

³ См. подробнее: Интервью Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации Гусева А.В. журналу «Законодательство» Право для бизнеса № 1/2017. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=59&item=3687>.

ного органа, работающего в интересах судебного сообщества и под его контролем.¹;

5) организация проведения научных исследований в области судебной деятельности и их финансирование (подп. 14);

б) разработка и совершенствование единого информационного пространства судебной системы (подп. 16.1.), а также оптимизация внутрисистемной электронной коммуникации, создание центра обработки данных и модернизации программного функционала прикладных подсистем, где отдельное внимание уделено обеспечению автоматизированного межведомственного взаимодействия с органами государственной власти РФ с использованием системы межведомственного электронного взаимодействия (СМЭВ)²;

7) осуществление иных мер по обеспечению деятельности судов, органов судейского сообщества, а также органов и учреждений Судебного департамента (подп. 21), а также иных организационных полномочий.

Кроме того, в связи с упразднением ВАС РФ в ст. 19 указанного Федерального закона установлено, что организационное обеспечение деятельности арбитражных судов округов, арбитражных апелляционных судов, арбитражных судов субъектов РФ, специализированных арбитражных судов осуществляется Судебным департаментом при ВС РФ.

Представление о том, что Судебный департамент занимается лишь организационной, финансовой и материально-технической деятельностью³, значительно ограничивает спектр вопросов, решение которых возлагается на данную структуру. Помимо перечисленных функций Судебный департамент

¹ См. подробнее: Интервью Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации Гусева А.В. журналу «Законодательство» Право для бизнеса № 1/2017. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=59&item=3687>.

² См. подробнее: Интервью Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации Гусева А.В. журналу «Законодательство» Право для бизнеса № 1/2017. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=59&item=3687>.

³ Безлепкина О. В. Административно-правовая организация деятельности Судебного департамента при Верховном Суде РФ на системной основе (по материалам Дальневосточного федерального округа): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Хабаровск, 2012. См. также: Шутилин В.Ю. Судебный департамент при Верховном Суде РФ в субъектах Российской Федерации: административно-правовые вопросы организации и деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Воронеж, 2008.

осуществляет нормотворчество (несмотря на то, что Судебный департамент не правомочен издавать (принимать) общеобязательных нормативных актов – речь идет только о праве разрабатывать их проекты)¹.

Так, например, у суда общей юрисдикции нет полномочия извещать лицо о принятии его заявления. Такая обязанность предусмотрена лишь при оставлении заявления без движения (ч. 1 ст. 136 ГПК), однако и в данном случае процессуальным законом не установлен срок, в течение которого суд должен известить лицо об оставлении заявления без движения, также не предусмотрена и обязанность суда направлять ему копию соответствующего определения. Данный пробел приводит к тому, что, получив извещение об оставлении заявления без движения (которое на практике часто оформляется письмом), но не получив копию определения, заявитель по существу обречен на пропуск срока обжалования, который исчисляется с момента вынесения определения. К тому же правоприменительная практика не допускает обжалование писем, только определений. Вместе с тем необходимо отметить, что в случае отказа в принятии искового заявления новый ГПК (2002 г.) обязал суд вручить или отправить заявителю соответствующее определение в течение пяти дней со дня поступления в суд (ч. 2 ст. 134). Аналогично решается вопрос и в отношении определений о возвращении искового заявления (ч. 2 ст. 135 ГПК).

Указанный пробел в ГПК восполняется инструкциями по судебному делопроизводству, утверждаемыми Судебным департаментом при Верховном Суде Российской Федерации, в которых решается ряд сугубо процессуальных вопросов². Следует признать, что отдельные положения Инструкции³

¹ Федеральный закон от 08.01.1998 № 7-ФЗ «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации» // Российская газета. № 6, 14.01.1998, № 80, 24.04.1998.

² Шамшурин Л.Л. Взгляд на порядок решения вопроса о принятии исковых заявлений, извещение заявителей о движении дела в гражданском судопроизводстве через призму доступности правосудия // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 3. С. 18.

³ Приказ Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29.04.2003 № 36 // Бюллетень актов по судебной системе. № 6, июнь, 2018 (Приказ, Инструкция).

объективно способствуют обеспечению прав лиц, обращающихся в суд, и иных участников процесса¹.

Необходимо отметить, что введение в судебной системе России так называемого организационного органа в лице Судебного департамента при ВС РФ — это новый шаг в совершенствовании организационного обеспечения деятельности судов общей юрисдикции². По мнению Д.А. Фурсова, произошедшие изменения в судебной реформе «создают более благоприятные условия для отправления правосудия. Качественно повысилась материально-техническая оснащенность всех судебных учреждений, улучшилось содержание судей, усилена специализация в их работе, принимаемые судебные акты имеют открытый доступ, являются общим достоянием»³. М.М. Магомедов в своем интервью также отметил организационную значимость Судебного департамента, а также признал целесообразность разработки и принятия специального законодательства о статусе работников аппаратов судов выделяя судебную службу в самостоятельный вид госслужбы, что позволит устранить существующие пробелы⁴.

Деятельность Судебного департамента при ВС РФ и его структур в субъектах Федерации оказалась востребованной, способствовала восполнению пробелов в законодательстве, укреплению демократического потенциала судов и окончанию становления судебной власти, сфокусированной на разрешении вопросов юрисдикции⁵.

Следующим структурным подразделением Верховного Суда РФ, оказывающим научно-консультативную помощь, является **Научно-консультативный совет (далее – НКС)**, основной задачей которого является подготов-

¹ Приходько И.А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. СПб., 2005. С. 229

² См.: Интервью с начальником Главного управления организационно-правового обеспечения деятельности судов Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации Е.В. Голошумовым // Администратор суда. 2013. № 1. С. 2 - 5.

³ Фурсов Д.А., Харламова И.В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам: В 3 т. М.: Статут, 2009. Т. 1. Теория и практика организации правосудия. С. 141– 142.

⁴ Интервью председателя Четвертого апелляционного суда общей юрисдикции М.М. Магомедова // Судебный вестник Нижегородской области №2 (64), 2021. С. 10.

⁵ См.: Корякин И.И. Административно-правовое обеспечение деятельности судов общей юрисдикции в субъектах Российской Федерации // Административное право и процесс. 2013, № 11. С. 70, 71.

ка научно обоснованных рекомендаций по принципиальным вопросам судебной практики. НКС действует на основании Положения о Научно-консультативном совете при Верховном Суде Российской Федерации, утверждено Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 07.08.2014 № 8¹.

Задачей НКС является изучение вопросов, возникающих в судебной деятельности, и разработка соответствующих рекомендаций: а) по проектам постановлений Пленума Верховного Суда, содержащих разъяснения по применению законодательства, и по материалам обобщений судебной практики и судебной статистики; б) по проектам законов, которые Верховный Суд разрабатывает как обладатель права законодательной инициативы, а также по законопроектам, на которые Верховный Суд готовит замечания и поправки; в) по проектам инструкций, методических писем и иных документов, разрабатываемых Верховным Судом; г) по вопросам правового характера, возникающим в судебной практике².

Также перед НКС стоит задача оказания методической помощи в организации работы научно-консультативных советов, образованных при верховных судах республик, краевых и областных и соответствующих им судах, а также при арбитражных судах субъектов Российской Федерации, арбитражных апелляционных судах, арбитражных судах округов.

Члены НКС участвуют в изучении и обобщении судебной практики, в работе по повышению квалификации судебных работников, выполняют поручения по разработке проектов научно обоснованных рекомендаций и заключений, выполняют другие поручения, вытекающие из Положения об НКС и планов работы совета.

НКС при Верховном Суде РФ проводит большую работу по повышению качества подготовки вопросов, связанных с обобщением и изучением судебной практики. Эта работа выражается в виде решений Верховного Суда РФ, которые представляют собой особое правовое явление, преследующее цель обеспе-

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. № 10, 2014.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 07.08.2014 № 8. «Об утверждении Положения о Научно-консультативном совете при Верховном Суде Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

чения единообразия судебной практики и, в конечном счете, законности в правоприменительной деятельности судебных органов.

Зачастую в решениях Верховного Суда РФ содержится положение, которое включает в себя правовые аргументы и частные выводы, образующие умозаключение, являющееся достаточным для того, чтобы стать полноценной нормой. И именно на эти умозаключения ориентируется законодатель при подготовке законопроекта. Так, например, Верховный Суд РФ в своем Определении от 05 сентября 2012 № 5-КФ12-2512¹ указал на то, что в отличие от родителей, лишенных родительских прав, усыновители не могут быть восстановлены в родительских правах, поэтому аналогия права применена быть не может. Это связано с тем, что правовые основания и последствия отмены усыновления не совпадают с последствиями и основанием лишения либо ограничения родительских прав².

В другом примере, в пояснительной записке к законопроекту «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»³, законодатель также ссылается на позиция ВС РФ, который дает определение стационарного торгового объекта, которого не было в законе. Автор законопроекта его процитировал и указал, что воздушные суда не относятся к стационарным торговым объектам.

Перечисленные выше примеры демонстрируют, что в позициях ВС РФ зарождаются новые правовые нормы, которые заслуживают имплементации в законодательство. Однако «решения отдельных судов по отдельным (знаковым)

¹ Определение Верховного Суда РФ от 05.09.2012 № 51-АПГ12-10 // СПС «Консультант плюс».

² Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации в части восстановления усыновителей в родительских правах» // СПС «Консультант плюс».

³ Проект Федерального закона № 66697-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (окончательная ред., принятая ГД ФС РФ 21.07.2017);

делам чаще всего остаются без внимания»⁴. При этом, в связи с ограниченностью предметов ведения ВС РФ в части права законодательной инициативы, необходима форма выражения рекомендаций ВС РФ по внесению изменений в законодательство, которая не возлагала бы на ВС РФ несвойственных ему функций. Принимая во внимание рассмотренную внутреннюю структуру ВС РФ, а также объем обязанностей, возложенных на структурные подразделения ВС РФ, допустимым представляется внести следующие изменения в нормативные акты, утверждающие указанную структуру.

1. Дополнить положение об аппарате Верховного Суда Российской Федерации, предусмотрев наличие у Управления систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации полномочия осуществлять мониторинг судебных решений, в которых был установлен и восполнен пробел в законодательстве, и направлять результаты данного анализа в Научно-консультативный совет при Верховном суде Российской Федерации.

2. Дополнить Положение о Научно-консультативном совете при Верховном Суде Российской Федерации, обязав данный совет рассматривать на своих заседаниях результаты мониторинга судебных решений, в которых был установлен и восполнен пробел в законодательстве, и публиковать в открытом доступе протоколы заседаний указанного совета, содержащие выводы о системе нормативно-правового регулирования, требующего изменений в связи с рассмотренными судебными решениями.

§ 4. Установление пробелов в российском законодательстве органами исполнительной власти

1. Участие органов исполнительной власти в ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве

⁴ Лазарев В. В. Восприятие законодателем судебного права // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10, № 2. С. 163.

Министерство юстиции Российской Федерации (далее – Минюст России, Минюст) является федеральным органом исполнительной власти (далее – ФОИВ), осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в установленной сфере деятельности, а также в сфере исполнения уголовных наказаний, адвокатуры и нотариата, обеспечения установленного порядка деятельности судов и исполнения судебных актов и актов других органов, регистрации общественных объединений, религиозных организаций и политических партий¹. Руководство его деятельностью осуществляет Президент Российской Федерации.

Минюст, являясь ФОИВ, в пределах своей компетенции осуществляет принятие нормативных актов. Нормативные акты ФОИВ разрабатываются согласно правилам, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 13.08.1997 № 1009² (далее – Правила).

В силу п. 1 Правил, нормативные правовые акты ФОИВ «издаются на основе и во исполнение федеральных конституционных законов, федеральных законов, указов и распоряжений Президента Российской Федерации, постановлений и распоряжений Правительства Российской Федерации, а также по инициативе федеральных органов исполнительной власти в пределах их компетенции»³. Минюст осуществляет подготовку проектов НПА согласно ежегодному плану, утвержденному руководителями федеральных органов исполнительной власти, которые принимаются в виде постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций и положений (п.2.).

Согласно п. 5 Правил, осуществляя подготовку проекта НПА, изучается российское законодательство, относящееся к теме, договоры, разграничивающие предмет ведения и полномочия органов государственной власти Федерации и субъектов, практика применения соответствующих нормативных правовых актов, периодические издания, правовая научная литература,

¹ Указ Президента РФ от 13.10.2004 № 1313 «Вопросы Министерства юстиции Российской Федерации» //Собрание законодательства РФ, 18.10.2004, № 42, ст. 4108.

² Постановление Правительства РФ от 13.08.1997 № 1009 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» // Собрание законодательства РФ, 18.08.1997, № 33, ст. 3895.

³ Там же.

помимо прочего при подготовке проекта НПА изучаются проведенные по теме социологические и иные исследования. При подготовке нормативного правового акта проводится 2 вида экспертиз: правовая и антикоррупционная.

Однако, как отмечено в научной литературе, данный пункт не соблюдается на практике, из-за чего НПА имеют узкопрофильный характер и оторваны от жизни¹.

В.П. Уманская справедливо отмечает, что нормативные акты органов исполнительной власти могут быть неэффективными по следующим причинам:

- 1) они могут отставать от экономического развития;
- 2) они могут обгонять реальные общественные отношения или их не учитывать;
- 3) они могут либо отставать от вышестоящих действующих норм, например, федеральных законов, либо, наоборот, сдерживаться ими в развитии².

Для целей устранения подобных несоответствий в 2010 году была предусмотрена система перспективной³ и ретроспективной⁴ оценки регулирующего воздействия, необходимость которой для отдельных нормативных актов органов исполнительной власти также предусмотрена п. 3(1) Правил.

Особенностью системных связей нормативных актов в правовой системе является их единство. Нормативные акты органов исполнительной власти, принятые с целью исполнения положений федеральных законов и иных вышестоящих норм, выполняют функцию оперативного регулирования и подвержены постоянным изменениям. В. П. Уманская отмечает: «Стабильность системы правовых актов органов исполнительной власти возникает благодаря наличию различных видов связей между элементами. В результате существования дан-

¹ См. подробнее: Административная реформа в России. Научно-практическое пособие / Е.К. Волчинская, Н.А. Игнатюк, Н.М. Казанцев и др.; под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2006. 352 с.

² См.: Уманская В.П. Правовые акты органов исполнительной власти: системный подход: монография. М., 2014. С. 211-212.

³ Указ Президента РФ от 07.05.2012 № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления»; Постановление Правительства РФ от 17.12.2012 № 1318 «О порядке проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и проектов решений Евразийской экономической комиссии, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации».

⁴ Постановление Правительства РФ от 30.01.2015 № 83 «О проведении оценки фактического воздействия нормативных правовых актов, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации».

ных связей изменения в системе происходят не хаотично, а на планомерной основе. Если какие-либо правоотношения изменяются и требуют корректировки правового регулирования, то, как правило, поправки приходится вносить одновременно в несколько правовых актов. Это приводит к тому, что система правовых актов утрачивает такое свойство, как мобильность. Быстрота и относительно простой порядок принятия правовых актов органов исполнительной власти по сравнению с законодательными актами утрачивает своё значение, если речь идет о необходимости внесения комплексных изменений»¹. В этой связи В.П. Уманская приходит к выводу: «... при издании правовых актов необходимо проводить серьезный анализ состояния их системы, определять степень их необходимого воздействия и исследовать последствия оказываемого ими правового регулирования. Принимая во внимание наличие критических состояний системы правовых актов, можно выработать качественные управленческие воздействия, избегать излишнего правового регулирования, предотвращать состояния, при которых система теряет устойчивость, нарушаются функциональные связи между правовыми актами либо возникает незапланированный переход системы из одного состояния в другое»².

Таким образом, одним из условий гармоничного правового регулирования является соответствие законодательства и подзаконных нормативных актов, а также оперативное реагирование указанной системы нормативных актов на общественные потребности. При этом нормативно-правовое регулирование органов исполнительной власти может более оперативно отвечать на возникающие проблемы в общественных отношениях по сравнению с законодательными актами. В свою очередь Правительство Российской Федерации, вовлеченное в процесс мониторинга исполнения законодательства и подзаконного регулирования, может инициировать наиболее актуальные законодательные инициативы.

Поскольку на Минюст возложены функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере юстиции, дан-

¹ Уманская В.П. Указ. соч. С. 134.

² Уманская В.П. Указ. соч. С. 151-152.

ное министерство вовлечено в анализ судебной практики, связанной с применением как законодательных, так и подзаконных нормативных актов. Кроме того, оно осуществляет координацию иных ФОИВ в сфере юстиции. Изложенное позволяет заключить, что именно Минюст России в системе органов исполнительной власти является наиболее важным элементом ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве в силу возложенных на него полномочий общего и специального характера.

Правовую основу деятельности Минюста России составляют:

- Положение о Министерстве юстиции РФ¹;
- Регламент Министерства юстиции РФ².
- Положение о Главном управлении Министерства по субъекту (субъектам) Российской Федерации³;
- Положение об Управлении Министерства по субъекту (субъектам) Российской Федерации⁴.

Минюст осуществляет нормотворческую, правоприменительную и надзорную функции, возлагаемые на него указами Президента РФ⁵ и постановлениями Правительства РФ.

Указом Президента РФ от 20.05.2011 № 657⁶ (далее – Указ № 657) было утверждено Положение о мониторинге правоприменения в Российской Федерации, в соответствии с которым Минюст России осуществляет сбор материалов о результатах мониторинга правоприменения от федеральных органов исполнительной власти и от органов государственной власти субъектов Российской Фе-

¹ Положение о Министерстве юстиции Российской Федерации утвержден Указом Президента Российской Федерации от 13.10.2004 № 1313 // Российская газета, № 230, 19.10.2004.

² Приказ Минюста России от 27.01.2010 № 8 «Об утверждении Регламента Министерства юстиции Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 13, 29.03.2010.

³ Приказ Минюста России от 03.03.2014 № 25 «Об утверждении Положения о Главном управлении Министерства юстиции Российской Федерации по субъекту (субъектам) Российской Федерации и Перечня главных управлений Министерства юстиции Российской Федерации по субъектам Российской Федерации» // Российская газета. № 65, 21.03.2014.

⁴ Приказ Минюста России от 03.03.2014 № 26 «Об утверждении Положения об Управлении Министерства юстиции Российской Федерации по субъекту (субъектам) Российской Федерации и Перечня управлений Министерства юстиции Российской Федерации по субъектам Российской Федерации» // Российская газета. № 68, 26.03.2014.

⁵ Указ Президента РФ от 09.03.2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // Российская газета. № 50, 12.03.2004.

⁶ Указ Президента РФ от 20.05.2011 № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // Российская газета. № 110, 25.05.2011.

дерации, а также подготовку плана мониторинга на следующий год. На основе полученных данных о мониторинге Минюст готовит проект доклада Правительства РФ о мониторинге правоприменения, который в дальнейшем направляется Президенту РФ.

Минюстом были разработаны рекомендации¹ для федеральных органов исполнительной власти, а также для законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации. В указанных рекомендациях отмечено, что в Минюст следует направлять предложения по принятию или изменению нормативных правовых актов Российской Федерации до 1 июня. По результатам мониторинга могут быть сделаны выводы о необходимости внесения изменений в законодательство Российской Федерации либо о корректировке правоприменительной практики.

Также в Рекомендациях предлагается привлекать к деятельности по мониторингу правоприменения как можно более широкий круг профессиональных юристов, представителей научной школы, правозащитных и общественных организаций, бизнес-сообщества, средств массовой информации. В случае выявления недостатков в правоприменительной практике рекомендовано ставить вопрос о подготовке разъяснений правоприменительным органам о применении законодательства в определенной сфере, в том числе такие разъяснения могут готовиться судебными органами по вопросам судебной практики.

Таким образом, исходя из целей мониторинга правоприменения, а также обязательного и рекомендуемого порядка его осуществления, данная деятельность предполагает взаимодействие законодательных, исполнительных и судебных органов по вопросам принятия законодательных и иных правовых актов, а также разъяснения действующего законодательства. На Минюст возлагаются полномочия по координированию данной деятельности, определению порядка вертикального и горизонтального взаимодействия органов власти, отслеживания взаимосвязи законодательства, подзаконного регулирования и правоприменения. Важным элементом такой координации является

¹ Рекомендации по вопросам организации деятельности по мониторингу правоприменения, сбора информации и привлечения лиц и организаций к процессу мониторинга правоприменения // СПС «Консультант Плюс».

взаимодействие Минюста с законодательными (представительными) органами субъектов Российской Федерации.

Рассматривая результаты деятельности Минюста в области мониторинга правоприменения, можно отметить высокое качество итоговых докладов о результатах мониторинга. Вместе с тем тот потенциал, который заложен в процедуру данного мониторинга в части установления и устранения пробелов в законодательстве, можно полагать не реализованным со всей полнотой.

В деятельности Минюста важную роль играет принцип информационной открытости, доведения результатов деятельности данного органа до всеобщего сведения. На Интернет-портале Минюста России¹ (далее – Портал Минюста) размещается следующая информация:

- нормативные правовые акты в сфере мониторинга правоприменения (подраздел содержит перечень нормативных актов в области планирования и порядка осуществления мониторинга правоприменения);
- формы и методические материалы (подраздел содержит образцы форм для заполнения планов и результатов мониторинга правоприменения федеральными и региональными органами исполнительной власти);
- мониторинг правоприменения решений Конституционного Суда Российской Федерации (подраздел содержит перечень решений КС, в рамках которого приняты и требуется принять нормативные правовые акты);
- доклады Президенту Российской Федерации о результатах мониторинга правоприменения (подраздел содержит доклады за 2011-2019 гг.);
- предложения по совершенствованию нормативных правовых актов Российской Федерации (информация готовится к публикации с 14.12.2011);
- инкорпорация правовых актов СССР и РСФСР в законодательство Российской Федерации (подраздел содержит перечень НПА которые регулируют деятельность по пересмотру и отмене нормативных правовых актов

¹ Официальный сайт Министерства юстиции Российской Федерации <https://minjust.gov.ru/ru/>

СССР и РСФСР и их дальнейшей имплементации в российское законодательство)¹;

– конференция по мониторингу правоприменения (доступ запрещен).

Ранее раздел сайта также содержал 2 подраздела:

– информация о практике применения нормативных правовых актов Российской Федерации (в последний раз информация была обновлена 13.11.2017 и содержала один документ: Практика Верховного Суда Российской Федерации по делам об оспаривании нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, регулирующих вопросы капитального ремонта общего имущества в многоквартирных домах по состоянию на 10 ноября 2017 г.)²;

– разъяснения по вопросам судебной практики (информация готовилась к опубликованию с 14.12.2011).

Как видно из представленного перечня открытой информации о деятельности Минюста в области мониторинга правоприменения, реализация таких рекомендаций, как информация о практике применения законодательства в отдельных сферах, перечень разъяснений по вопросам судебной практики, предложения по совершенствованию нормативных правовых актов планировались к размещению, но их размещения не состоялось. Вместе с тем, как представляется, указанная работа позволила бы обеспечить качественный открытый диалог федеральных органов исполнительной власти, органов законодательной и судебной власти. Разъяснения органов исполнительной власти, публикуемые в форме письменных рекомендаций в ответ на поступающие к ним обращения, могли бы оцениваться Минюстом в рамках мониторинга правоприменения с учетом судебной практики и предложений по совершенствованию законодательства, что исключило бы разногласия органов исполнитель-

¹ Стоит отметить, что данный раздел имеет особое значение, поскольку направлена на реализацию плана по регулированию механизма «регуляторной гильотины». Данная дорожная карта имеет два основных направления действия. С одной стороны, это дисквалификация до 1 января 2021 г. всех устаревших нормативных правовых актов, соблюдение которых требует проведения контрольно-надзорных мероприятий. С другой - это создание современной нормативной правовой базы, включающей внедрение технологии риск-ориентированного подхода.

² URL: <https://minjust.ru/ru/monitoring/monitoring-enforcement/information-about-npa-practice/praktika-verhovnogo-suda-rossiyskoy>

ной власти по отдельным вопросам горизонтального взаимодействия. При этом важно доведение результатов об указанной деятельности до всеобщего сведения, что обеспечит учет позиций Минюста и ФОИВ по вопросам правового регулирования и правоприменения, в том числе среди лиц, вовлеченных в мониторинг правоприменения.

Так, Министерство Юстиции Республики Словения в соответствии с Законом от 7 марта 2003 г. «О доступе к публичной информации» (ZDIJZ) (с изм. от 24 декабря 2015 г.)¹ через веб-сайты обеспечивает открытость и прозрачность принятия решений и разработку нормативных правовых актов в области юстиции, государственного управления и местного самоуправления путём публикации нормативных документов, отчетов, стратегий проводимой политики и других документов в сети Интернет. Благодаря публикации этих документов Министерство юстиции Словении увеличивает степень информированности заинтересованной общественности в действующих законах и правилах, обновлении законодательства в области правосудия, государственного управления и местного самоуправления.

Представленные на официальном сайте² Минюста сведения о результатах мониторинга правоприменения позволяют сделать вывод, что одной из задач мониторинга правоприменения, координируемого Минюстом, является устранение пробелов в законодательстве, *путем доведения сведений о выявленных дефектах законодательства* до всеобщего сведения следующими способами:

- публикация решений координационного совета при Минюсте;
- размещение информации о семинарах Минюста;
- обнародование сведений о процессе проведения и объектах мониторинга правоприменения.

Помимо отслеживания порядка реализации законодательства органами исполнительной власти, взаимодействия законодательных и подзаконных право-

¹ Zakon o dostopu do informacij javnega značaja, UPB2, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 51/06 URL: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/unpan/unpan034204.pdf>.

² Официальный сайт Министерства Юстиции РФ <http://minjust.ru/ru>.

вых актов, важнейшей составляющей установления и устранения пробелов в законодательстве является:

а) осуществление мониторинга правоприменения в целях выполнения решений КС и постановлений ЕСПЧ, в связи с которыми необходимо принятие (издание), изменение или признание утратившими силу (отмена) законодательных и иных нормативных правовых актов Российской Федерации;

б) координация мониторинга, осуществляемого федеральными органами исполнительной власти, и его методическому обеспечению;

Составляя доклада о мониторинге правоприменения, его авторы используют информацию федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, данные статистики, в том числе об обращениях граждан, а также вступившие в силу судебные решения и разъяснения Верховного суда РФ по вопросам судебной практики, сведения от научных, общественных и образовательных организаций¹.

Изложенное позволяет заключить, что Минюст является субъектом ОПМ установления и устранения пробелов в законодательстве, выполняющим координирующую функцию между судебной и исполнительной властью, осуществляющим систематизацию и доведение результатов мониторинга правоприменения до всеобщего сведения, ответственным за формирование законодательных инициатив Правительства Российской Федерации, связанных с устранением пробелов в российском законодательстве. В связи с этим Минюст России занимает координирующее место в рассматриваемом механизме, поскольку выступает в роли связующего звена между всеми ветвями власти.

2. Мониторинг решений КС РФ

В соответствии с Методикой осуществления мониторинга правоприменения в РФ² оперативный мониторинг осуществляется в течение первого года вы-

¹ Доклад о результатах мониторинга правоприменения в Российской Федерации за 2017 год // http://government.ru/dep_news/34519/.

² Постановление Правительства РФ от 19.08.2011 № 694 «Об утверждении методики осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации» // Российская газета. № 186, 24.08.2011.

полнения решений КС РФ (п.2); при осуществлении мониторинга правоприменения по вопросам выполнения решений КС РФ обобщается, анализируется и оценивается практика выполнения постановлений и определений КС РФ (п.5).

Согласно информации, содержащейся на сайте Минюста¹, в целях обеспечения исполнения решений КС РФ, а также «устранения пробела или противоречий в правовом регулировании»², в 2018 году было принято 19 законодательных актов, в 2019 г. – 27; в период с января по май 2020 г. – 5. В соответствующих законодательных актах рассмотрен широкий круг вопросов: сфера образования, избирательные права граждан, судебная система, социальная защита, миграционные права, статус военнослужащих, хранение и приобретение оружия, служба в органах внутренних дел, миграционный учет, а также иные вопросы в сфере уголовно-процессуального, бюджетного, жилищного, гражданского, административного законодательства.

Наряду с этим, согласно отчету Минюста, остаются неисполненными 33³ решения КС, требующие принятия дополнительного правового регулирования. Количество неисполненных постановлений составляет за 2020 год – 11; 2019 год – 7; 2018 год – 4; 2017 – 2; 2016 – 1; 2015 – 3; 2013 – 1; 2012 – 1; 2011 – 1; 2010 – 2.

Как было отмечено выше, Минюст России наделен правом принятия нормативных актов, конкретизирующих требования законодательства и подзаконного регулирования. Однако на сегодняшний день Минюстом не принято документов, раскрывающих критерии, согласно которым он определяет принятые во исполнение решений КС РФ законы, надлежащим образом исполняющими требования КС РФ.

Сам КС РФ отмечал в своих документах, что отдельные законопроекты, принятые во исполнение его решений, не соответствуют смыслу содержания постановлений КС РФ и могут повлечь повторное обращение заинтересован-

¹ Перечень решений Конституционного Суда Российской Федерации, во исполнение которых приняты нормативные правовые акты. URL: <https://minjust.ru/node/377933> (дата обращения 26.05.2020 г.).

² Доклад о результатах мониторинга правоприменения в Российской Федерации за 2018 год. URL: https://minjust.ru/sites/default/files/doklad_0.pdf

³ Перечень решений конституционного суда Российской Федерации, требующих принятия нормативных правовых актов. URL: <https://minjust.ru/node/377846>

ных лиц в КС РФ. Кроме того, отдельные постановления не исполняются в течение длительного периода, поскольку внесённые на рассмотрение Государственной Думы законопроекты снимаются с рассмотрения на неопределённый срок. В информационных документах КС РФ в качестве главной причины неисполнения отдельных решений КС РФ указывается отсутствие законодательно закреплённых общих сроков принятия федеральных законов во исполнение решений КС РФ, что также осложняется отклонением ГД РФ законопроектов, которые были разработаны во исполнение решений КС РФ. Только за июль 2018 года было отклонено 4 законопроекта¹.

В ст. 80 ФКЗ о КС РФ описаны организационные критерии (этапы) исполнения решений КС РФ. В общем виде данный механизм выглядит следующим образом:

1. Правительство РФ в шестимесячный срок после опубликования постановления КС РФ вносит в ГД РФ проект нового ФКЗ, ФЗ или ряд взаимосвязанных проектов законов либо законопроект о внесении изменений и (или) дополнений в закон, признанный неконституционным полностью или в части.

Несмотря на положительное заключение или официальный отзыв о законопроекте Правительство РФ вправе отложить внесение тех законопроектов, инициатором которых оно является.

2. Высшее должностное лицо субъекта в течение шести месяцев после опубликования решения КС РФ вносит необходимые изменения в конституцию (устав) субъекта Российской Федерации, отменяет признанный неконституционным закон субъекта РФ, принимает новый закон субъекта РФ или ряд взаимосвязанных законов либо вносит изменения и (или) дополнения в закон субъекта РФ, признанный неконституционным полностью или в части.

Если по истечении шестимесячного срока высшее должностное лицо субъекта не предпримет предусмотренные меры в связи с решением КС РФ, к нему применяется механизм ответственности, предусмотренный федеральным

¹ Информационно-аналитический отчет об исполнении решений Конституционного Суда Российской Федерации, принятых в ходе осуществления конституционного судопроизводства, в 2018 году. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Maintenance/Informationks/Pages/ReportKS2018.aspx>.

законодательством. Однако за всю историю существования Конституционного Суда прецедентов принудительного исполнения его решений либо привлечения к ответственности за неисполнение не было.

3. Президент РФ или Правительство РФ или высшее должностное лицо субъекта Федерации не позднее двух месяцев после опубликования постановления КС РФ отменяют не соответствующий Конституции РФ НПА или принимают новый нормативный акт либо вносят изменения и (или) дополнения в нормативный акт, признанный неконституционным в отдельной его части, или в нормативный акт в случае, если он либо отдельные его положения признаны соответствующими Конституции РФ.

Для глав субъекта также предусмотрен механизм ответственности, предусмотренный федеральным законодательством.

4. Федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Федерации, заключившие договор, признанный полностью неконституционным, не позднее 2 месяцев прекращают его действие.

Следовательно, ст. 80 ФКЗ о КС РФ содержит механизм исполнения его решений лишь в общем виде. Детально не определен механизм персональной ответственности должностных лиц федеральных органов за неисполнение или несвоевременное исполнение решений КС РФ; не определены сроки, причины и механизм перенесения рассмотрения законопроекта инициатором которого выступило Правительство РФ. Также необходимо констатировать, что из этого механизма выпало крайне важное звено - Министерство юстиции РФ, которое, как указывалось выше, играет важную роль в организации и контроле за правотворческой деятельностью органов Правительства РФ. Минюст постоянно проводит работу лишь по обобщению данных, требующих исполнения решений КС РФ, а также о текущем состоянии их реализации.

Исполнение решений КС РФ в большинстве случаев начинается с поручения Правительства РФ о разработке проекта закона, направленного на реализацию актов КС РФ. Одной из причин несвоевременного исполнения решений КС является сложный механизм разработки и согласования законопроек-

тов. Именно на этом этапе происходят длительные задержки. В связи с чем необходимо наделить Минюст полномочиями по организации и контролю выполнения решений КС РФ Правительством РФ и иными федеральными органами, органами власти субъектов Российской Федерации.

3. Мониторинг правоприменения судов общей юрисдикции, арбитражных судов и Верховного Суда Российской Федерации

Минюст на основе изучения правоприменительной практики, опираясь на разъяснения ВС РФ по вопросам судебной практики, а также сведений, поступивших от научных, общественных и образовательных организаций, с учетом статистической информации формирует ежегодный доклад.

Мониторинг правоприменения по отраслям законодательства за 2018 год включает в себя сферы противодействия коррупции, безопасности функционирования организаций оборонно-промышленного и других, критически важных и потенциально опасных объектов, лекарственного обеспечения населения, обращения с отходами производства и потребления, недропользования, деятельности негосударственных пенсионных фондов и др.

Анализ докладов о результатах мониторинга правоприменения в период с 2011 по 2018 год показал, что анализируемые отрасли законодательства в докладе постоянно меняются. Неизменными остаются сферы здравоохранения, образования, охраны окружающей среды, охраны труда, социальной защиты, противодействия коррупции, как правило, являющиеся наиболее чувственными в каждом государстве.

Доклад о мониторинге правоприменения включает 10-11 подразделов¹. В каждом подразделе Минюст:

- описывает достижения и недостатки правоприменительной практики;
- перечисляет принятые федеральные законы, подзаконные нормативные правовые акты;

¹ Исключение составил 2012 год, включающий в себя 30 подразделов.

- указывает на нереализованные положения федеральных законов;
- дает рекомендации законодателю и органам исполнительной власти о необходимости разработки подзаконных и ведомственных актов с целью устранения пробелов в законодательстве;

Также Минюст может обратить внимание высших судов, в частности – ВС РФ, на пробел в законодательстве, для восполнения которого необходимо обобщить судебную практику для единообразного ее толкования судами. Единство судебной практики способствует более точному определению направления, формы и способа повышения эффективности правоприменения, совершенствованию системы действующего законодательства, предотвращению образования пробелов и коллизий в законодательстве.

Так, например, в докладе о мониторинге правоприменения за 2017 год Минюстом России отмечено, что Санкт-Петербургский государственный университет, проанализировав судебную практику в сфере безопасности функционирования организации топливно-энергетических комплексов страны, констатировал отсутствие единообразия применения судебной практики в области деятельности частных охранных предприятий на объектах электроэнергетики. Отмечено, что в силу п. 4 ст. 9 Федерального закона № 256-ФЗ¹ для обеспечения физической защиты объекта топливно-энергетического комплекса могут привлекаться частные охранные организации. Вместе с тем Постановлением Правительства РФ №587² утвержден перечень объектов², в том числе объектов электроэнергетики, на которые частная охранная деятельность не распространяется, в силу чего на сегодняшний день существуют следующие позиции судов по договорам возмездного оказания услуг, заключенным с частными охранными предприятиями, по поводу обеспечения безопасности объектов топливно-энергетического комплекса:

¹ Федеральный закон от 21.07.2011 № 256-ФЗ «О безопасности объектов топливно-энергетического комплекса» // Собрание законодательства РФ. 25.07.2011, № 30 (ч. 1), ст. 4604.

² Постановление Правительства РФ от 14.08.1992 № 587 «Вопросы частной детективной (сыскной) и частной охранной деятельности» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 24.08.1992, № 8, ст. 506.

1) признаются судами как нарушающие требования закона или иного акта¹;

2) признаются судами как действующие, а также признаются законными процедуры на право заключения таких договоров, если объекты электроэнергетики не относятся к категории опасных производственных объектов²;

3) признаются судами как действующие, а также признаются законными процедуры на право заключения таких договоров, если объекты электроэнергетики относятся к категории опасных производственных объектов³.

Необходимо подчеркнуть, что отсутствием единообразия судебной практики могут являться даже единичные отклонения от общепринятого применения законодательства.

Таким образом, Минюст рекомендовал:

1) изменить нормативное регулирование допуска таких частных охраняемых предприятий на указанные объекты;

2) ВС РФ обобщить практику применения по данному вопросу, что и было реализовано позднее⁴.

Из этого следует, что Минюст определил, что для единообразного применения судебной практики с целью недопущения образования пробелов в законодательстве, ВС достаточно обобщить судебную практику и привести к единообразному толкованию.

Следует заметить, что несмотря на отсутствие в российском законодательстве полномочий Минюста по администрированию работы национальных судебных органов, данная функция известна в мировой практике. Администрирование работы судов и судебных процедур Минюстом осуществля-

¹ Определение ВАС РФ от 03.10.2011 № ВАС-9451/11 по делу № А72-8574/2010 // СПС «Консультант Плюс»; Определение ВАС РФ от 24.11.2011 № ВАС-14581/11 по делу № А49-4758/2010 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление ФАС Поволжского округа от 07.06.2011 по делу № А72-8574/2010 // СПС «Консультант Плюс»;

² Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28.10.2013 по делу № А46-33299/2012 // СПС «Консультант Плюс».

³ Определение ВАС РФ от 27.11.2013 № ВАС-17003/13 по делу № А63-18576/2012 // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Решение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 26.04.2019 № АКПИ19-87 // СПС «Консультант Плюс».

ется Министерством юстиции Финляндии¹, административный надзор за деятельностью судебных органов исполняет Министерство юстиции Эстонской Республики², Национальная судебная администрация как орган судебного самоуправления взаимодействует с Министерством юстиции Норвегии в вопросах судебного производства³, Министерство юстиции Латвийской Республики также дает разъяснения по отдельным вопросам управления судами⁴.

Кроме того, Минюст России на основании анализа судебной практики может выявить пробел, подлежащий устранению путем внесения изменений в законодательство. Так, при анализе судебной практики в области утилизации твердых коммунальных отходов им была обнаружена неопределенность в вопросе определения лица, ответственного за установку и содержание контейнеров и бункеров, а также за уборку мест накопления и погрузки твердых коммунальных отходов. В связи с этим Минюст России поручил Минстрою РФ внести в Правительство РФ проект постановления Правительства РФ «О внесении изменений в отдельные акты Правительства Российской Федерации», предусматривающий возложение данной обязанности на регионального оператора и включение в единый тариф на оказание услуг по обращению с твердыми коммунальными отходами (далее – ТКО), затрат регионального оператора на указанные мероприятия. В результате, с 1 января 2019 г. в субъектах Российской Федерации были учреждены региональные операторы по обращению ТКО. Кроме того, обращение с ТКО стало коммунальной услугой⁵.

Таким образом, анализ деятельности Минюста позволяет прийти к выводу, что основными функциями в контексте настоящего исследования являются экспертиза проектов нормативных актов и мониторинг правоприменения. Проводя экспертизу, Минюст России дает свою оценку проекту нормативного правового акта на предмет его соответствия актам более высокой юридической

¹ См.: Судебные системы Европы и Евразии: научно-энциклопедическое издание: в 3 т. Т. 1. Западная и Северная Европа / под ред. Р. А. Курбанова, Р. А. Гурбанова. М. 2019. С.408.

² См.: Там же. С. 446.

³ См.: Там же. С. 384.

⁴ См.: Там же. С.332.

⁵ Постановление Правительства РФ от 15.12.2018 № 1572 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 19.12.2018.

силы, отсутствия внутренних противоречий и пробелов в правовом регулировании соответствующих отношений, а также отсутствия в нем положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции, и соблюдения правил юридической техники, что, безусловно, повышает качество будущих законов.

Осуществляя мониторинг правоприменения, Минюстом России, анализируются доклады ФОИВ, органов государственной власти субъектов РФ о результатах мониторинга, правоприменительную практику и другие материалы, поступившие в министерство. Объем получаемой информации позволяет Минюсту подготовить доклад о результатах мониторинга правоприменения, содержащий обоснованные и значимые для законотворческого процесса выводы, что также способствует деятельности по установлению и устранению пробелов в законодательстве. Таким образом, как орган исполнительной власти Минюст является связующим звеном между законодательной, исполнительной и судебной ветвями власти.

Глава 3. Механизм учета решений международных организаций в деятельности по установлению и устранению пробелов в законодательстве

§ 1. Роль постановлений Европейского Суда по правам человека в совершенствовании национального законодательства

1. Взаимодействие ЕСПЧ и национальных правовых систем

Европейский Суд по правам человека является международным судебным органом, оказывающим ощутимое влияние на правовую систему Российской Федерации¹. В большом количестве его постановлений анализируется качество национального законодательства, его способность обеспечить не декларативную, а эффективную защиту прав, предусмотренных ЕКПЧ². ЕСПЧ неоднократно отмечал, что на государство-ответчика возлагается обязанность принять меры общего и индивидуального характера для восстановления прав заявителя, которые ЕСПЧ признал нарушенными³.

Конвенция обладает собственным механизмом реализации, который включает обязательную юрисдикцию Европейского Суда и систему контроля за выполнением постановлений ЕСПЧ со стороны Комитета Министров Совета Европы (далее – КМ СЕ).

Деятельности Европейского Суда оказывает содействие ряд институтов Совета Европы, выполняющих аналитические и консультативные функции.

¹ Стоит отметить, что на национальном уровне для реализации положений Конвенции и решений ЕСПЧ в РФ предусмотрен комплекс мер, а также деятельность ответственных за них субъектов. Большую роль играют высшие суды РФ - КС РФ и ВС РФ, которые в своих постановлениях разрабатывают механизмы имплементации Конвенции в национальную правовую систему. Анализ постановлений КС РФ и ВС РФ, содержащих ссылки на постановления ЕСПЧ и предполагающих необходимость мер законодательного характера, не был предметом исследования отечественных правоведов. См. напр.: Ковлер А.И. Европейская конвенция: проблемы толкования и имплементации: монография. М., 2019. 400 с.; Авхадеев В.Р., Асташова В.С., Андриченко Л.В. и др. Договор как общеправовая ценность: Монография. М., 2018. 381 с.; Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др. М.: ИЗИСП.2017. 432 с.; Ибрагимова Ю.Э. Верховный Суд Российской Федерации как субъект механизма имплементации Европейской конвенции о правах человека в национальный правовой порядок // Журнал российского права. 2019, № 4. С. 156 – 172; Ибрагимова Ю.Э. Конституционный Суд РФ и Европейский Суд по Правам Человека: поиск границ поля усмотрения // В сборнике: Студенческая наука Подмоскovie. Материалы Международной научной конференции молодых ученых. Орехово-Зуево, 2019. С. 80-82.

² Конвенция о защите прав человека и основных свобод // Бюллетень международных договоров, № 3, 2001.

³ См., напр.: Постановление ЕСПЧ от 11.04.2013 по делу «Веренцов против Украины» (жалоба № 20372/11) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2014, № 10 (10).

Так, с целью изучения практики осуществления правосудия в государствах-членах Совета Европы была учреждена Европейская комиссия по эффективности правосудия¹. Контроль за обеспечением общеевропейского правопорядка и стабильности наряду с сохранением конституционной идентичности возложен на Европейскую комиссию за демократию через право (Венецианскую комиссию), которая в своих заключениях также касается вопросов исполнения постановлений ЕСПЧ². Большая роль в работе ЕСПЧ отводится диалогу с судьями национальных высших судов³. В связи с этим можно констатировать, что в своей деятельности ЕСПЧ полагается на свой аппарат и на вспомогательные, факультативные учреждения, обеспечивающие учет общеевропейских и национальных практик правосудия.

Как в постановлениях ЕСПЧ, так и в специальной литературе отмечается, что особенностью Конвенции является наличие у государств-участников дихотомии позитивных и негативных обязательств⁴, которые в основном применимы к статьям 2, 3, 4 и частично 5 Конвенции. Позитивные обязательства предполагают создание условий соблюдения Конвенции, а негативные – недопущение нарушений Конвенции и восстановление нарушенных прав насколько это возможно (*restitutio in integrum*)⁵. Из указанной дихотомии обязательств вытекают полномочия ЕСПЧ по определению мер индивидуального и общего характера в связи с нарушениями Конвенции. Индивидуальные меры принимаются в отношении конкретного заявителя или группы заявителей, а меры общего характера – в отношении неопределенного круга лиц.

ЕСПЧ, в зависимости от интерпретации фактов, при рассмотрении каждого дела решает, имело место нарушение негативных или позитивных обяза-

¹ См.: Жан Ж.-П., Гурбанов Р.А. Европейская комиссия по эффективности правосудия. Организация. Деятельность. Развитие: науч. Издание. М., 2015. 331 с.

² CDL-AD (2016) 016 - Amendments to the Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation (implementation of findings of international bodies for the protection of human rights and freedoms). URL: <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?opinion=832&year=all>.

³ Ежегодно в ЕСПЧ проводится семинар «Диалог между судьями». На данных семинарах обсуждаются темы авторитета правосудия, толкования и имплементации Конвенции, субсидиарной роли Конвенции и т.д. URL: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=events/ev_sem&c=.

⁴ См.: Akandji-Kombe J.-F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Human Rights Handbooks, №7. Strasbourg, 2007. P. 5.

⁵ См. Там же, С. 10-12.

тельств, либо, и тех и других¹. Если ЕСПЧ приходит к выводу о диалектической связи негативных обязательств, как обязательств перед конкретным индивидом, и позитивных обязательств, как обязательств перед неопределенным кругом лиц, он устанавливает баланс охраняемых Конвенцией прав². Например, по делам о защите свободы слова Европейский Суд определяет, осуществляется ли распространение информации о частной жизни лица или группы лиц в общественно-значимых интересах, например, в журналистских целях, либо оно удовлетворяет потребности в нездоровом любопытстве³.

Одним из основных принципов деятельности ЕСПЧ является его субсидиарность по отношению ко внутригосударственным системам защиты прав человека, в связи с чем он зачастую воздерживается от указания на конкретные меры, которые следует принять властям для предотвращения и прекращения нарушения конвенционных прав. В.М. Толстых отмечает: «Вопрос о выборе способов выполнения международного обязательства отнесен к внутренней компетенции государств. ... указание судом мер, которые следует принять для выполнения обязательства, может быть квалифицировано не только как отступление от судебной функции, но и как вмешательство во внутренние дела»⁴.

С принципом субсидиарности тесно связана доктрина «поля усмотрения» (*margin of appreciation*), придающая европейской системе защиты прав человека больше гибкости. Как отмечал бывший председатель ЕСПЧ Д. Шпильман, «поле усмотрения национальных властей является понятием, которое отсылает к возможности маневра, которую Европейский Суд расположен признавать за национальными властями при выполнении ими взятых на себя обязательств по Европейской Конвенции»⁵. Согласно доктрине «поля усмотрения» государства

¹ См. Akandji-Kombe J.-F. Указ. соч. С. 12-14.

² См.: Klatt M. Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. P. 697. URL: http://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_4_a_691_718.pdf

³ См.: Постановление ЕСПЧ по делам: «Принцесса Ганноверская против Германии»; «Компании «Гугл Спейн СЛ» и «Гугл Инк.» против Испанского агентства по защите данных (AEPD) от 13 мая 2014 г.»; «Сатакуннан Марккинаперсси Ой и Сатамедиа Ой против Финляндии» от 27.06.2017.

⁴ Толстых В.Л. Международные суды и их практика: Учебное пособие. М., 2015. С. 107

⁵ Spielmann D. En jouant sur les marges. La Cour Européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen? // Institut Grand-Ducal. Actes de la Section des Sciences Morales et Politiques. Vol. XIII. Luxembourg, 2010. P. 205.

свободны в выборе средств, обеспечивающих право на справедливое правосудие¹, а также тех прав, по которым Конвенция допускает определенные ограничения². Безусловно, доктрина «поля усмотрения» не передает государству исключительное право распоряжаться правами человека ввиду возложенных на него обязательств в этой сфере³, в то же время допускает широкую дискрецию национальных властей по вопросам имплементации решений ЕСПЧ в национальную правовую систему. Сам ЕСПЧ неоднократно подчеркивал, что главным критерием исполнения постановления ЕСПЧ является эффективность принятых мер, независимо от того, были они приняты путем принятия нового законодательства, либо практики его толкования судами.

Так, в 2007 году Европейским Судом было принято Постановление по делу Насруллоев (Nasrulloev) против Российской Федерации⁴ (далее – дело Насруллоева). Европейский Суд констатировал, что в России не определен порядок содержания под стражей лица, ожидающего выдачи государству-участнику Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам⁵. По смыслу ст. 61 Конвенции лицо по требованию о выдаче или по ходатайству запрашивающего государства, а также при отсутствии какого-либо ходатайства, может быть взято под стражу. В рамках данного дела ЕСПЧ отметил позицию Конституционного Суда РФ, который в своем Определении от 4 апреля 2006 г. № 101-О⁶ указал, что в соответствии с ч. 1. ст. 8 Минской конвенции при исполнении поручения об оказании правовой помощи запрашиваемое учреждение применяет законодательство своей страны. Следовательно, данное правило распространяется и на правила выдачи. Соответственно, к рассматриваемым правоотношениям применяется

¹ См.: Ковлер А. И. Европейская Конвенция в международной системе защиты прав человека. М., 2019. С.120.

² Право на уважение частной и семейной жизни (п. 2 ст. 8); свобода мысли, совести и религии (п. 2 ст. 9); свобода выражения мнения (п. 2 ст. 10); свобода собраний и митингов (п. 2 ст. 11); защита собственности (ст. 1 Протокола № 1).

³ См.: Ковлер А. И. Указ. соч. С.120.

⁴ Постановление ЕСПЧ от 11.10.2007 по делу «Насруллоев против России» // Российская хроника Европейского суда. Приложение к Бюллетеню ЕСПЧ. Специальный выпуск. 2008. № 3. С. 101 – 115.

⁵ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Заключена в г. Минске 22.01.1993) // Бюллетень международных договоров. 1995. № 2. С. 3 – 28.

⁶ Собрание законодательства РФ, 10.07.2006, № 28, ст. 3118.

правило о максимальном сроке содержания под стражей, предусмотренном ст. 109 УПК РФ.

В Постановлении по делу «Акрам Каримов (Akram Karimov) против Российской Федерации»¹ (далее – дело Каримова) (2014) ЕСПЧ заключил, что в Определении Конституционного Суда РФ № 101-О не обеспечивается наличие правовой определенности в вопросе содержания под стражей лиц, ожидающих выдачи. Следовательно, Европейским Судом было фактически сделано замечание относительно качества российского закона. Примечательно, что 27 июля 2009, т.е. почти через два года с момента принятия Постановления по делу Насруллоева, была подана жалоба, по которой в решении от 19 февраля 2013 ЕСПЧ вновь констатировал путаницу по вопросу применения норм российского УПК при задержании в связи с экстрадицией².

На сегодняшний день указанные проблемы устранены путем изменения российской правоприменительной практики. Последние Постановления ЕСПЧ по данной категории дел содержат выводы об отсутствии в действиях России нарушений Конвенции по данному вопросу³.

Следует заметить, что практика анализа проблем национального законодательства или практики его применения в постановлениях ЕСПЧ, подобная приведенной выше по делам Насруллоева и Каримова, берет свои начала из Резолюции КМ СЕ № Res(2004)3 «О судебных решениях, выявляющих основополагающую системную проблему»⁴, в которой КМ СЕ предложил Европейскому Суду указывать в своих решениях на предполагаемый источник проблемы. Например, в Постановлении от 11 апреля 2013 по делу Веренцов против Украины ЕСПЧ также обратил внимание, что уже сталкивался с проблемой, подобной рассматриваемой в данном деле, по иной жалобе против

¹ См. Judgment on Case of Aram Karimov v. Russia of 28 May 2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144149>.

² См. § 263 Постановления ЕСПЧ от 19.02.2013 по делу «Ефимова против России» // Бюллетень ЕСПЧ. Российское издание. 2014. № 1. С. 8.

³ См. Judgment on Case of Aram Karimov v. Russia of 28 May 2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144149>; Judgment on Case of Sidikovy v. Russia of 20 June 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-120971>.

⁴ Resolution Res (2004)3 of the Committee of Minister on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem (adopted by the Committee of Minister on 12 May 2004 at its 114th Session. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190

Украины¹. Таким образом, ЕСПЧ обозначает системный характер нарушений и возможность дальнейшего поступления в его адрес жалоб граждан.

Во многом благодаря указанной Резолюции Res(2004)3 в качестве ответа на проблему большого количества однородных жалоб в связи с наличием системной проблемы в государстве-участнике Совета Европы, в правиле 61 § 3 Регламента ЕСПЧ было закреплено право данного суда принимать пилотные постановления, содержащие конкретные указания на необходимые меры общего характера: «Суд может инициировать процедуру пилотного постановления и вынести пилотное постановление в случае, если факты, изложенные в жалобе, указывают на существование в Высокой Договаривающейся Стороне – ответчике структурной или системной проблемы или иной аналогичной дисфункции, которые вызвали или могут вызвать аналогичные жалобы»². Пилотные постановления как новый вид реагирования ЕСПЧ на нарушения Конвенции не был предусмотрен первоначальным текстом международного договора, который был подписан государствами-участниками. Посредством процедуры пилотного постановления выявляются системные проблемы, которые приводят к нарушению Конвенции, в связи с чем государству-ответчику надлежит предпринять необходимые меры для исправления ситуации. Пилотные постановления призваны не только ориентировать принятие государствами-ответчиками мер индивидуального и общего характера для исполнения постановлений ЕСПЧ, но и ставит перед государством-ответчиком вопрос о разрешении указанных дел, возникающих в результате данной структурной проблемы, на национальном уровне.

В порядке реализации мер по исполнению пилотного Постановления Постановление ЕСПЧ от 15 января 2009 по делу «Бурдова (Burdov) против Российской Федерации № 2» (далее – Бурдов №2) был принят Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68 «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в

¹ См.: Постановление ЕСПЧ от 11.04.2013 «Дело «Веренцов против Украины» (жалоба № 20372/11), § 88.

² Регламент Европейского суда по правам человека 2016 года, Страсбург. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_RUS.pdf.

разумный срок»¹. А.И. Ковлер в связи с этим отметил: «Министерство юстиции РФ не только активно лоббировало скорейшее принятие этого закона, подставив плечо изначальному разработчику закона – Верховному Суду РФ, но и во исполнение пилотного постановления по делу Бурдов № 2 по собственной инициативе заключило сотни мировых соглашений по жалобам этой серии, направленным в Страсбург, ускоряя тем самым решение коллизий на национальном уровне»². Также был принят Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 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»³. Необходимо подчеркнуть, что КМ СЕ оценил оперативный ответ российских властей на пилотное постановление по делу Бурдов №2⁴.

До принятия пилотного постановления по данному делу наблюдалась тенденция увеличения количества постановлений, вынесенных ЕСПЧ против России, что указывало на наличие системной проблемы в национальной правовой системе. В 2007 г. ЕСПЧ вынес против России 175 постановлений, из которых 127 касались вопроса нарушения права на справедливое судебное разбирательство, из которых 11 случаев нарушения разумного срока судебного разбирательства. В 2008 г. всего было вынесено 233 постановления – 159 касались вопроса нарушения права на справедливое судебное разбирательство, 20 – случаев нарушения срока судебного разбирательства⁵. Уже в 2009 году данные показатели начали прогрессировать, из 210 постановлений, вынесенных против России, 74 касались нарушения права на справедливое

¹ Федеральный закон от 30.04.2010 № 68-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 03.05.2010, № 18, ст. 2144.

² См.: А.И. Ковлер. Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения: монография / Т. Я. Хабриева, А. Я. Капустин, А. И. Ковлер и др. М., 2019. С 66.

³ Федеральный закон от 30.04.2010 № 69-ФЗ // Собрание законодательства РФ», 03.05.2010, № 18, ст. 2145.

⁴ См.: Комитет Министров Совета Европы. Дирекция коммуникации. Пресс релиз № 931r09 (на русском языке) 8.12.2009. Текст Промежуточной резолюции: CM/ResDH(2009)158. Цит. по: Ковлер А.И. Роль органов законодательной власти в имплементации Конвенции по защите прав человека и основных свобод. Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе : концепции, правовые подходы и практика обеспечения : монография / Т. Я. Хабриева, В. В. Лазарев, А. Я. Капустин и др.; под общ. ред. В. В. Лазарева. М., 2019. С.233.

⁵ Россия догоняет Турцию по количеству нарушений Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2009. № 3. С. 1.

судебное разбирательство, 34 – нарушения разумного срока судебного разбирательства¹.

За год действия нового закона, как отмечено А.И. Ковлером², «доля жалоб на неисполнение судебных решений упала с 40% до 17% и продолжала снижаться последующие годы»³. Указанные статистические данные демонстрируют, что реализация мер законодательного реагирования в связи с выявленным в законодательстве пробелов Европейским Судом по правам человека, является эффективной.

Реакция законодателей на пилотное Постановление ЕСПЧ от 01 июля 2014 дело «Герасимов и другие (Gerasimov and Others) против Российской Федерации»⁴ была более медленной, чем на Постановление по делу Бурдова № 2⁵.

19 декабря 2016 г. был подписан Федеральный закон № 450-ФЗ «О внесении изменений в статьи 1 и 2 Федерального закона «Об особенностях исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц, а также возврата просроченной задолженности в период распространения новой коронавирусной инфекции»⁶, действие которого распространяется на все случаи исполнения органами государственной власти и местного самоуправления судебных актов. Таким образом, в настоящее время действует Закон о компенсации в новой редакции. Следовательно, он распространяется на все случаи исполнения органами государственной власти и местного самоуправления судебных актов. Необходимо подчеркнуть, что законодательно закреплено положение о том, что граждане РФ получили возможность обжалования в суде неисполнения судебных решений как по денежным обязательствам государства, так и по обязательствам в натуре⁷.

¹ На Российскую Федерацию стали меньше жаловаться по поводу нарушения права на справедливое судебное разбирательство? // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2010. № 3. С. 1.

² Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе : концепции, правовые подходы и практика обеспечения : монография / Т. Я. Хабриева, В. В. Лазарев, А. Я. Капустин и др.; под общ. ред. В. В. Лазарева. М., 2019. 416 с.

³ Там же. С. 159.

⁴ Бюллетень Европейского Суда по правам человека, 2014, № 11(149).

⁵ Российская хроника Европейского Суда, № 4/2009.

⁶ Федеральный закон от 19.12.2016 № 450-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 20.12.2016.

⁷ Ковлер А.И. Денежные обязательства и обязательства в натуре государства в свете практики Европейского суда по правам человека // Журнал российского права. 2017, № 11. С. 43 - 53.

В 2012 году Европейский Суд принял пилотное постановление Ананьев и другие против Российской Федерации¹, в котором предложил государству-ответчику рассмотреть, комплекс мер по улучшению условий содержания в СИЗО, прежде всего по предотвращению скученности, когда на каждого содержащегося в них человека подчас приходится менее 2 м² площади. ЕСПЧ счел целесообразным применить процедуру «пилотного постановления», «принимая во внимание хронический и стойкий характер проблемы, большое число людей, затронутых ею или находящихся под ее угрозой, а также настоятельную необходимость предоставить им скорейшее и надлежащее возмещение на национальном уровне» (§ 190)².

Минюст России совместно с российскими властями в сжатые сроки подготовили «дорожную карту» комплексных мер по улучшению условий содержания под стражей. В плане принятия мер по созданию новых и совершенствованию существующих судебных национальных средств правовой защиты от нарушений, связанных с необеспечением надлежащих условий содержания под стражей, следует упомянуть Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ «Кодекс административного судопроизводства»³.

Согласно ежегодному докладу о мониторинге правоприменения за 2018 год⁴ по делу Карелина⁵ Минюсту России, в соответствии с Концепцией нового КоАП, было поручено проработать вопрос о создании механизма, обеспечивающего достаточные гарантии принципа равноправия сторон, требования состязательности процесса и требования беспристрастности судов, рассматривающих дела об административных правонарушениях, путем включения стороны обвинения (представителя прокуратуры или других государственных органов) в процесс.

¹ Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2012, № 8.

² См. подробнее: Оганесян Т. Д. Процедура пилотного постановления Европейского Суда по правам человека: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.10.М., 2018. 368 с.

³ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 № 21-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 09.03.2015.

⁴ Доклад о результатах мониторинга правоприменения в Российской Федерации за 2018 год // СПС «Консультант Плюс».

⁵ Постановление ЕСПЧ от 20.09.2016 по делу «Карелин (Karelin) против Российской Федерации» (жалоба № 926/08) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2016, № 10.

В целях реализации постановления по делу Томов и другие против Российской Федерации¹ послужило бесчеловечные условия транспортировки заключенных. Как результат, Минюсту России, МВД, ФСИН во взаимодействии с Генеральной прокуратурой и Верховным Судом необходимо проработать вопрос о возможных способах дальнейшей реализации мер по транспортировке заключенных, изложенных в постановлении.

Согласно ежегодному докладу о мониторинге правоприменения за 2017 год², Минюстом России был принят комплекс мер, в частности изменены требования к перевозке заключенных, а также постепенная замена подвижного состава, что предусмотрено в соответствии с «Концепцией развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года»³.

Изложенное позволяет сделать вывод, что институт пилотных постановлений является действенным инструментом установления и восполнения пробелов в законодательстве, а также способствует диалогу между ЕСПЧ и национальными властями государств-ответчиков.

Обязательства по надзору за исполнением решений ЕСПЧ возложены на КМ СЕ в силу положений ст. 46 Конвенции, данную систему контроля часто именуют «двуединой»⁴, поскольку она содержит правила контроля по стандартной и усиленной схеме⁵. Стандартная процедура исполнения обязывает государства представить в КМ СЕ план действий (*Action Plan*) в течение шести месяцев с даты принятия постановления ЕСПЧ. Затем в течение шести месяцев государства обязуются представить отчет о произведенных действиях во испол-

¹ Постановление ЕСПЧ от 09.04.2019 по делу «Томов и другие (Tomov and Others) против Российской Федерации» (жалоба № 18255/10 и пять других жалоб) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2019. № 7.

² Доклад о результатах мониторинга правоприменения в Российской Федерации за 2017 год // СПС «Консультант Плюс».

³ Распоряжение Правительства РФ от 14.10.2010 № 1772-р. «О Концепции развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года» // Собрание законодательства РФ, 25.10.2010, № 43, ст. 5544.

⁴ См.: СМ/Inf/DH(2010)45 final от 07.12.2010. «Надзор за исполнением постановлений и решений Европейского суда по правам человека: выполнение Плана действий, принятого в Интерлакене – нерешенные вопросы, касающиеся практических методов применения новой системы двуединого надзора». URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168059058a>.

⁵ В усиленной процедуре может быть рассмотрено любое дело по инициативе властей или Секретариата КМ СЕ.

нение данного плана (*Action Report*)¹. В усиленной схеме государства должны тесно взаимодействовать с КМ СЕ, в том числе совместно готовить планы и отчеты о действиях. Если шестимесячного срока на исполнение постановления достаточно, власти могут сразу представить в КМ СЕ отчет о действиях вместо плана действий. После согласования отчета о действиях КМ СЕ постановление считается исполненным.

Иногда на необходимость применения усиленной схемы может указывать сам ЕСПЧ, установив необходимость содействия национальным властям в принятии общих, в том числе законодательных мер. В постановление Большой Палаты Европейского Суда по делу «Скоццари и Джунта против Италии»² ЕСПЧ установил нарушение ст. 8 Конвенции, которые произошли, с одной стороны, в результате бессрочного помещения сыновей заявительницы в приют, не предоставлявший должных гарантий их безопасного развития и воспитания, и, с другой стороны, из-за препятствий регулярным контактам детей с их матерью. Европейский Суд отметил: «... решение, в котором Суд находит нарушение, налагает на государство-ответчика правовое обязательство не только выплатить заинтересованным присужденные суммы в качестве справедливой компенсации, но также выбрать под наблюдением КМ СЕ, общие и/или при необходимости отдельные меры которые будут приняты в их внутренней правовой системе для того, чтобы положить конец нарушению, установленному Судом, и исправить, насколько это возможно, негативный эффект»³. Таким образом, в рамках данного дела ЕСПЧ установил одновременно нарушение позитивных и негативных обязательств и предписал реализовать механизм усиленного контроля за исполнением его постановления.

Как было отмечено ранее, обязательства по надзору за исполнением решений ЕСПЧ возложены на КМ СЕ в силу положений ст. 46 Конвенции. Согласно части 4 ст. 46 Конвенции КМ СЕ обладает рядом механизмов воздей-

¹ Таблица функционирования системы двуединого надзора представлена на сайте Совета Европы. URL: <https://rm.coe.int/16805905a8>

² Постановление ЕСПЧ от 13.07.2000 «Дело «Скоццари (Scozzari) и Джунта (Giunta) против Италии» (жалобы № 39221/98 и 41963/98) // СПС «Консультант Плюс».

³ Там же.

ствия на государство, отказывающееся исполнять итоговое постановление ЕСПЧ. Так, КМ СЕ «вправе, после направления официального уведомления этой Стороне, и путем принятия решения большинством голосов в две трети от числа представителей, уполномоченных принимать участие в работе Комитета, передать на рассмотрение Суда вопрос, не нарушила ли эта Сторона свое обязательство»¹. КМ СЕ на основании Рекомендаций № R (2000) 2 (далее – Рекомендации)²³ уточняет, что «решать, какие меры являются наиболее подходящими для достижения *restitutio in integrum*, с учетом мер, доступных в национальной правовой системе, должны компетентные органы государства-ответчика», и одновременно призывает государства-участников «убедиться, что в их национальных правовых системах существуют необходимые возможности для достижения, насколько это возможно, *restitutio in integrum*, и в особенности, что эти системы обеспечивают соответствующие условия для пересмотра дел, включая и возобновление производства по делу»⁴. Значимость Рекомендаций отмечена в фундаментальном труде «Право Европейской конвенции по правам человека»⁵.

Приведенные положения Конвенции, Регламента, а также авторитетные научные исследования свидетельствуют о том, что конвенционный механизм исполнения постановлений ЕСПЧ предполагает систему мер, основанную на сотрудничестве ЕСПЧ, КМ СЕ и национальных властей. Ж.-П. Коста в связи с этим отметил, что степень исполнимости постановлений ЕСПЧ удивляет, поскольку она основана исключительно на моральном авторитете

¹ ч.4. ст.46 ЕКПЧ.

²Рекомендация (2000)2 о пересмотре дел или о возобновлении производства по ним. URL: <https://rm.coe.int/168049a231>

³ Рекомендация была принята после рассмотрения КМ СЕ исполнения Постановления ЕСПЧ «Хаккар против Франции», в ходе которого проявились основные проблемы, связанные с пределами обязательств государства в части пересмотра окончательных судебных решений по итогам установления нарушений Конвенции ЕСПЧ. Об истории исполнения этого Постановления и его влияния на принятие Рекомендации см.: Лобов М.Б. *Restitutio in Integrum: исправление нарушений Конвенции посредством пересмотра внутригосударственных судебных актов // Реализация Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод национальными судебными системами: опыт Италии и России.* Centre Europeen de Cooperation Juridique. Strasbourg, 2013. С. 177.

⁴ Рекомендация (2000)2 о пересмотре дел или о возобновлении производства по ним. URL: <https://rm.coe.int/168049a231>

⁵ См.: *Право Европейской конвенции по правам человека / под ред. Харрис Д., О'Бойл М., Бейтс Э., Бакди К. М., 2016. С. 238-263*

данного суда¹. Заложённая в основу Конвенции концепция общей ответственности (*shared responsibility*) означает, что национальные государства, передавая часть своего суверенитета международному суду, доверяют ему охрану общеевропейских интересов и ценностей с учетом национальных интересов. Деятельность ЕСПЧ основана на постоянном поиске баланса и компромиссов, что определяет приоритет эффективности охраны конвенционных прав перед формой их воплощения.

2. Влияние критерия качества закона на установление пробелов в национальном законодательстве

В первом параграфе первой главы настоящего исследования отмечено, что помимо функциональных дефектов законодательства (отсутствия нормы), о наличии пробела может свидетельствовать неопределённость закона, препятствующая применению нормы, а суды оказываются «заложником» сложившейся ситуации и вынуждены бороться с существующими проблемами своими методами и способами. В связи с этим необходимо изучить практику ЕСПЧ, благодаря которой идеи качества закона получили свое развитие.

В Постановлении «Маркс против Бельгии» (*Marckx v. Belgium*) ЕСПЧ подчеркнул, что принцип правовой определенности «неотъемлемо присущ праву Конвенции» (п. 58). ЕСПЧ в своих постановлениях упоминал, что в соответствии с его сложившимися прецедентными нормами выражение «предусмотрены законом»² требует, чтобы спорная мера имела основу в национальном законодательстве, и чтобы закон был сформулирован с достаточной ясностью, позволяя гражданину предвидеть последствия, которые может повлечь опреде-

¹ Коста Ж.-П. Судьи на службе справедливости и свободы. М., 2016. С. 48. См. также: Ковлер А.И. «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. 2013. № 3. С. 52 – 63.

² См. напр.: Постановление ЕСПЧ от 08.07.2019 по делу «Михалаке (*Mihalache*) против Румынии» (жалоба № 54012/10) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2019. № 4; Постановление ЕСПЧ от 15.01.2019 по делу «Копыток (*Kopytok*) против Российской Федерации» (жалоба № 48812/09) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2019, № 9; Постановление ЕСПЧ от 22.10.2018 по делу «S., V. и A. (*S., V. and A.*) против Дании» (жалобы № 35553/12, 36678/12 и 36711/12) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018, № 12(24).

ленное действие, и соответствующим образом регулировать свое поведение. Таким образом, принцип правовой определенности подразумевает качество закона, которое в свою очередь является идентификатором наличия пробела в законодательстве. Если норма двусмысленна, противоречива, непредсказуема, сформулирована с недостаточной степенью точности и конкретности – это свидетельствует о ее неполноценности и дефектности, которая не позволяет применить норму. Сама норма должна быть ясна и доступна для заинтересованного лица, требование доступности закона широко известно: граждане должны иметь возможность ориентироваться в содержании закона и понимать, что конкретно он от них требует¹; ясность закона подразумевает, что закон дает возможность лицу самостоятельно или с помощью адвоката определить последствия своего поведения².

Справедливыми видится позиция Г.А. Гаджиева полагающего, что критерием качества закона выступает судебная практика: «Если из-за неясности, неопределенности, противоречивости нормы закона возникают многочисленные судебные споры, доходящие до высших судов, то само количество споров может быть индикатором качества закона»³.

В деле «Компания G.I.E.M. С.р.л. и другие против Италии»⁴, инициированном четырьмя итальянскими компаниями и одним гражданином Италии против властей Италии, рассматривался вопрос незаконной конфискации имущества.

Первому заявителю, компании G.I.E.M., принадлежал земельный участок в итальянском городе Бари на побережье Пунта Перотти, граничащий с земельным участком, принадлежавшим «Сюд Фонди С.р.л.». В 1992 г. муниципальный совет города Барри решил возвести многофункциональный комплекс на

¹ Постановление ЕСПЧ от 26.04.1979 по делу «Санди таймс» (the Sunday Times) против Соединенного Королевства» (жалоба № 6538/74). URL: https://european-court.ru/uploads/ECHR_The_Sunday_Times_v_The_United_Kingdom_N1_26_04_1979.pdf.

² Постановлении ЕСПЧ от 29.03.2010 по делу «Медведев и другие (Medvedev and Others) против Франции» (жалоба № 3394/03) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010, № 9.

³ Гаджиев Г.А. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении. Качество законов с российской точки зрения // Сравнительное конституционное обозрение. 2012, № 4.С.16.

⁴ Постановление ЕСПЧ от 28.06.2018 по делу «Компания G.I.E.M. С.р.л. и другие (G.I.E.M. S.r.l. and Others) против Италии» // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018, № 9(21).

побережье Пунта Перотти и автоматически включил в план застройки земельный участок первого заявителя, предложив ему присоединиться к соглашению о застройке, в случае отрицательного ответа администрация собиралась изъять земельный участок согласно Закону области Апулия № 6 (1979).

В 1996 г. после газетной публикации о строительстве, прокурор города Бари возбудил уголовное дело против компании «Сюд Фонди С.р.л.», а также ограничил пользование всеми зданиями и земельными участками.

После трехлетних судебных разбирательств суд провинции Бари признал строительство зданий в Пунта Перотти незаконным, однако оправдал всех подсудимых ввиду дефектности закона. Суд отметил, что местная администрация, выдавшая разрешение на застройку, руководствовалась Законом №431/1985 имеющим **пробелы** (выделено мной – Ю.И.) (п. 17).

В этом же судебном решении суд провинции Бари распорядился конфисковать все застроенные участки, «в том числе участок, принадлежащий первой компании-заявительнице, со всеми строениями, и передать это имущество администрации г. Бари без выплаты его владельцам какой-либо компенсации»¹.

Кассационный суд Италии также оправдал подсудимых ввиду отсутствия состава преступления и признал, что законодательство области было «неясно и плохо сформулировано» (п.28), противоречило законодательству Италии, а также не соответствовало требованиям предсказуемости. Вместе с тем Кассационный суд Италии конфисковал все здания и земельные участки на основании того, что, согласно его решениям, статья 19 Закона 1985 года № 47 должна применяться к ситуациям незаконной застройки даже если застройщикам не был вынесен обвинительный приговор².

Европейский Суд признал такую конфискацию незаконной и нарушающей ст. 7 Конвенции, а областное законодательство противоречащим требованиям качества закона (п.117).

¹ Там же.

² Постановление ЕСПЧ от 28.06.2018 по делу «Компания G.I.E.M. С.р.л. и другие (G.I.E.M. S.r.l. and Others) против Италии» // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018, № 9(21).

В Постановлении по делу «Компания «Санома эйтгеверс Б.В.» против Нидерландов» (Sanoma Uitgevers B.V. v. Netherlands)¹ заявитель жаловался на качество § 3 статьи 96а Уголовно-процессуального кодекса Нидерландов, не предусматривающего процедуру для обнаружения и предупреждения раскрытия информации, которая могла привести к идентификации журналистских источников.

Заявителю принадлежал автомобильный журнал, в котором было решено опубликовать статью о незаконных дорожных гонках, при условии, что они не будут раскрывать личности участников. До выхода статьи в печать главный редактор журнала получил от прокурора требование выдать фотографии, поскольку они были необходимы в связи с уголовным расследованием. После его отказа ему пригрозили заключением под стражу, обыском редакции и ее закрытием, что могло повлечь серьезные финансовые потери для компании. Европейский Суд установил, что качество закона «не было надлежащим в отсутствие процедуры, сопровождающейся адекватными законными гарантиями, обеспечивающей независимую оценку вопроса о том, перевешивает ли интерес уголовного расследования публичный интерес в защите журналистских источников. Соответственно, вмешательство не было «предусмотрено законом»², и ЕСПЧ установил нарушение ст. 10 Конвенции.

Проблема ненадлежащего качества законов является одной из наиболее острых и для граждан РФ. В деле «Моисеев против Российской Федерации» (Moiseyev) заявитель указывал, что он был осужден за передачу сведений, содержащих государственную тайну, однако «согласно части 4 статьи 29 Конституции сведения, составляющие государственную тайну, должны были быть определены федеральным законом. До внесения поправок 6 октября 1997 г. Закон «О государственной тайне» содержал только перечень сведений, которые могли быть отнесены к гостайне, а не действительный перечень сведений, со-

¹ Постановление ЕСПЧ от 14.09.2010 по делу «Компания «Санома эйтгеверс Б.В.» (Sanoma Uitgevers B.V.) против Нидерландов» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека, 2011, № 3.

² Постановление ЕСПЧ от 14.09.2010 по делу «Компания «Санома эйтгеверс Б.В.» (Sanoma Uitgevers B.V.) против Нидерландов» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2011, № 3.

державных секретов»¹. Согласно материалам дела, эксперты Минюста России подготовили свое заключение по определению секретности информации, переданной заявителем, основываясь на Постановлении Правительства РФ от 18 сентября 1992 г. № 733–55 «О Мероприятиях по реализации документов Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе «Венский документ 1994 года переговоров по мерам укрепления доверия и безопасности», «Глобальный обмен военной информацией», «Кодекс поведения, касающийся военно-политических аспектов безопасности» и «Решение о принципах, регулирующих нераспространение»², Указе Президента РФ от 30 ноября 1995 г. №1203 «Об утверждении Перечня сведений, отнесенных к государственной тайне»³, по утверждению заявителя данные акты не соответствовали концепции качества закона в национальной правовой системе. Наличие правового **пробела** (выделено мной – Ю.И.) (п. 228) констатировали и члены парламента в ходе обсуждения поправок к Закону «О государственной тайне», – отсутствовала ясность регулирования вопроса о сведениях, составляющих государственную тайну; заявитель утверждал, что не мог предполагать, что передача сведений повлечет его уголовную ответственность. Европейский Суд отметил, что состав преступления должен быть ясно определен в законе, требование ясности выполняется, когда «человек может узнать из формулировки соответствующей статьи, а при необходимости с помощью судебного толкования, какие действия или бездействие повлекут для него уголовную ответственность»⁴.

Ненадлежащего качества оказались и нормы статьи 18 Закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» № 103-ФЗ (далее – Закон №103-ФЗ)⁵, в которых предусматривалось право следователя разрешать по своему усмотрению до двух свиданий в месяц. ЕСПЧ признал содержащиеся ограничения в национальном законодательстве, однако

¹ Постановление ЕСПЧ от 09.10.2008 по делу «Моисеев (Moiseyev) против Российской Федерации» // Российская хроника Европейского Суда. 2009, № 3

² Там же.

³ Собрание законодательства РФ. 04.12.1995, № 49, ст. 4775.

⁴ Постановление ЕСПЧ от 09.10.2008 по делу «Моисеев (Moiseyev) против Российской Федерации» // Российская хроника Европейского Суда. 2009, № 3

⁵ Федеральный закон от 15.07.1995 № 103-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 17.07.1995, № 29, ст. 2759,

напомил, что фраза «предусмотрено законом» требует не простого законодательного закрепления оспариваемой нормы, а должна относиться также и к качеству указанного Закона. Норма должна содержать ясные формулировки, которые надлежащим образом будут указывать человеку на обстоятельства и условия, при которых государственные органы вправе прибегнуть к оспариваемым мерам, а также содержать механизм правовой защиты от произвольного вмешательства государственных органов в права, гарантированные Конвенцией. Европейский Суд признал норму неудовлетворяющей требованиям предсказуемости, поскольку она «наделяет неограниченным усмотрением следователя в вопросе свиданий с родственниками, но не определяет обстоятельства, при которых в свиданиях может быть отказано»¹.

Статья 20 Закона №103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»² также подверглась критике со стороны ЕСПЧ. В данной статье предусматривалась цензура всей корреспонденции заключенных в целом без разграничения категорий корреспонденции, как, например, личная переписка и переписка с адвокатом, что нарушает ст.8 Конвенции. Из этого следует, что национальное законодательство также не предусматривало положений о правовой защите от произвольного вмешательства государственных органов в право заявителя на уважение его корреспонденции. Данные ограничения на корреспонденцию заявителя не могут рассматриваться как «предусмотренные законом» (п.266).

Следует обратить внимание на то, что данное постановление способствовало внесению изменений в УПК РФ в пользу института адвокатуры. Именно решения ЕСПЧ стали решающим аргументом для дополнения уголовно-процессуального законодательства РФ³.

¹ Постановление ЕСПЧ от 09.10.2008 по делу «Моисеев (Moiseyev) против Российской Федерации» // Российская хроника Европейского Суда. 2009, № 3

² Собрание законодательства РФ, 17.07.1995, № 29, ст. 2759.

³ Изменения коснулись статьи 49 УПК РФ. С этого момента фактическое подчинение защитников следственным органам перестало существовать. Теперь адвокаты вступали в уголовное дело, а не допускались к участию в нем (ч. 4 ст. 49 УПК РФ). Больше никакой справки-разрешения от следователя или суда не требовалось для допуска в следственный изолятор к подзащитному.

В другом деле «Новикова и другие (Novikova and Others) против Российской Федерации» заявители в период с 2007 по 2013 гг. жаловались на положения КоАП РФ и ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»¹ (далее – Закон о собраниях), которые касаются одиночных пикетов, и их толкования и применения внутригосударственными судами.

Власти РФ утверждали, что заявители участвовали в публичном мероприятии вместе с иными лицами, а мероприятие проводилось без предварительного уведомления.

Европейский Суд отмечает, что до 2012 г. статья 7 Закона о собраниях прямо предусматривала, «что требование предварительного уведомления не применялось к одиночному пикетированию. Закон не содержал конкретных норм, касающихся данного вида публичного мероприятия» (п. 127)². В июле этого же года в статью 7 были внесены изменения, вводящие требования о соблюдении 50-метрового расстояния между несвязанными лицами, осуществляющими одиночное пикетирование.

Европейский Суд отмечает, что законодательные изменения могут свидетельствовать о явном пробеле или недостаточности правового регулирования вопросов одиночного пикетирования и публичных мероприятий с участием двух и более лиц, требующих уведомления.

ЕСПЧ констатировал непредсказуемость и неясность законодательных норм в части того, какое действие или бездействие может быть квалифицировано в качестве правонарушения в форме нарушения требования уведомления согласно Закону о собраниях, когда имелись сомнения относительно того, было ли рассматриваемое мероприятие коллективным (п. 131).

Европейский Суд в своих постановлениях, устанавливая ненадлежащее качество закона, указывает национальным властям на пробел и на то, каким должен быть национальный закон для того, чтобы выполнять поставленные перед ним государством задачи (ясным, предсказуемым, недвусмысленным, до-

¹ Федеральный закон от 19.06.2004 № 54-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 21.06.2004. № 25. ст. 2485.

² Постановление ЕСПЧ от 26.04.2016 Дело «Новикова и другие (Novikova and Others) против Российской Федерации» (жалобы N 25501/07, 57569/11, 80153/12, 5790/13 и 35015/13) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2017, № 4. С. 40 - 72.

ступным, отвечать общественным потребностям и т.д.). Установление пробела через призму качества закона способствует разработке мер и процедур по совершенствованию национального законодательства.

3. Развитие консультативных функций ЕСПЧ как инструмент совершенствования национального законодательства

Совершенствованию национального законодательства, а также усилению диалога ЕСПЧ и российских государственных органов, в особенности судов, способствует процедура консультативных заключений (запросов национальных судов) в ЕСПЧ. Механизм данной процедуры заложен в ст. 47, 48, 49, 52 Конвенции. Подобная практика запросов существует в Суде Европейского Союза (далее – Суд ЕС) и именуется «преюдициальными запросами». Данная процедура позволяет национальным судам обращаться с вопросом о толковании права ЕС в Суд ЕС в рамках конкретного рассматриваемого дела. Судебные решения ЕС носят обязательный характер¹. Благодаря преюдициальной процедуре обеспечивается единообразие толкований и применения права ЕС на всей территории ЕС². Процедура консультативных заключений присуща международному правосудию и использовалась с момента учреждения первых международных судов. Постоянная палата международного правосудия (ППМП) – первый международный судебный орган – наряду с решениями, имеющими обязательную силу, была наделена правом выносить консультативные заключения³.

При этом процедура запроса для получения консультативного заключения ЕСПЧ видится исключительной, ограниченной возможностью направления такого запроса только по инициативе коллегий или Президиума ВС РФ с целью установления порядка толкования и применения Конвенции о защите прав че-

¹ Энтин К.В. Право Европейского союза и практика Суда Европейского союза: Учебное пособие. М., 2015, С.74-75.

² Там же. С.75.

³ Дегтярев К.И., О'Мара Н. «Консультативные заключения»: реформирование компетенции Европейского суда по правам человека по вынесению консультативных заключений // Международное правосудие. 2014, № 2. С. 71.

ловека и основных свобод. Указанные заключения должны носить рекомендательный характер и направлять национальные суды и/или законодателя к соблюдению позитивных обязательств, гарантированных Конвенцией. Таким образом, консультативные заключения не нарушают суверенитет РФ и соотносятся с новыми изменениями в ст. 79 Конституции РФ¹. Механизм их реализации должен оставаться за национальными властями. Именно такой подход предполагается факультативным² Протоколом № 16 к Конвенции³ (далее – Протокол № 16).

Так, согласно Протоколу № 16 высшие суды и трибуналы государств – членов Совета Европы получают возможность запрашивать у ЕСПЧ консультативные заключения по вопросам интерпретации и применения прав, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней, в контексте дел, рассматриваемых указанными судами и трибуналами на национальном уровне. Ожидается, что Европейский Суд будет оказывать содействие при переводе своего консультативного заключения на язык судопроизводства соответствующего государства⁴. Консультативные заключения не предполагают обязательной силы, но несмотря на это они станут частью практики самого ЕСПЧ, на которую он будет ориентироваться, в т.ч. при рассмотрении жалоб. Процедура подготовки консультативных заключений будет являться приоритетной по отношению к рассмотрению жалоб, т. к. разбирательство по делу на национальном уровне может быть приостановлено в ожидании консультативного заключения ЕСПЧ⁵. Институт факультативных запросов будет являться элементом судебного диалога между ЕСПЧ и высшими национальными судами, поскольку будет направлен на информирование высших внутригосударственных судов о подхо-

¹ Статья 79 Конституции РФ дополнена правилом о том, что решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров РФ в их истолковании, противоречащем Конституции, не подлежат исполнению в РФ.

² Государства ратифицируют договоры и факультативные протоколы или присоединяются к ним на добровольной основе; но как только государство становится участником договора или протокола, у него появляется юридическое обязательство реализовывать его положения.

³ Протокол № 16 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (CETS № 214), документ не вступил в силу.

⁴ Европейский Суд по правам человека. Протокол № 16 к Европейской Конвенции готов к ратификации. URL: <http://europeancourt.ru/2013/07/13/12513/>.

⁵ Там же.

де ЕСПЧ к толкованию прав, предусмотренных Конвенцией, в контексте предмета направляемого запроса, но не связывая их. Таким образом, дела могут быть разрешены на внутригосударственном уровне до подачи жалобы в ЕСПЧ. Однако при подаче такой жалобы подход ЕСПЧ будет учтен национальными властями, что также отразится на порядке реализации прав заявителя внутри государства и на подготовке аргументации властей в защиту своей позиции. Также экс-председатель ЕСПЧ Г. Раймонди отметил: «Указанный протокол предоставит нашему диалогу в определенном смысле нормативную базу, восполнив тем самым пробел в системе»¹.

Дегтярев К.И., О'Мара Н. также считают, что «консультативные заключения могут заполнить пробелы в прецедентном праве, если тот или иной международный судебный орган по каким-либо причинам испытывает нехватку индивидуальных обращений, разрешение которых позволило бы сформулировать основные стандарты и правила толкования»². Необходимо подчеркнуть, что консультативные заключения могут рассматриваться как механизм предварительного формирования стандартов, следствием которого будет снижение нагрузки на ЕСПЧ³. Вынесение консультативных заключений является менее конфликтным способом воздействия на национальную правовую систему, чем принятие постановления о нарушении Конвенции, из этого следует, что такие заключения могут рассматриваться как диалог между ЕСПЧ и высшими национальными судами⁴.

А.-М. Слотер считает, что интеграция национальных судебных органов в межсудебный диалог положительно сказывается на национальной правоприменительной практике, пополняя ее новыми методологическими подходами в сфере толкования правовых норм. Примером может служить имплементация

¹ Раймонди Г. Обязательный характер судебных решений // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2017. № 8. С. 6.

² Дегтярев К.И., О'Мара Н. Указ. соч.

³ См. напр.: Раймонди Г. Указ. соч.

⁴ Pasqualucci J. Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law // Stanford Journal of International Law. Vol. 38. 2002. P. 246.

принципа пропорциональности в практике большинства восточноевропейских судов вслед за решениями ЕСПЧ¹.

Во многом деятельность Европейского Суда ориентирована на выявление проблем в деятельности национальных органов публичной власти, приводящих к нарушению прав и свобод человека. Европейский Суд оценивает и анализирует обстоятельства предполагаемого нарушения, причинами которых могут служить различного рода законотворческие ошибки, дефекты законодательства, его пробельность и др.². По утверждению В.Д. Зорькина, «... мы [судьи КС – Ю.Э.] исходим из того, что нарушения прав и свобод могут быть связаны с дефектами того или иного российского закона. И что подобные дефекты надо исправлять. Мы можем и должны этому способствовать, ибо после выявления дефектов закона его судьба, проверка его конституционности – именно наша прерогатива. ЕСПЧ может указать на дефекты нашего законодательства...»³. Поскольку главной задачей ЕСПЧ является разработка рекомендаций по развитию и совершенствованию системы защиты прав человека для национальных судов, то очевидно, что решения ЕСПЧ являются своеобразным толчком к внесению законодательных или иных изменений в правовую систему государства⁴.

Первым консультативным заключением ЕСПЧ в рамках Протокола №16 стало заключение по запросу Кассационного Суда Франции по вопросам суррогатного материнства.

В запросе Кассационный Суд Франции поставил перед ЕСПЧ два вопроса:

1. Не превысит ли государство-участник свою свободу национального усмотрения в соответствии со ст. 8 Конвенции, отказавшись зарегистрировать ребенка, родившегося за границей от суррогатной матери, поскольку иностранное свидетельство о рождении указывает «предполагаемую мать»

¹ См.: Slaughter A. Typology of Transjudicial Communication // University of Richmond Law Review. Vol. 29. 1994. № 1. P. 112.

² Собрание законодательства РФ. 2016. № 17. Ст. 2480.

³ Зорькин В.Д. Выступление Председателя Конституционного Суда Российской Федерации (редакционный материал) // Российский судья. 2009, № 1. С. 16–24.

⁴ Червонюк В.И. Имплементация решений ЕСПЧ в национальное законодательство (современный контекст) // Конституционное и муниципальное право. 2017, № 7. С. 18.

ребенка как «законную мать»? Следует ли в этом случае провести различие относительно того, был ли ребенок зачат с помощью яйцеклетки «предполагаемой матери»?

2. В случае положительного ответа на один из двух вышеупомянутых вопросов, будет ли возможность для предполагаемой матери усыновить ребенка своего супруга, биологического отца, что является средством установления законных отношений мать – ребенок, для соблюдения требований статьи 8 Конвенции?¹

Такой вопрос был поставлен перед ЕСПЧ поскольку суррогатное материнство во Франции находится под запретом.

В своем запросе Кассационный Суд Франции ссылается на два предыдущих дела против Франции, где ЕСПЧ установил нарушение в рамках ст. 8 Конвенции по схожим вопросам².

В своем ответе на вопросы поставленные Кассационным Судом Франции, ЕСПЧ отметил следующее:

1) право ребенка на уважение частной жизни по смыслу ст. 8 Конвенции требует, чтобы национальное законодательство предусматривало возможность признания законных отношений родитель – ребенок с предполагаемой матерью, указанной в свидетельстве о рождении, официально установленном за границей, в качестве «законной матери»;

2) право ребенка на уважение частной жизни по смыслу ст. 8 Конвенции не требует, чтобы такое признание принимало форму записи в реестре рождений, браков и смертей в деталях свидетельства о рождении, юридически оформленного за границей; другое средство – усыновление ребенка предполагаемой матерью – при условии, что процедура, установленная национальным законодательством, гарантирует, что она может быть осуществ-

¹ Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother (Request no. P16-2018-001) 10 April 2019. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22003-6380464-8364383%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22%7D)

² Маннессон против Франции (Mennesson v. France) от 26 июня 2014 г., жалоба № 65192/11. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>; Фулон и Буве против Франции (Foulon et Bouvet v. France) от 21 июля 2016 г., жалобы №№ 9063/14 и 10410/14. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>.

лена быстро и эффективно в соответствии с наилучшими интересами ребенка.

Данные консультативные заключения в рамках Протокола №16 демонстрируют как разъяснения ЕСПЧ способствуют разрешению принципиальных вопросов толкования и применения положений Конвенции об основных правах и свободах, разрешение которых необходимо для рассмотрения конкретного дела, находящегося в производстве национального высшего суда. Протокол № 16 является действенным механизмом создания открытых отношений между судами, «разрешения конфликтных ситуаций, демонстрирует готовность ЕСПЧ к сотрудничеству и признанию собственных ошибок. Данное положение, содержащееся в п. 5 разъяснений Суда, является большим шагом к решению главной проблемы - поиску баланса сил между национальными и международными институтами»¹.

Ратификация Протокола №16 Россией позволит обеспечить защиту прав человека на национальном уровне с учетом позиции ЕСПЧ, а также подготовить доводы в обоснование позиции национальных властей при рассмотрении спорного вопроса ЕСПЧ. Благодаря публикации правовых позиций ЕСПЧ, изложенных в названных консультативных заключениях, имеющих значение для правовой системы Российской Федерации в целом, будет обеспечиваться правоприменение, соответствующее подходам ЕСПЧ. Применение консультативных заключений в национальной практике благоприятно скажется на профессиональном правосознании российских судей, устранил до сих пор встречающееся нигилистическое отношение к международному праву, а также будет способствовать устранению барьера между национальной и международной юрисдикцией, порождающего пробелы в законодательстве, которые нарушают права и свободы граждан.

¹ Дедов Д.И., Гаджиев Х.И., Черенкова В.С. Первое консультативное заключение по Протоколу № 16 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 5. С. 44.

За 2018 год ЕСПЧ вынес внушительное количество решений против Российской Федерации – 248¹. Согласно данным КМ СЕ, Россия также остаётся лидером по числу неисполненных решений – 1585². Ситуация не изменилась и в 2019 году, в опубликованном докладе Комитета Министров Совета Европы отмечен рост числа жалоб против Российской Федерации в ЕСПЧ, на рассмотрении суда находятся 59 800 дел, четверть из которых поданы против Российской Федерации (25.2%)³.

Таким образом, проблема имплементации решений ЕСПЧ в национальное законодательство остается актуальной, что повышает значимость исследования национального ОПМ имплементации решений ЕСПЧ в российское законодательство и правоприменительную практику.

Согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Согласно статье 1 Федерального закона от 30 марта 1998 года № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикцию Европейского Суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации.

В п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 года № 5 разрешен вопрос о юридическом эффекте постановлений ЕСПЧ для Российской

¹ Официальная статистика Европейского Суда по правам человека. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2018_ENG.pdf.

² Россия лидирует по количеству неисполненных решений ЕСПЧ. URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2019/04/04/798371-rossiya-lidiruet>

³ Annual report of European Court of Human Rights for 2019. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf.

Федерации: «Применение судами ... Конвенции должно осуществляться с учетом практики Европейского Суда во избежание любого нарушения Конвенции о защите прав человека и основных свобод»¹.

Как следует из п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. №23 «О судебном решении»², судам следует учитывать в т.ч. постановления Европейского Суда, в которых дано толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, подлежащих применению в данном деле.

В п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 21³ также указано, что с целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского Суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств – участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов ЕСПЧ.

Таким образом, в российской правовой системе должен действовать механизм имплементации решений ЕСПЧ в законодательство и/или в правоприменительную практику, учитывающий постановления данного суда, принятые против России и против других государств⁴. Национальные власти могут установить необходимость изменения законодательства в связи с деятельностью ЕСПЧ по следующим основаниям:

1. Принятие ЕСПЧ решения против Российской Федерации, содержащего указание на принятие индивидуальных и/или общих мер.

2. Принятие ЕСПЧ решения против любого государства-участника Совета Европы, содержащего указание на принятие индивидуальных и/или общих мер.

О необходимости внесения изменений в законодательство могут свидетельствовать указания ЕСПЧ и КМ СЕ в следующей форме:

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5. // Российская газета, № 244, 02.12.2003.

² Российская газета, № 260, 26.12.2003.

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 21 // Российская газета. № 145, 05.07.2013.

⁴ Учет постановлений ЕСПЧ против России и против других государств ведется отделом международного права Управления систематизации законодательства и анализа судебной практики ВС РФ.

1. Указание в мотивировочной или резолютивной части постановления ЕСПЧ на необходимость принятия индивидуальных и/или общих мер с целью исполнения постановления ЕСПЧ.

2. Указание в мотивировочной части постановления ЕСПЧ на повторяющийся характер допущенного нарушения Конвенции;

3. Рекомендация КМСЕ в части исполнения постановления ЕСПЧ в ходе обсуждения плана действий и доклада о действиях в рамках усиленной процедуры контроля за исполнением постановлений ЕСПЧ.

Указанные факты должны служить основанием инициирования внутригосударственных процедур, направленных на рассмотрение вопроса о необходимости изменения законодательства.

Поскольку ЕСПЧ является международным судом, т.е. внешним элементом механизма установления и устранения пробелов в законодательстве по отношению к механизму национальному, особую важность приобретает национальный ОПМ взаимодействия Европейского Суда с российскими государственными органами.

§ 2. Влияние актов Венецианской комиссии Совета Европы в механизме установления и устранения пробелов

Европейская комиссия за демократию через право (далее – Венецианская комиссия Совета Европы, Венецианская комиссия, ВК) входит в число консультативных органов при Совете Европы, в обязанности которого входит анализ законов и законопроектов государств-участников, затрагивающих проблемы конституционного права. Данный орган, может быть, отнесет к числу субъектов, включенных в механизм установления и устранения пробелов в законодательстве по следующим основаниям.

Во-первых, Венецианская комиссия, созданная в 1990 г., является независимым консультативным органом Совета Европы по конституционным вопросам. В её состав входят эксперты-юристы, достигшие высоких

результатов в работе с демократическими институтами. ВК также помогает обеспечить распространение и консолидацию общего конституционного наследия, играет уникальную роль в управлении конфликтами и предоставляет «чрезвычайную конституционную помощь» государствам с переходной экономикой¹. Таким образом, цели деятельности ВК напрямую связаны с совершенствованием национального законодательства.

Во-вторых, за 30 лет своей деятельности Венецианская комиссия подготовила более 900 заключений и докладов², отдавая приоритет проблематике конституционного права. Уже на первых сессиях в 1991–1992 г. обсуждались замечания к проектам конституций Румынии, Швейцарии, Италии, Эстонии, Латвии, Литвы³. В 2002 г. Россия вступила в Совет Европы став полноправным членом ВК, но несмотря на это сотрудничество с ВК началось еще в 1992 г. при подготовке проекта Конституции РФ. В литературе данное стремление России вступить в число членов ВК объясняется тем, что имелаась необходимость обеспечить соответствие основ национального конституционного строя европейским стандартам, с одной стороны, а также учет исторической преемственности – с другой, поскольку «в конституциях, как в зеркале, проявляются закономерности эволюции и правовая организация каждого из государств».⁴ ВК использует весь потенциал мирового конституционно-правового пространства, не ограничиваясь примерами отдельных стран, что имеет важное значение, поскольку современные конституционные системы отличаются своим многообразием, имеют собственные конституционно-правовые традиции, идеологические начала, формы государственно-территориального устройства и правления⁵. Таким образом, сравнительный подход позволяет не просто выработать общетеоретические консти-

¹ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN

² Там же.

³ Ковлер А.И., Фокин Е.А. «Старые» и «новые» проблемы конституционализма в заключениях и докладах Венецианской комиссии // Сравнительное конституционное обозрение. 2020, №3 (136). С.15- 32.

⁴ Венецианская комиссия о конституциях, конституционных поправках и конституционном правосудии: сборник аналитических материалов Венецианской комиссии Совета Европы /сост. Т.Я. Хабриева, Р.А. Курбанов, В.И. Лафитский; под ред. Т.Я. Хабриевой. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2016. С.22

⁵ См.: Там же.

туционные стандарты, но и способствует установлению пробелов в национальном законодательстве¹.

Т.Я. Хабриева справедливо отметила, что Венецианская комиссия «создана для оказания содействия Совету Европы в обеспечении сотрудничества между государствами — участниками Расширенного соглашения в целях защиты важнейших правовых ценностей Совета (уважения прав человека, верховенства права и демократии)»². ВК также способствует смягчению и устранению противостояния между государственными органами. В этой связи, по словам профессора Д. Малинверни; «деятельность Комиссии состоит не в том, чтобы рекомендовать государствам принимать какие-либо конституционные правила, а в том, чтобы разрешать возникший кризис с помощью толкования существующих конституционных положений»³. Вовлеченность ВК в урегулирование национальных конфликтов способствует возрастанию ее роли в качестве субъекта толкования национального законодательства, причем, как отмечает Т.Я. Хабриева, в большей степени чем ЕСПЧ, который обычно оценивает качество национального законодательства в случае констатации какого-либо нарушения прав человека, в то время как Венецианская комиссия чаще всего осуществляет предварительный контроль законопроектов с точки зрения универсальных стандартов правового государства и последствий закрепления той или иной нормы⁴.

Также Т.Я. Хабриева отметила: «... осуществляя предварительный контроль и являясь субъектом толкования национального законодательства ВК «заполняет» (в значении восполнения – Ю. И.) пробелы и «исправляет» (в значении устранения – Ю. И.) иные дефекты юридически обязательных международных правовых актов, выступая не альтернативными, а субсидиар-

¹ Хабриева Т.Я. Венецианская комиссия как субъект интерпретации права. М., 2018. С.63

² Хабриева Т.Я. Венецианская комиссия как субъект толкования национального права // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2016. №4 (36). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/venetsianskaya-komissiya-kak-subekt-tolkovaniya-natsionalnogo-prava> (дата обращения: 08.09.2020).

³ Malinverni G. La Commission de Venise et l'ingénierie constitutionnelle au bénéfice des nouveaux adhérents au Conseil de l'Europe. URL: www.upmf-grenoble.fr/espace-europe/acad2002/textes/malinverni.htm

⁴ См. подробнее: Хабриева Т.Я. Венецианская комиссия как субъект интерпретации права. М.: Статут, 2018.

ными регуляторами и инструментами гармонизации и унификации правовых систем государств — участников Венецианской комиссии»¹.

Изложенное позволяет заключить, что на практике ВК непосредственно вовлечена в процесс совершенствования национального законодательства, в том числе в части обеспечения его соответствия международным нормам. При этом рекомендации ВК исходят от высококвалифицированных специалистов, которые путем применения сравнительно-правового метода могут спрогнозировать возникновение пробелов в законодательстве и рекомендовать способы недопущения их появления, либо устранения уже имеющихся.

Механизм работы и состав ВК определены в ст. 4 и 5 Устава² и ее Регламенте³.

Согласно ч. 2 ст. 1 Устава в качестве приоритетных направлений деятельности Комиссии обозначены:

«а) конституционные, законодательные и административные принципы и инструменты, обеспечивающие эффективность функционирования демократических институтов и их укрепление, а также реализацию принципа верховенства права;

б) основные права и свободы, особенно те, которые касаются прав участия граждан в деятельности общественных институтов;

в) вклад органов местного и регионального самоуправления в развитие демократии»⁴.

Результаты деятельности ВК отражены в заключениях (п.2 ст.3 Устава) и в «других документах» (п. 2 ст. 9 Регламента), в этот перечень входят, например доклады и исследования. К другим документам также можно отне-

¹ Хабриева Т.Я. Венецианская комиссия как субъект толкования национального права // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2016. №4 (36). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/venetsianskaya-komissiya-kak-subekt-tolkovaniya-natsionalnogo-prava>.

² Statute: Resolution(2002)3 Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (adopted by the Committee of Ministers on 21 February 2002 at the 784th meeting of the Ministers' Deputies). URL: Code d'accès:http://www.Venice.coe.int/site/main/Statute_E.asp

³ Действующий Регламент был принят в 2002 г. См. Revised rules of procedure, adopted by the Venice Commission at its 50th Plenary Session (Venice, 8-9 March 2002), as amended at its 53rd Plenary Session (Venice, 13-14 December 2002) and at its 61st Plenary Session (Venice, 2-3 December 2004), CDL-AD(2004)050

⁴ Statute: Resolution(2002)3 Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (adopted by the Committee of Ministers on 21 February 2002 at the 784th meeting of the Ministers' Deputies). Code d'accès:http://www.Venice.coe.int/site/main/Statute_E.asp

сти ежегодные отчеты ВК о своей работе и основных направлениях будущей деятельности, предоставляемые согласно ст. 7 Устава Комитету Министров Совета Европы¹.

Как показывает деятельность ВК, этот перечень дополняется такими актами, как: кодексы наилучшей практики (своды рекомендательных норм)², регламенты и декларации³. Однако, в связи с тем, что данные акты не отражены в Уставе и Регламенте ВК, неясна юридическая природа данных документов, которые на первый взгляд не выходят за пределы актов международных организаций и имеют рекомендательный характер.

Следует разделить мнение Т.Я. Хабриевой, считающей, что несмотря на отсутствие законодательного закрепления данных документов, они направлены на консолидацию подходов государств-участников, международных организаций к пониманию и содержанию европейских правовых стандартов, совершенствованию национального законодательства, «генерацию» правовых понятий и категорий⁴, а также устранение пробелов в национальном законодательстве.

Ссылки на документы, разработанные Венецианской комиссией, можно встретить в практике ЕСПЧ. В своих постановлениях Европейский Суд указывает, что при рассмотрении жалоб он учитывает все многообразие действующих международно-правовых документов, принятых в рамках Совета Европы, в том числе и не обладающих обязательной силой⁵.

Ярким примером является дело «Навальный (Navalnyy) против Российской Федерации»⁶, в котором обжалуется нарушение права заявителя на свободу мирных собраний и права на свободу и личную неприкосновенность

¹ См.: Annual report of activities 2016. European Commission for Democracy through Law. (CDL-RA(2016)001). URL: <http://www.venice.coe.int>

² См.: Code of good practice in electoral matters (CDL-AD(2002)023rev). URL: <http://www.venice.coe.int>.

³ См.: Interpretative Declaration on the Stability of the Electoral Law adopted by the Council for Democratic Elections at its 15th meeting (Venice, 15 December 2005) and the Venice Commission at its 65th plenary session (Venice, 16-17 December 2005) (CDL-AD(2005)043-e). URL: <http://www.venice.coe.int>.

⁴ Залоило М.В., Ибрагимов Ю.Э. Современные проблемы толкования права // Журнал российского права. 2016, № 8. С. 82.

⁵ См.: «Demir and Baykara v. Turkey» (Application no. 34503/97) 12 November 2008. URL: <https://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 05.09.2018).

⁶ Постановление ЕСПЧ от 15.11.2018 «Дело «Навальный (Navalnyy) против Российской Федерации» (жалоба № 29580/12 и четыре другие) // Российская хроника Европейского Суда. 2019, № 1.

административными арестами на публичных мероприятиях. В своем Постановлении ЕСПЧ отметил ряд позитивных изменений в российской правоприменительной практике по вопросам свободы собраний (п.7), в то же время национальным властям следует принять дополнительные меры в виде «инструкций или просветительских мероприятий для обеспечения того, чтобы практика соответствующих муниципальных властей и полиции, в том числе в отношении применения силы, разгона публичных мероприятий и задержания участников, была приведена в соответствие с требованиями Конвенции, и обращают внимание в связи с этим на потенциальный интерес в широком распространении руководящих принципов, подготовленных Венецианской комиссией и ОБСЕ (CDL-AD(2014) 046 - доступны также на русском языке)»(п.8)¹.

Европейский Суд подчеркнул, что вмешательство властей в спонтанную демонстрацию несовместимо с правом на свободу мирного собрания. «Опять-таки, как в рассматриваемом сейчас деле, законодательный пробел в регулировании спонтанных собраний усугублялся негибким и формальным применением положений о прекращении публичных мероприятий, проводившихся без уведомления властей» (п.142)².

Следовательно, ЕСПЧ ссылается на акты ВК не только для того, чтобы показать идентичность подходов обоих органов к пониманию рассматриваемой ситуации и усиления правовой позиции, но и для установления пробела в национальном законодательстве, а также дачи рекомендаций для последующего его устранения.

Обращение к документам, разработанным ВК, для усиления правовой позиции и устранения пробела можно встретить в практике национальных судов³. Так, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2018

¹ Там же.

² Там же.

³ См. Напр. Постановление Конституционного Суда РФ от 19.02.2018 № 9-П // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 20.02.2018; Апелляционное определение Московского городского суда от 04.04.2019 по делу № 33а-2239/2019 // СПС «Консультант Плюс». Стоит отметить, что ссылки на практику ВК являются не повсеместными ввиду отсутствия достаточных исследований, затрагивающих деятельность ВК, а также неосведомленностью правоприменителей с практикой ВК. В связи с чем необходимо отметить вклад Института законодательства и сравнительного правоведения при Прави-

№ 9-П¹ признаются неконституционными отдельные положения, касающиеся пенсионного обеспечения судей, поскольку специальный механизм обеспечения судей не учитывает такого обстоятельства, как наступление инвалидности, не позволяющей продолжить исполнение полномочий, по причинам, не связанным со служебной деятельностью. Для этого случая условия и порядок такого обеспечения не предусмотрены, в связи с чем Конституционный Суд рекомендует федеральному законодателю определить данный порядок, а «во избежание возникновения пробела в правовом регулировании считает возможным установить, что действующий порядок пенсионного обеспечения указанной категории судей» будет применяться до внесения изменений в национальное законодательство². В данном Постановлении внимания заслуживает особое мнение судьи Н.С. Бондаря, выражающего сомнение относительно порядка исполнения данного решения КС РФ.

Как справедливо отмечает Н.С. Бондарь, в связи с особенностью дела, которое было инициировано в связи с запросом суда, как формы косвенного доступа граждан к конституционному правосудию, который рассматривался «Венецианской комиссией (пункт 54 Доклада о прямом доступе к конституционному правосудию, принятого на 85-м пленарном заседании Венецианской комиссии (Венеция, 17 - 18 декабря 2010 года)»³, направленным в Конституционный Суд в порядке части 4 статьи 125 Конституции Суду, для преодоления конституционно-дефектной неопределенности нормы, послужившей препятствием для достижения целей правосудия, следовало при-

тельстве РФ выпустившего ряд монографических работ посвященных деятельности и роли Венецианской комиссии направленной модернизацию национального законодательства государств — участников Венецианской комиссии. См. напр.: Венецианская комиссия: сто шагов к демократии через право: Монография / Под ред. Т.Я. Хабриевой, В.И. Лафитского. М., 2014. 256 с.; Венецианская комиссия о конституциях, конституционных поправках и конституционном правосудии: сборник аналитических материалов Венецианской комиссии Совета Европы / сост. Т.Я. Хабриева, Р.А. Курбанов, В.И. Лафитский; под ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2016. 576 с.; Хабриева Т.Я. Венецианская комиссия как субъект интерпретации права: Монография. М., 2018. 344 с.; Венецианская комиссия о проблемах правосудия в современном мире: сборник аналитических материалов Венецианской комиссии Совета Европы / сост. Т.Я. Хабриева, А.И. Ковлер, Е.А. Фокин, С.В. Чиркин; под ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2018. 456 с.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.02.2018 № 9-П // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 20.02.2018.

² Там же.

³ Мнение судьи конституционного суда российской федерации Н.С. Бондаря на Постановление Конституционного Суда РФ от 19.02.2018 № 9-П // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 20.02.2018.

остановить производство по делу, четко устанавливая при этом период, временные рамки такого приостановления, и «дать заявителю ответ на поставленный вопрос о том, является ли конституционно допустимым применение для разрешения конкретного дела соответствующей нормы»¹.

Таким образом, следует отметить, что важное значение «при выработке Постановления имело решение вопроса не только о конституционности оспариваемой судом нормы, но и о том, какие правовые последствия имеет признание нормы не соответствующей Конституции, в частности для разрешения районным судом конкретного дела»².

Как отмечает Н.С. Бондарь, КС исходил из принципа разумной сдержанности, посчитав нецелесообразным вводить «временное правовое регулирование, позволяющее восполнить пробел...», поскольку «...если учитывать сложившуюся практику реагирования федерального законодателя на содержащееся порой в решениях Конституционного Суда временное регулирование: зачастую оно едва ли не автоматически трансформируется в постоянные законодательные нормы»³.

Соглашаясь с мнением Н.С. Бондаря, следует отметить, что временное правовое регулирование является более действенным механизмом восполнения пробелов в законодательстве, чем сохранение действия признанных неконституционными положений вплоть до исполнения их федеральным законодателем.

Таким образом, исследования, проводимые Венецианской комиссией, могли бы учитываться национальными властями для дальнейшего совершенствования национальной правовой системы.

Стоит отметить, что вопросы несовершенства судебной системы не раз были в фокусе внимания Венецианской комиссии.

¹ Там же.

² Мнение судьи конституционного суда российской федерации Н.С. Бондаря на Постановление Конституционного Суда РФ от 19.02.2018 № 9-П // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 20.02.2018.

³ Там же.

В Европе была новая волна судебных реформ, которая начала спадать лишь в 2019 году. Среди наиболее часто встречающихся направлений реформирования можно выделить: создание новых судов¹, реформа органов судейского сообщества², изменение нормативной базы процессуального права³, уточнение вопросов дисциплинарной ответственности судей⁴.

Установив в той или иной форме несовершенство национального законодательства, Венецианская комиссия не дает конкретных указаний относительно его устранения, но лишь обращает на него внимание национальных властей.

Так, например, Заключение в отношении Румынии⁵ касалось проектов поправок в законодательство о статусе судей и прокуроров, организации судебной системы и о Верховном совете магистратуры⁶.

В законе о Верховном совете магистратуры (Закон № 317/2004) (далее – ВСМ) Венецианская комиссия установила пробел, касающийся несовершенства механизма отзыва членов ВСМ.

ВСМ является консультативным органом в Румынии, осуществляющим в основном административную роль в назначении отдельных должностных лиц в судебной системе.

¹ См.: Hungary – Opinion on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules. CDL-AD(2019)004-e. Strasbourg, 19 March 2019. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)004-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)004-e).

² См.: Opinion on the draft law on the council for the selection of judges of Kyrgyzstan. CDL-AD(2011)019-rus. Strasbourg, 20 June 2011. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)019-rus](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)019-rus); Opinion on the Draft Amendments to the Law on the High Judicial Council of Serbia. CDL-AD(2014) 028-e. Strasbourg, 13 October 2014. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)028-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)028-e); «The former Yugoslav Republic of Macedonia» – Opinion on the Law amending the Law on the Judicial Council and on the law amending the law on Courts. CDL-AD(2018)022-e. Strasbourg, 22 October 2018. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)022-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)022-e).

³ См.: Romania – Opinion on draft amendments to the Criminal Code and the Criminal Procedure Code. CDLAD(2018)021-e. Strasbourg, 20 October 2018. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)021-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)021-e); Opinion on the draft amendments to the criminal procedure and civil procedure codes of Albania. CDL-AD(2014)016-e. Strasbourg, 16 June 2014. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)016-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)016-e).

⁴ См.: Republic of Kazakhstan – Opinion on the Draft Code of Judicial Ethic. CDL-AD(2016)013-e. Strasbourg, 13 June 2016. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)013-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)013-e); Opinion on the Draft Code on Judicial Ethics of the Republic of Tajikistan. CDL-AD(2013)035-e. Strasbourg, 10 December 2013. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2013\)035-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)035-e).

⁵ Заключение Венецианской комиссии № CDL-AD(2018)017. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)017-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)017-e).

В Заключении отмечено, что согласно проекту поправок (новая статья 55 (1) - (5) Закона № 317/2004) избранный член ВСМ может быть отозван в любое время, если:

- а) член не соответствует требованиям закона;
- б) член подвергнут дисциплинарному взысканию;
- в) большинство судей и прокуроров, которых представляет избранный член ВСМ, не доверяют ему (объявляя вотум недоверия).

ВК указала, что эти положения вызывают ряд вопросов. Что касается первого основания, то неясно, что именно означает «данное лицо больше не соответствует требованиям закона для того, чтобы быть избранным членом ВСМ»¹. Возможность отозвать члена ВСМ за то, что он подвергся «одной из дисциплинарных санкций, предусмотренных законом для судей и прокуроров» (статья 55 (1) б), также сомнительна, поскольку она позволяет увольнять человека даже за самые легкие дисциплинарные взыскания. Кроме того, в этом случае возникает проблема двойной санкции за один и тот же проступок. Наиболее проблематичным является третье основание, позволяющее отзываться избранных членов ВСМ вследствие утраты доверия, то есть путем голосования на общих собраниях судов или прокуратуры (процедура разъясняется в новой статье 55, пункт (3)). Венецианская комиссия постоянно возражала против введения такого механизма, поскольку он предполагает субъективную оценку и может помешать избранным представителям принимать свои решения независимо.

Венецианская комиссия отмечает, что вотум недоверия характерен для политических институтов и не подходит для судебной системы. В своем Заключении 2014 года о пересмотре Конституции Румынии ВК отмечала: «что член Судебного совета не должен подлежать отзыву лишь по той причине, что электорат не согласен с решениями, которые он принял... Лица, избранные на такие должности, должны быть обязаны выносить собственное независимое суждение о принятии важных решений, которые ВСМ должен при-

¹ Заключение Венецианской комиссии № CDL-AD(2018)017. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)017-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)017-e)

нимать, не ожидая возможного отзыва»¹. Комиссия отметила, что Конституционный суд Румынии признал данный механизм неконституционным².

По мнению румынских властей, за шесть лет после решения Конституционного суда Румынии образовался пробел, не позволяющий регулировать ответственность членом ВСМ.

Чтобы устранить существующий пробел в национальном законодательстве, касающийся подотчетности ВСМ, и соответствовать общим европейским стандартам Комиссия рекомендует предусмотреть процедуру прозрачности и подотчетности членом ВСМ, пересмотреть и уточнить в свете изложенных выше наблюдений основания отзыва членом ВСМ, а также отменить вынесение вотума недоверия на общих собраниях судов или прокуратуры, в том числе путем голосования, из допустимых оснований.

Предметом внимания ВК также стала реформа судебной системы Казахстана. В своем Заключении³ ВК анализирует положения Закона «О Высшем судебном совете».

ВК отмечает, что реформирование Закона направлено на обеспечение независимости судей, повышение их профессионализма и повышение общественного доверия к ним. Большинство сформулированных в нем предложений способствуют достижению этих целей и соответствуют европейским стандартам. В то же время в Законе «О Высшем судебном совете» есть некоторые пробелы, которые способны снизить эффективность реформы.

Так, например, одной из основных идей в Законе «О Высшем судебном совете» является передача ряда функций от Верховного суда Казахстана к Высшему судебному совету. Рекомендовалось Высший судебный совет наделять полномочиями по ведению списков резерва судей для их последующего продвижения по службе. По мнению ВК, чтобы оградить данный орган от

¹ CDL-AD(2014)010, para 194; see also Constitutional Court of Romania, Decision no. 196/2013

²Заключение Венецианской комиссии № CDL-AD(2018)017. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)017-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)017-e).

³Заключение Венецианской комиссии № CDL-AD(2018)032. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)032-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)032-e).

влияния, прежде всего политического, извне необходимо предусмотреть гарантии независимости для Высшего судебного совета.

Венецианской комиссии также обратила свое внимание на процедуру отбора кандидатов на судебские должности и прохождение ими различных психологических тестирований, среди которых исследование на полиграфе. ВК заметила, что детектор лжи не способствует установлению профессиональных навыков кандидата и оценке уровня его юридических познаний, в связи с чем предложила отказаться от данных исследований¹.

Также Венецианская комиссия установила на ряд пробелов, касающихся дисциплинарной ответственности судей, на которые указывала ранее, но которые так и не были устранены национальными властями. Это подчеркивает необходимость продолжения преобразований судебной системы Казахстана.

Подводя итог, стоит отметить, что заключения и иные рекомендательные акты Венецианской комиссии оказывают влияние на национальное право государств – членов Совета Европы, способствуют установлению и предотвращению образования пробелов в национальном законодательстве, а также уделяют существенное внимание организационно-правовым вопросам деятельности законодательных и судебных органов. Рекомендации Венецианской комиссии наиболее важны для исключения пробелов, влекущих негативную неопределенность в области компетенций органов государственной власти и должностных лиц, их прав и обязанностей во взаимоотношениях в механизме государства и по отношению к гражданам. Поскольку заключения Венецианской комиссии зачастую готовятся в связи с изменением законодательства, затрагивающего проблемы конституционного права, данный консультативный орган Совета Европы входит в механизм установления и устранения пробелов в законодательстве участвующих в нем государств-членов.

¹ См. подробнее: Клеандров М. И. Конституционные и законодательные особенности формирования судебного корпуса в государствах — участниках СНГ // Российская юстиция. 2018. № 9. С. 2—6. Цит. по: Фокин Евгений Анатольевич Венецианская комиссия о проблемах правосудия в современном мире: исследования продолжаются // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. №2. С. 132.

Заключение

Исследование механизма установления и устранения пробелов в российском законодательстве позволило определить круг субъектов, вовлеченных в данную деятельность, а также рассмотреть содержательные аспекты указанной деятельности. В результате решены следующие задачи:

1. Определено, что пробел является дефектом законодательства, в силу которого возникает неопределенность в субъективных правах и обязанностях участников правоотношений. Пробел предполагает отсутствие нормы закона, подлежащей применению, либо наличие в норме неопределенности, приводящей к ухудшению качества закона, что не позволяет считать такую норму включенной в действующее правовое регулирование и предполагает использование организационно-правовых мер для его устранения.

2. Отграничено понятие пробела в законе от иных сопричастных явлений (квалифицированное молчание или коллизии), которые зачастую подменяются (смешиваются) правоприменителями. Это приводит к неправильному выбору средств устранения различных по своему содержанию дефектов в праве, что в свою очередь создает условия для непоследовательной судебной практики. Отграничить данные правовые понятия можно через механизм их установления и дальнейшей регламентации.

3. Определено, что в современной отечественной юридической науке представлено два полярных подхода к нормотворческой роли судебной практики и к судебному прецеденту: от полного их отрицания до необходимости закрепления в законе. Наиболее подходящим видится компромиссный подход: субъекты законодательной инициативы должны рассматривать и оценивать судебную практику по вопросам, которые затрагиваются законопроектом, а полученные результаты о наличии или отсутствии такой практики отражать в пояснительных записках к законопроектам. Оговорка в пояснительной записке о наличии или отсутствии судебной практики по предмету предлагаемого законопроекта должна быть обязательной. Организациям и структурам, дающим

заклучения, официальные отзывы, замечания и предложения в связи с законопроектом по вопросам их ведения, среди которых Правительство РФ, иные федеральные органы исполнительной власти РФ, Верховный Суд РФ, ответственные комитеты и правовое управление Аппарата Государственной Думы, Общественная палата, ответственные комитеты Совета Федерации, КС РФ, надлежит обращать внимание его авторов на необходимость оценки судебной практики в пояснительной записке к законопроекту, как на один из факторов, подтверждающих актуальность и мотивированность законодательной инициативы.

4. Определено, что решения КС РФ, в которых содержатся рекомендации о внесении изменений в законодательство, являются обязательными для учета при подготовке законопроектов. Пояснительные записки к таким законопроектам должны включать ссылку на рекомендательное решение КС РФ, а также указание на согласие или несогласие с содержащимися в них предложениями. В случае принятия закона, в котором содержится позиция, основанная на несогласии с мнением КС РФ, Секретариату КС РФ надлежит исключать сведения о неисполнении рекомендации, содержащейся в решении КС РФ, из аналитических отчетов, до появления нового решения КС РФ по данному вопросу.

5. Обосновано, что на основании протоколов научно-консультативных советов при КС РФ и ВС РФ могут обеспечиваться как правоприменительная, так и законодательная деятельность. Решения судов, которыми установлен пробел в правовом регулировании, легче отслеживать при наличии в них косвенного указания на такой дефект и на необходимость рассмотрения вопроса о реформировании законодательства, например, путем оговорки об ограниченности компетенции суда по данному вопросу. Подобные косвенные рекомендации могут даваться Пленумом или Президиумом Верховного Суда РФ при установлении им такой необходимости, что не запрещено Конституцией РФ, действующим законодательством и может быть квалифицировано как форма диалога законодательной и судебной власти.

6. Обосновано включение ЕСПЧ в ОПМ в связи с влиянием постановлений данного суда на российскую правовую систему, а также через деятельность Комитета Министров Совета Европы на этапе исполнения данных постановлений. При этом названные органы могут установить необходимость уточнения законодательства, либо практики его применения. На сегодняшний день также требуют внимания вопросы совершенствования механизма имплементации решений Европейского Суда по правам человека в российскую правовую систему, чему может поспособствовать введение обязательного официального перевода постановлений данного суда, а также их популяризация среди специалистов, вовлеченных в её использование в ходе правоприменения и правотворческого процесса.

7. Определено, что Министерство юстиции Российской Федерации устанавливает пробелы в законодательстве, и предлагает способы их устранения. Как орган исполнительной власти Минюст России является связующим звеном между законодательной, исполнительной и судебной ветвями власти.

8. Исследован организационно-правовой механизм установления и устранения пробелов в российском законодательстве, включающий:

– Конституционный Суд Российской Федерации, Верховный Суд Российской Федерации (основные субъекты), Европейский Суд по правам человека, Венецианскую комиссию Совета Европы (опосредованные субъекты), Минюст России (координирующий орган).

– системную организационно-правовую деятельность, представленную инструментальным, функциональным и информационным элементами;

– законодательные инициативы субъектов, уполномоченных на их совершение Конституцией Российской Федерации, основанные на имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации, как приоритетное направление совершенствования механизма;

– работу научно-консультативных советов при Верховном Суде Российской Федерации и Конституционном Суде Российской Федерации и других

вспомогательных подразделений как основу установления, анализа и подготовки рекомендаций по устранению пробелов в законодательстве.

Список использованных источников и литературы

Нормативные акты

Международные акты

1. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 2. Ст. 163.
2. Протокол № 16 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод» (СЕТС № 214) // СПС «Консультант Плюс».
3. Устав Совета Европы (ETS № 1) // Бюллетень международных договоров. 1997. № 5. С. 12–21.
4. Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948 // Российская газета. № 67. 05.04.1995.

Внутригосударственные акты

5. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020.
6. Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ (ред. от 08.12.2020) «О судебной системе Российской Федерации» // Российская газета. № 3, 06.01.1997.
7. Федеральный конституционный закон от 28.12.2016 № 11-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 02.01.2017, № 1 (Часть I), ст. 2.
8. Федеральный конституционный закон от 05.02.2014 № 3-ФКЗ (ред. от 02.08.2019) «О Верховном Суде Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 25.10.2019) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 06.02.2014.

9. Федеральный конституционный закон от 28.04.1995 № 1-ФКЗ (ред. от 08.12.2020) «Об арбитражных судах в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 01.05.1995, № 18, ст. 1589.
10. Федеральный конституционный закон от 23.06.1999 № 1-ФКЗ (ред. от 08.12.2020) «О военных судах Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 28.06.1999, № 26, ст. 3170.
11. Федеральный конституционный закон от 07.02.2011 № 1-ФКЗ (ред. от 08.12.2020) «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» // Российская газета. № 29, 11.02.2011.
12. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 08.07.2021) // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.
13. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 08.07.2021) // Собрание законодательства РФ. 29.01.1996. № 5. Ст. 410.
14. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 18.03.2019) // Собрание законодательства РФ. 03.12.2001. № 49. Ст. 4552.
15. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 11.06.2021, с изм. от 01.08.2021) // Собрание законодательства РФ. 25.12.2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496.
16. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 22.08.2021) // Российская газета № 256, 31.12.2001.
17. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 № 21-ФЗ (ред. от 30.04.2021, с изм. от 15.07.2021) // Собрание законодательства РФ. 09.03.2015, № 10, ст. 1391.
18. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 01.07.2021) // Собрание законодательства РФ. 03.01.2005, № 1 (часть 1), ст. 14.

19. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. от 02.07.2021) // Российская газета. № 148–149, 06.08.1998.

20. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ (ред. от 02.07.2021, с изм. от 02.08.2021) // Собрание законодательства РФ. 07.08.2000, № 32, ст. 3340.

21. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 02.07.2021) // Собрание законодательства РФ, 01.01.1996, № 1, ст. 16.

22. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 28.06.2021) // Российская газета. № 256, 31.12.2001.

23. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 22.08.2021) // Собрание законодательства РФ. 17.06.1996. № 25. Ст. 2954

24. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 22.07.2021) // Парламентская газета. № 140–141, 27.07.2002.

25. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 01.07.2021) // Собрание законодательства РФ. 18.11.2002, № 46, ст. 4532.

26. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 01.07.2021) // Парламентская газета. № 241–242, 22.12.2001.

27. Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202–1 (ред. от 01.07.2021) «О прокуратуре Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 20.11.1995, № 47, ст. 4472.

28. Федеральный закон от 08.01.1998 № 7-ФЗ (ред. от 30.04.2021) «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 12.01.1998, № 2, ст. 223.

29. Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. от 01.07.2021) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 06.10.2003, № 40, ст. 3822.

30. Федеральный закон от 02.05.2006 № 59-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» / Парламентская газета. № 70–71, 11.05.2006.

31. Федеральный закон от 22.12.2008 № 262-ФЗ (ред. от 08.12.2020) «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» // Российская газета. № 265, 26.12.2008.

32. Федеральный закон от 30.04.2010 № 68-ФЗ (ред. от 19.12.2016) «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // Собрание законодательства РФ. 03.05.2010, № 18, ст. 2144.

33. Федеральный закон от 30.04.2010 № 69-ФЗ (ред. от 08.03.2015) «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» // Собрание законодательства РФ. 03.05.2010, № 18, ст. 2145.

34. Федеральный закон от 21.07.2011 № 256-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «О безопасности объектов топливно-энергетического комплекса» // Собрание законодательства РФ. 25.07.2011, № 30 (ч. 1), ст. 4604.

35. Федеральный закон от 19.12.2016 № 450-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» в части присуждения компенсации за нарушение права на исполнение в разумный срок судебного акта, предусматривающего исполнение государством требований имущественного и (или) неимущественного характера» // Российская газета. № 292, 23.12.2016.

36. Указ Президента РФ от 29.03.1998 № 310 (ред. от 05.07.2021) «Об Уполномоченном Российской Федерации при Европейском суде по правам человека — заместителе Министра юстиции Российской Федерации» // Российская газета. № 68, 08.04.1998.

37. Указ Президента РФ от 09.03.2004 № 314 (ред. от 20.11.2020) «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // Российская газета. № 50, 12.03.2004.

38. Указ Президента РФ от 13.10.2004 № 1313 (ред. от 05.07.2021) «Вопросы Министерства юстиции Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 18.10.2004, № 42, ст. 4108.

39. Указ Президента РФ от 09.06.2010 № 690 (ред. от 23.02.2018) «Об утверждении Стратегии государственной антинаркотической политики Российской Федерации до 2020 года «Об утверждении Стратегии государственной антинаркотической политики Российской Федерации до 2020 года» // Собрание законодательства РФ. 14.06.2010, № 24, ст. 3015.

40. Указ Президента РФ от 20.05.2011 № 657 (ред. от 25.07.2014) «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» (вместе с «Положением о мониторинге правоприменения в Российской Федерации») // Собрание законодательства РФ. 23.05.2011, № 21, ст. 2930.

41. Указ Президента РФ от 07.05.2012 № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления» // Российская газета. № 102, 09.05.2012.

42. Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 12.12.2013 «Послание Президента РФ Владимира Путина Федеральному Собранию» // Российская газета. № 282, 13.12.2013.

43. Постановление Правительства РФ от 14.08.1992 № 587 (ред. от 10.07.2020) «Вопросы частной детективной (сыскной) и частной охранной деятельности» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 24.08.1992, № 8, ст. 506.

44. Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 28.09.2018) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» // Собрание законодательства РФ. 24.11.2008, № 47, ст. 5489.

45. Распоряжение Правительства РФ от 19.08.2011 № 1471-р «Об утверждении планов мониторинга правоприменения в Российской Федерации на 2011–2012 годы» // Собрание законодательства РФ. 29.08.2011, № 35, ст. 5102.

46. Постановление Правительства РФ от 19.08.2011 № 694 «Об утверждении методики осуществления мониторинга правоприменения в Российской Федерации» // Российская газета. № 186, 24.08.2011.

47. Постановление Правительства РФ от 17.12.2012 № 1318 (ред. от 01.07.2021) «О порядке проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и проектов решений Евразийской экономической комиссии, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» (вместе с «Правилами проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и проектов решений Евразийской экономической комиссии»)// Собрание законодательства РФ. 24.12.2012, № 52, ст. 7491.

48. Постановление Правительства РФ от 30.01.2015 № 83 (ред. от 31.12.2020) «О проведении оценки фактического воздействия нормативных правовых актов, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» (вместе с «Правилами проведения оценки фактического воздействия нормативных правовых актов»)// Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 04.02.2015.

49. Постановление Правительства РФ от 15.12.2018 № 1572 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федера-

ции». Официальный интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru>, 19.12.2018.

50. Постановление ГД ФС РФ от 22.01.1998 № 2134-III ГД (ред. от 15.12.2020) «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 16.02.1998, № 7, ст. 801.

51. Постановление ГД ФС РФ от 18.10.2000 №737 III ГД «О проекте федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Ведомости ФС РФ. 21.10.2000, №3, ст.1240.

52. Приказ Минюста РФ от 30.06.2009 № 196 (ред. от 15.06.2018) «Об утверждении Положения об Аппарате Уполномоченного Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека — заместителя Министра юстиции Российской Федерации» // Бюллетень Минюста РФ. № 8, 2009.

53. Приказ Минюста России от 27.01.2010 № 8 (ред. от 29.05.2018) «Об утверждении Регламента Министерства юстиции Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, № 13, 29.03.2010.

54. Приказ Минюста России от 03.03.2014 № 25 (ред. от 26.12.2019) «Об утверждении Положения о Главном управлении Министерства юстиции Российской Федерации по субъекту (субъектам) Российской Федерации и Перечня главных управлений Министерства юстиции Российской Федерации по субъектам Российской Федерации» (Зарегистрировано в Минюсте России 14.03.2014 № 31606) // Российская газета. № 65, 21.03.2014.

55. Приказ Минюста России от 03.03.2014 № 26 (ред. от 26.12.2019) «Об утверждении Положения об Управлении Министерства юстиции Российской Федерации по субъекту (субъектам) Российской Федерации и Перечня управлений Министерства юстиции Российской Федерации по субъек-

ектам Российской Федерации» (Зарегистрировано в Минюсте России 14.03.2014 № 31607) // Российская газета. № 68, 26.03.2014.

56. Приказ Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29.04.2003 № 36 (ред. от 21.10.2019) // Российская газета. № 246, 05.11.2004 (Инструкция).

57. Регламент Конституционного Суда РФ (ред. от 28.01.2021) // Вестник Конституционного Суда РФ. № 4, 2016.

58. Положение о Секретариате Конституционного Суда Российской Федерации (утв. решением Конституционного Суда Российской Федерации от 24.01.2011 г. № 03-11-06/2/07 (с изменениями на 28 января 2021 года) // URL: <https://docs.cntd.ru/document/901708697>.

59. Положение об аппарате Верховного Суда РФ (утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 04.03.2015) // СПС «Консультант плюс».

60. Регламент Европейского Суда по правам человека 2016 года, Страсбург. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_RUS.pdf

61. Положение об Управлении систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда (утв. Приказом Председателя Верховного Суда РФ от 21.10.2015 г. №49-П) // СПС «Консультант плюс».

62. О Положении о научно-консультативном совете при Конституционном суде Республики Саха (Якутия) от 1 декабря 2014 года. URL: <https://ks.sakha.gov.ru/>.

63. Приказ Председателя Суда по интеллектуальным правам от 20 марта 2013 г. № СП-18/7 «Об утверждении Положения о научно-консультативном совете при Суде по интеллектуальным правам». URL: <http://ipc.arbitr.ru/about/nks>.

Нормативные источники, утратившие силу

64. Закон СССР от 23.12.1989 «О конституционном надзоре в СССР» // Свод законов СССР. т. 1, с. 44–3, 1990 г. (утратил силу).

65. Закон РСФСР от 06.05.1991. «О Конституционном Суде РСФСР» // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991, № 19, ст. 621. (утратил силу).

Судебная практика

66. Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2005 № 8-П // Российская газета. № 157, 21.07.2005.

67. Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П // Российская газета. № 163, 27.07.2015.

68. Постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 г. № 1-П // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision258613.pdf>.

69. Постановление Конституционного Суда РФ от 06.07.2018 № 29-П // Российская газета. № 152, 16.07.2018.

70. Постановление Конституционного Суда РФ от 12.07.2018 № 31-П // Российская газета. № 158, 23.07.2018.

71. Постановление Конституционного Суда РФ от 18.07.2018 № 33-П // Российская газета. № 164, 30.07.2018.

72. Определение Конституционного Суда РФ от 07.02.2003 № 65-О // Вестник Конституционного Суда РФ. № 4, 2003.

73. Определение Конституционного Суда РФ от 11.07.2006 № 213-О // Собрание законодательства РФ. 09.10.2006, № 41, ст. 4285.

74. Определение Конституционного Суда РФ от 12.04.2011 № 550-О-О // Вестник Конституционного Суда РФ. № 6, 2011.

75. Определение Конституционного Суда РФ от 07.06.2011 № 843-О-О // Вестник Конституционного Суда РФ. № 1, 2012.

76. Определение Конституционного Суда РФ от 07.06.2011 № 742-О-О // СПС «Консультант Плюс».

77. Определение Конституционного Суда РФ от 02.11.2011 № 1486-О-О // СПС «Консультант Плюс».

78. Определение Конституционного Суда РФ от 08.12.2011 № 1623-О-О // СПС «Консультант Плюс».

79. Определение Конституционного Суда РФ от 11.05.2012 № 817-О // СПС «Консультант Плюс».
80. Определение Конституционного Суда РФ от 07.02.2013 № 131-О // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 01.03.2013.
81. Определение Конституционного Суда РФ от 13.05.2014 № 983-О // СПС «Консультант Плюс».
82. Определение Конституционного Суда РФ от 29.09.2015 № 2100-О // СПС «Консультант Плюс».
83. Определение Конституционного Суда РФ от 09.06.2015 № 1216-О // СПС «Консультант Плюс».
84. Определение Конституционного Суда РФ от 02.04.2015 № 727-О // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 23.04.2015.
85. Определение Конституционного Суда РФ от 05.02.2015 № 236-О // «Консультант Плюс».
86. Определение Конституционного Суда РФ от 09.03.2017 № 592-О // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 14.04.2017.
87. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 // «Российская газета», № 244, 02.12.2003.
88. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.11.2007 № 45 // СПС «Консультант Плюс».
89. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 10.03.2010 // СПС «Консультант Плюс».
90. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11.12.2012 № 30 // Российская газета. № 295, 21.12.2012.
91. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.12.2012 № 35 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 3.

92. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 21 // Российская газета. № 145, 05.07.2013.
93. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 07.08.2014 № 8 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 10.
94. Обзор судебной практики ВС № 2 (2017) // Солидарность. № 19, 17 - 24.05.2017 (извлечение).
95. Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 12, декабрь, 2017.
96. Определение Верховного Суда РФ от 05.09.2012 № 51-АПГ12-10 // СПС «Консультант Плюс».
97. Определение Верховного Суда РФ от 25.10.2016 № 33-КГ16-12 // СПС «Консультант Плюс».
98. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 12 декабря 2007 года № 10-Г07-5 // СПС «Консультант Плюс».
99. Решение Верховного Суда РФ от 07.04.2016 № 38-ААД16-2 // СПС «Консультант Плюс».
100. Решение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 26.04.2019 № АКПИ19-87 // СПС «Консультант Плюс».
101. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 26.12.2017 № Ф10-5607/2017 по делу № А83-9771/2017 // СПС «Консультант Плюс».
102. Определение ВАС РФ от 03.10.2011 № ВАС-9451/11 по делу № А72-8574/2010 // СПС «Консультант Плюс».
103. Определение ВАС РФ от 24.11.2011 № ВАС-14581/11 по делу № А49-4758/2010 // СПС «Консультант Плюс».
104. Определение ВАС РФ от 27.11.2013 № ВАС-17003/13 по делу № А63-18576/2012 // СПС «Консультант Плюс».

105. Постановление Президиума Магаданского областного суда от 18.08.2011 № 44У-46/2011 // СПС «Консультант Плюс».

106. Постановление ЕСПЧ от 28.10.2003 «Дело Ракевич против России» (жалоба № 58973/00) // URL: <https://www.srji.org/resources/search/30/>.

107. Постановление ЕСПЧ от 08.09.2005 «Дело «Гарабаев против России» (жалоба № 38411/02) // URL: <https://www.srji.org/resources/search/38/>.

108. Постановление ЕСПЧ от 03.03.2011 «Дело «Царенко против Российской Федерации» (жалоба № 5235/09) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2012, № 4.

109. Постановление ЕСПЧ от 19.02.2013 «Дело «Ефимова (против Российской Федерации» (жалоба № 39786/09) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014, № 1. С.53-98.

110. Постановление ЕСПЧ от 04.07.2013 «Дело «Анчугов и Гладков против Российской Федерации» (жалоба № 11157/04, 15162/05) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014, № 2.

111. Постановление ЕСПЧ от 18.06.2015 «Дело «Яйков против Российской Федерации» (жалоба № 39317/05) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2016, № 2.

Монографии

112. Алексеев С.С. Теория государства и права. М., 2005. 496 с.

113. Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. Том 3: Проблемы теории права: курс лекций. М., 2010. 781 с.

114. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. 187 с.

115. Алексеев С.С. Проблемы теории государства и права. М., 1987. 448 с.

116. Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. 416 с.

117. Бондарь Н.С., Джагарян А.А. Правосудие: ориентация на Конституцию: монография. М., 2018. 224 с.
118. Васьковский Е.В. «Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. 507 с.
119. Венецианская комиссия о конституциях, конституционных поправках и конституционном правосудии: сборник аналитических материалов Венецианской комиссии Совета Европы /сост. Т.Я. Хабриева, Р.А. Курбанов, В.И. Лафитский; под ред. Т.Я. Хабриевой. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2016. 576 с.
120. Вильнянский С.И. Толкование и применение гражданско-правовых норм. Методические материалы ВЮЗИ. М., 1948. 61 с.
121. Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. М., 2012. 592 с.
122. Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании: монография. М., 2014. 157 с.
123. Глазкова М.Е. Применение европейских стандартов отправления правосудия в российском арбитражном процессе: монография. М., 2012. 200 с.
124. Де Сальвиа М. Европейская Конвенция по правам человека. СПб., 2004. 267 с.
125. Забегайло В.К. Проблема «Пробелов в праве». Киев, 1974. 136 с.
126. Законодательная техника: Научно-практическое пособие / Под ред. Ю. А. Тихомирова. М., 2000. 272 с.
127. Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен. М., 2013. 496 с.
128. Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения: монография / Т. Я. Хабриева, А. Я. Капустин, А. И. Ковлер и др.; под общ. ред. В. В. Лазарева. М., 2019. 416 с.

129. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. 184 с.
130. Лазарев В.В. Избранные труды. [в 2 т.]. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение / В.В. Лазарев. М., 2010. 504 с.
131. Лазарев В.В. Избранные труды. [в 3 т.]. Т. III: Из истории политической мысли / В.В. Лазарев. М., 2010. 416 с.
132. Лазарев В.В. Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата / В.В. Лазарев, С.В. Липень. М., 2015. С. 521 с.
133. Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред. В. В. Волкова. М., 2012. 368 с.
134. Керимов, Д. А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права: монография. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2003. - 521 с.
135. Коста Ж.П. Судьи на службе справедливости и свободы: Европейский Суд по правам человека. М., 2016. 256 с.
136. Клеандров М.И. Судейский корпус России: совершенствование механизма формирования. М., 2019. 320 с.
137. Колоколов Н.А. Судебная власть как общеправовой феномен. М., 2007. 328 с.
138. Комментарий судебной практики. Вып. 24 / М.Н. Николаев, М.В. Петрухин, М.К. Белобабченко [и др.] отв. ред. К.Б. Ярошенко. М., 2019. 192 с.
139. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 2004. 422 с.
140. Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. М., 2006. 269 с.
141. Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969. 204 с.
142. Ковлер А. И. Европейская Конвенция в международной система защиты прав человека. М., 2019. 304 с.

143. Ковлер А.И. Европейская Конвенция: проблемы толкования и имплементации. М., 2019. 400 с.
144. Лейст О.Э. Сущность права. М., 2002. 288 с.
145. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд., т.16. 826 с.
146. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право: учебное пособие. М., 2007. 448 с.
147. Насырова Т.Я. Теологическое (целевое) толкование советского закона: теория и практика. Казань, 1988. 143 с.
148. Научные концепции развития российского законодательства: монография. 7-е изд. доп. и перераб. / С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева, А.И. Абрамова и др. М., 2015. 544 с.
149. Нешатаева Т.Н. Решения Европейского суда по правам человека: новеллы и влияние на законодательство и правоприменительную практику: моно-графия. М., 2013. 304 с.
150. Нешатаева Т.Н. Уроки судебной практики о правах человека: европейский и российский опыт. М., 2007. 320 с.
151. Организация и деятельность судов общей юрисдикции: новеллы и перспективы: монография / А.А. Гравина, В.П. Кашепов, О.В. Макарова и др.; отв. ред. В.П. Кашепов. М., 2016. 240 с.
152. Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций. СПб., 2001. 642 с.
153. Приходько И.А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. СПб., 2005. 672 с.
154. Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М., 2017. 432 с.
155. Судебные системы Европы и Евразии: научно-энциклопедическое издание: в 3 т. Т. 1. Западная и Северная Европа / под ред. Р. А. Курбанова, Р. А. Гурбанова. М., 2019. 488 с.
156. Сырых В.М. Теория государства и права. М., 1998. 512 с.

157. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам: Теория и практика организации правосудия. Т. 1 / Фурсов Д.А., Харламова И.В. М., 2009. 524 с.
158. Хабриева Т.Я. Венецианская комиссия как субъект интерпретации права. М., 2018. 344 с.
159. Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979. 168 с.
160. Элькин П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М., 1967. 192 с.
161. Энтин К. Право Европейского союза и практика Суда Европейского союза: Учебное пособие. М., 2015. 240 с.
162. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Том I, полутом 2. М., 1950. 483 с.
163. Akandji-Kombe J.-F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Human Rights Handbooks, №7. Strasburg, 2007. 70 pp.
164. Bertalanffy L. General System theory: Foundations, Development, Applications. 1st ed. N. Y.: George Braziller, Inc., 1968. 289 pp.
165. Deguchi M. & Storme M. The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society: Legislative and Legal Educational Assistance to Other Countries in Procedural Law. Antwerp (Belgium), 2008. 359 pp.
166. Gallant K. The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law. New York, 2009. 632 pp.
167. Kammerhofer J. Uncertainty in international law. A Kelsenian perspective. New York, 286 pp.
168. Pasqualucci J. Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law // Stanford Journal of International Law. Vol. 38. 2002. 298 pp.
169. Spielmann D. En jouant sur les marges. La Cour Européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou

subsidiarité du contrôle européen? // Institut Grand-Ducal. Actes de la Section des Sciences Morales et Politiques. Vol. XIII. Luxembourg, 2010. 325 pp.

170. Schwarze J. Deficiencies in European Community Competition Law // Critical analysis of current practice and proposals for change. Stuttgart, 2008. 88 pp.

171. Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law. Oxford – New York, 1998. 744 pp.

Диссертации

172. Ашихмина А.В. Аналогия в советском трудовом праве: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.05. Свердловск, 1979. 172 с.

173. Гаврилова Ю.А. Толкование права по объему: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01. Саратов, 2008. 210 с.

174. Иванов В. П. Организационно-правовой механизм обеспечения государственных интересов Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. М., 2002. 191 с.

175. Кузнецова Л.Е. Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.05. Барнаул, 2004. 188 с.

176. Малютин Н.С. Судебное толкование нормативных правовых актов в Российской Федерации: конституционно-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.02.М., 2015. 260 с.

177. Марьин Е.В. Организационно-правовой механизм экологического аудита: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.06. М., 2009. 210 с.

178. Манукян А.Г. Толкование норм права: Виды, система, пределы действия: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01. Саратов, 2009. 177 с.

179. Оганесян Т.Д. Процедура пилотного постановления Европейского Суда по правам человека: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.10.М., 2018. 368 с.

180. Перчаткина С.А. Реализация решений Европейского Суда по правам человека органами судебного конституционного контроля: сравнительно- правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.02. М., 2011. 242 с.

181. Сидоренко А.И. Принцип правовой определенности в судебной практике: имплементация решений Европейского Суда по правам человека: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01. Пермь., 2016. 183 с.

182. Юзвак М.В. Аналогия в налоговом праве: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.04. М., 2014. 220 с.

Авторефераты

183. Абдаршитова В.З. Теоретико-правовые основы исполнения решений Европейского Суда по правам человека: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 29 с.

184. Аристова К.С. Принцип субсидиарности в деятельности Европейского Суда по правам человека: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. 26 с.

185. Безлепкина О. В. Административно-правовая организация деятельности Судебного департамента при Верховном Суде РФ на системной основе (по материалам Дальневосточного федерального округа): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Хабаровск, 2012. 22 с.

186. Воронин М.В. Основания и проявления системности права автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2013. 27 с.

187. Демидов В.Н. Конституционное правосудие субъектов Российской Федерации в общегосударственной системе защиты прав и свобод человека и гражданина (методология, теория, практика): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. 69 с.

188. Дюрягин И.Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1975. 34 с.

189. Кальяк А.М. Исполнение решений конституционных судов: вопросы теории и практики (на материалах постсоциалистических государств): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2006. 25 с.

190. Купцова С. Н. Судейское право: общетеоретический и сравнительный аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2017. 22 с.

191. Попов Д.Г. Акты Конституционного Суда Российской Федерации: Юридическая природа и место в правовой системе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. 25 с.

192. Рафиков Р.Р. Судебное правоприменение: теоретико-правовой анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2006. 20 с.

193. Шульга И.В. Понятие и виды правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации (вопросы теории): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. 26 с.

194. Шутилин В.Ю. Судебный департамент при Верховном Суде РФ в субъектах Российской Федерации: административно-правовые вопросы организации и деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2008. 24 с.

Статьи

195. Акимов, В. И. Понятие пробела в праве // Правоведение. 1969. № 3. С. 110–113.

196. Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. 1987. № 6. С. 12–9.

197. Астапова Т. Ю. О подходах к определению понятия коллекторская деятельность // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 8. С. 7–11.

198. Арановский К.В. Условия согласования практики международного и конституционного правосудия // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 3. С. 1–10.

199. Арановский К.В., Князев С.Д. Судьба судебного прецедента в романо-германском праве // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 30–39.
200. Ашихмина А.В. О применении права при пробелах в трудовом законодательстве // Проблемы советского трудового права: Научные труды. Свердловск, 1975. Вып. 46. С. 95–98.
201. Белкин А. А. Аннулирующие операции с юридическими актами // Правоведение. 1996. № 4. С. 31–40.
202. Бекузаров А. В. Проблемы легитимации коллекторских агентств // Общество и право. 2012. № 2 (39). С. 77–80.
203. Балашов А.Н., Сенякин И.Н. Аналогия права и аналогия закона как средство ликвидации пробелов в гражданском судопроизводстве // Вестник Саратовской государственной академии права. 2008, № 2 (60). С. 151–154.
204. Баранов В. М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. №1. С. 75–78.
205. Баранов В.М., Казанцев Н.М. Налоговые правовые позиции судов: теория, практика, перспектива // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 127–131.
206. Баранов В.М. Правотворческая конкретизация: негативный ракурс // Очерки техники правотворчества. Избранные труды. 2015. С. 587–588.
207. Баранов В.М. Негативные аспекты конкретизации юридических норм // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: материалы IX Международной научно-практической конференции. М., 2015. С. 52–69.

208. Бахта А.С. Аналогия закона и аналогия права как способы восполнения пробелов при применении норм уголовно-процессуального права // Российский следователь. 2011. № 1. С. 7–9.

209. Белоусов С.А. Качество закона и эффективность его применения: пути преодоления негативных последствий законодательного дисбаланса // Вестник ПАГС. 2014. №4 (43). С.11–17.

210. Бланкенагель А. Пробелы в Конституции РФ и возможности её совершенствования // Пробелы в российской Конституции и возможности её совершенствования. 1998. С. 5–19.

211. Бондарь Н.С., Джагарян А.А. Конституционный Суд – «больше, чем суд»: его место и роль в судебной системе России // Судья. 2017. № 12. С. 35–39.

212. Бриллиантов А.В., Яни П.С. Применение норм о соучастии: аналогия или толкование? // Законность. 2013. № 6. С.31–36.

213. Будылин С.Л. Что творит суд? Правотворчество судов и судебный прецедент в России // Закон. 2012. № 10. С. 92–110;

214. Бычков А. О новых инициативах Верховного Суда РФ // Новая бухгалтерия. 2015. № 1. С. 136–143.

215. Власенко Н.А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды // Журнал российского права. 2009. № 12. С.58–67.

216. Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 32–44.

217. Власенко Н.А., Залоило М.В. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 43–57.

218. Веревкин Ю., Качанова В., Юдашкина Ц. Пробелы в правилах// Хозяйство и право. 1980. № 6. С. 60–62.

219. Гаджиев Г.А. Закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»: новеллы конституционного судопроизводства 2010 г. // Журнал российского права. 2011. № 10. С. 17–26.

220. Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение, 2008, № 2.

221. Гаджиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права: Сб. статей. М. 2000. С. 98–107.

222. Гаджиев Х.И. Правовые доктрины, содействующие эффективности имплементации Конвенции в национальный правовой порядок // Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе. М., 2019. С. 89–114.

223. Галкина Е. А. Проблемы правового регулирования деятельности коллекторских агентств в банковской сфере // Пробелы в российском законодательстве. 2010. № 3. С. 65–67.

224. Галкин В.М. Пробелы в уголовном праве и пути их преодоления // Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды. М. 1988. Вып. 41. С. 133–145.

225. Ганичева Е.С. Пределы осуществления законодательной инициативы высшими органами судебной власти // Журнал российского права. 2014. № 11. С.131–139.

226. Гоголев А.М. Налоговая политика как основополагающий элемент организационно-правового механизма концепции государственного администрирования в области налогов и сборов // Финансовое право. 2015. № 10. С. 26–33.

227. Гук П.А. Судебное нормотворчество: вопросы теории и практики // Lex russica. 2016. № 7. С. 14–27.

228. Грачева С.А. Доктрина верховенства права и судебные правовые позиции // Журнал российского права. 2014. № 4. С. 33–45;

229. Денисов А.М. Правда о коллекторских агентствах // Актуальные вопросы бухгалтерского учета и налогообложения. 2010. № 1. С. 59–69.

230. Долинская В.В. Судебные акты в праве России // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2012. № 1. С. 3–13.
231. Дегтярев К.И., О'Мара Н. «Консультативные заключения 2»: реформирование компетенции Европейского суда по правам человека по вынесению консультативных заключений // *Международное правосудие*. 2014 № 2. С. 71–85.
232. Европейский Суд и национальные суды: как достичь взаимопонимания? Диалог Анатолия Ковлера и Тамары Морщаковой // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2016. №2(111). С.171–181.
233. Ершов В.В. Конкретизация Конституции России: теоретические и практические проблемы // *Российское правосудие*. 2013. № 12 (92). С. 5–22.
234. Желдыбина Т.А. Значение судебной практики в механизме обеспечения процесса законотворчества // *Российский судья*. 2016. № 8. С. 42–46.
235. Жильцова Ю.В., Новикова С.В. Эффективность воздействия права на трудовые отношения в свете теории о социальных технологиях // *Трудовое право в России и за рубежом*. 2018. № 3. С. 16–19.
236. Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // *Судебная практика как источник права: Сб. статей*. – М. 2000. С. 78–91.
237. Жуйков В.М. ГПК РФ и другие источники гражданского процессуального права // *Российская юстиция*. 2003. № 4.
238. Жуйков В.М. О предложении реформирования мировой юстиции в Российской Федерации путем «радикальной автономизации» // *Журнал российского права*. 2015. № 3. С. 42–46.
239. Зайцева Е.С., Козловский П.В. Понятие «мнимые пробелы в праве» и роль мнимых пробелов в механизме правового регулирования // *Современное право*. 2015. № 7. С. 33–37.

240. Зайцева Е.С., Козловский П.В. Преодоление пробелов в уголовно-процессуальном законодательстве // Российская юстиция. 2017. № 2. С. 66–68.

241. Залоило М.В., Ибрагимовой Ю.Э. Современные проблемы толкования права // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 78–95.

242. Зорькин В.Д. Выступление Председателя Конституционного Суда Российской Федерации (редакционный материал) // Российский судья. 2009. № 1. С. 16–24.

243. Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия: новые вызовы и перспективы // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5. С. 6–11.

244. Иванюк О. А. Качество закона и проблемы юридической техники // Журнал российского права. 2008. №2 (134). С. 150–162.

245. Ибрагимова Ю.Э. Роль судебных доктрин в установлении и устранении пробелов в законодательстве // Журнал российского права. 2019. № 11. С. 80–95.

246. Ибрагимова Ю.Э. Верховный Суд Российской Федерации как субъект механизма имплементации Европейской конвенции о правах человека в национальный правопорядок // Журнал российского права. 2019. № 4. С. 156–172.

247. Интервью с начальником Главного управления организационно-правового обеспечения деятельности судов Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации Е.В. Голошумовым // Администратор суда. 2013. № 1. С. 2–5.

248. Кауфман М.А. Аналогия в уголовном праве России: история и современность // Борьба с преступностью: история и современность: Материалы научной конференции. М. 2000. С.32–36.

249. Ковлер А.И. ЕСПЧ и Конституционный Суд РФ: Конфликт толкований // Закон. 2012. № 5. С.22–23.

250. Ковлер А.И. «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. 2013. № 3. С. 52–63.

251. Ковлер А.И. Денежные обязательства и обязательства в натуре государства в свете практики Европейского суда по правам человека // Журнал российского права. 2017. № 11. С. 43–53.

252. Колесников Е. В. Рецензия. Загайнова С. К. Судебный прецедент: Проблемы правоприменения. М. 2002. // Правоведение. 2003. № 2 (247). С. 261–264.

253. Климцева О.Ю., Кругликов Л.Л. О пробелах и аналогии в уголовном праве // Нормотворческая и правоприменительная техника в уголовном и уголовно-процессуальном праве: Сб. статей. Ярославль. 2000. С. 3–17.

254. Кувшинова Ю. А. Коллекторские агентства как инструмент регулирования банковского кризиса // Вестник Академии. 2009. № 4. С. 33–35.

255. Кучин М.В. Судебное нормотворчество: дискуссионные аспекты // Российский юридический журнал. 2016. № 3. С. 34–45.

256. Красинский В. В. Механизмы государственной интеграции в федеративных государствах // Современное право. 2017. № 10. С. 33–41.

257. Кучерявцев Д.А. Роль судов в осуществлении права законодательной инициативы в Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 5. С. 55–61.

258. Лазарев В.В. О видах пробелов в праве // Правоведение. 1969. № 6. С. 30–35.

259. Лазарев В.В., Лихачев В.Н., Фельдман Д.И. О понятии пробелов в современном международном праве // Советский ежегодник международного права. 1980. С. 127–139.

260. Лазарев В.В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012. №4. С. 92–99.

261. Лазарев В.В. Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. №4. С. 6–15.
262. Лазарев В.В. Место и роль суда в правовой системе // Журнал российского права. 2014. № 10. С. 17–30.
263. Лазарев В.В., Фурсов Д.А. Обоснование идеи имплементации судебных решений в законодательные акты // Журнал российского права. 2014. № 11. С. 5–21.
264. Лихачев В.Н. Роль установления пробелов в процессе совершенствования международного права // Международное право и современность. Тбилиси, 1984. С.118–137.
265. Малиновский А.А. Судебная практика как источник уголовного права (сравнительно-правовые аспекты) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2010. № 3. С. 3–6.
266. Мартюшов В.Ф. Понятие «механизм» в контексте изучения социальных процессов // Вестник ТвГУ. Серия «Философия».2015. №3. С. 95–103.
267. Марченко М.Н. Проблемы правопонимания в связи с исследованием источников права // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2002. №3. С. 3–19.
268. Матузов Н. И. Коллизии в праве: причины, виды и способы разрешения // Правоведение. 2000. №5. С. 225–244.
269. Медушевский А.Н. Пробелы в российской Конституции: механизмы конституционного процесса в условиях модернизации // Пробелы в российской Конституции и возможности ее совершенствования. М., 1998. С. 33– 37.
270. Морозова Л.А. Проблемы типологии юридических коллизий (современная трактовка) // Lex russica. 2017. № 6. С. 32–38.
271. Нерсесянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права: Сб. статей. М., 2000. С. 107–117.

272. Несмеянова С.Э. О возможном влиянии Конституционного Суда Российской Федерации на законодателя // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3. С. 6–9.

273. Нешатаева Г.Н. К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права: Сб. статей. М. 2000. С. 91–98.

274. Парфенов А.В. Устранение коллизий в праве: работа над ошибками или вспомогательный путь к торжеству правового компромисса? // Юридическая техника. 2017. №11. С. 257–261.

275. Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. 1970. № 3. С.49–57.

276. Победкин А.В. Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации как форма толкования и преодоления пробелов уголовно-процессуального права // Государство и право. 2008. № 11. С. 39–42.

277. Подольская Н.А. К вопросу о понятии прецедента как источника права (общетеоретический аспект) // Судебная практика как источник права: Сб. статей. М., 2000. С. 149–153.

278. Поляков С.Б. Судебный прецедент в России: форма права или произвола? // Lex russica. 2015. № 3. С. 28–42.

279. Поляков С.Б. Дефекты законодательства и правоприменительной практики как предмет изучения юридической науки // Российский юридический журнал. 2017. № 1. С. 16–22.

280. Раймонди Г. Обязательный характер судебных решений // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2017. № 8. С. 3–6.

281. Рахунов Р.Д. Аналогия в советском уголовном процессе // Правоведение. 1971. № 2. С. 68–75.

282. Рудич В. В. Новеллы в правовом режиме содержания обвиняемого под домашним арестом при производстве по уголовному делу // Администратор суда. 2017. № 4. С. 31–34.

283. Самигулина А. В. Гармонизация законодательства, регламентирующего секторальную структуру финансового рынка России // Право и экономика. 2017. № 9. С. 5–15.

284. Свирин Ю.А. Судебный прецедент: от научных дискуссий к единообразию судебной практики // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 11. С. 20–25.

285. Серверэн Э. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества // Судебная практика как источник права: Сб. статей. М., 2000. С. 49–61.

286. Степанов С.А. О «пробелах» в праве // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. М., 2001. С.328–330.

287. Тихомиров Ю.А. Способы устранения пробелов в законодательстве // Судебная практика как источник права: Сб. статей. М., 2000. С. 125–131.

288. Тихомиров Ю.А. Правовой суверенитет: сферы и гарантии // Журнал российского права. 2013. № 3. С. 5–20.

289. Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права: Сб. статей. М., 2000. С. 9–49.

290. Филатова М.А. О процессуальных механизмах исполнения постановлений Европейского суда по правам человека // Вестник ВАС РФ. 2013. № 9. С. 40–60.

291. Фриберг Э. Пилотные постановления с точки зрения Европейского Суда по правам человека // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2008. № 8. С. 10–14.

292. Хориноев А.О. Принципы Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в совершенствовании практики судов Республики Бурятия // Администратор суда. 2015. № 1. С. 34–38.

293. Худoley К.М. Конституционность решений ЕСПЧ и их исполнимость // Вестник Пермского университета. 2013. № 2. С. 93—101.

294. Червонюк В.И. Качество закона: современная концепция и проблемы демократизации // Юридическая техника: ежегодник. 2012. № 8: Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника. С.488–503.
295. Шамшурин Л. Л. Взгляд на порядок решения вопроса о принятии исковых заявлений, извещение заявителей о движении дела в гражданском судопроизводстве через призму доступности правосудия // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 3. С.16–21
296. Шульга И.В. Правовая природа обзоров Верховного Суда РФ // Российский судья. 2006, № 9. С.7–9.
297. Яни П.С. Специальные виды мошенничества // Законность. 2015. № 8. С. 35–40.
298. James R. Rogers «Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction»// American Journal of Political Science Vol. 45, № 1 (Jan., 2001). P. 84–99.
299. James R. Rogers «Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction»// American Journal of Political Science Vol. 45, № 1 (Jan., 2001), P. 84–99.
300. Bernitz U. Retroactive Legislation in a European Perspective – On the Importance of General Principles of Law // Scandinavian Studies in Law. Stockholm. 2000. P. 43–58.
301. G. Dari-Mattiacci, B. Deffains Uncertainty of Law and the Legal Process // Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper №о. 2005-10. Amsterdam, 2005. P. 1–37.
302. Hale B. Argentoratum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme? / Human Rights Law Review. Volume 12. Issue 1, Oxford, 2012. P. 65–78.
303. Mahoney P. Right to a Fair Trial in Criminal Matters under Article 6 E.C.H.R. // Judicial Studies Institute Journal Volume 4 No. 2. Dublin, 2004 P. 107–129.

304. Slaughter A. Typology of Trans judicial Communication // University of Richmond Law Review. Vol. 29. 1994. № 1. P. 99–137.

305. Stein R. Rule of Law: What Does it Mean? // Minnesota Journal of International Law, Volume 18, Issue 2. 2009. P. 293–303.

ПЛЕНУМ ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

от 3 октября 2017 г. № 36

О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ**В ПОЛОЖЕНИЕ О НАУЧНО-КОНСУЛЬТАТИВНОМ СОВЕТЕ ПРИ ВЕРХОВНОМ****СУДЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И УТВЕРЖДЕНИИ СОСТАВА
НАУЧНО-КОНСУЛЬТАТИВНОГО СОВЕТА ПРИ ВЕРХОВНОМ
СУДЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

В соответствии со статьей 19 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» и пунктом 3.1 Регламента Верховного Суда Российской Федерации Пленум Верховного Суда Российской Федерации постановляет:

1. Внести изменение в Положение о Научно-консультативном совете при Верховном Суде Российской Федерации, изложив пункт 2 изложить в следующей редакции:

«2. Основная задача Научно-консультативного совета - разработка научно обоснованных рекомендаций по принципиальным вопросам судебной практики, а также предложений по совершенствованию законодательства, которые могут быть сделаны на основании результатов мониторинга правоприменительной практики, в результате которого был выявлен и восполнен пробел в законодательстве. Научно-консультативный совет призван содействовать укреплению законности при осуществлении правосудия».

2. пункт 14 изложить в следующей редакции:

«14. Работа Научно-консультативного совета по мере необходимости освещается в «Бюллетене Верховного Суда Российской Федерации», на официальном сайте Верховного Суда в сети Интернет, а также в иных средствах

массовой информации. Сведения об установленных пробелах в законодательстве подлежат опубликованию в форме ежеквартального отчета».