

УДК 340:341.4

**ИСТОРИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО САНКЦИОНИРОВАНИЯ И  
СУДЕБНОГО ПРИМЕНЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ АНАЛОГИИ В  
ЗАРУБЕЖНОМ ЕВРОПЕЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ:  
ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ И НЕКОТОРЫЕ УРОКИ НА БУДУЩЕЕ**

**Тихонравов Е.Ю.**

Аспирант кафедры истории государства и права

Юридический институт Сибирского федерального университета. 660075, г. Красноярск, ул. Маерчака, 6

E-mail: eugenerus@hotmail.com

*В статье показано, как в ходе истории законодательного санкционирования и судебного применения юридической аналогии в зарубежном европейском уголовном праве конкурируют два общегосударственных интереса: обеспечение неприкосновенности гражданской свободы и надобность бороться с вредными для государства деяниями, которые легислатура не смогла предвидеть заранее и поэтому учесть в законодательстве. Делается вывод о необходимости в указанной юридической деятельности сочетания отмеченных интересов при реализации режима законности. В работе продемонстрировано, как это возможно сделать теоретически, а также показаны исторические примеры соответствующей практики.*

Ключевые слова: аналогия права; аналогия закона; пробелы в праве; юридическая фикция

Для законодательства современных европейских государств типично воспрещение судебной деятельности по восполнению пробелов в уголовном праве. Здесь действует принцип *nullum crimen sine lege* (нет преступления без указания о нем в законе). Таким образом, защищается общегосударственный интерес неприкосновенности гражданской свободы. Как отмечал В.Д. Спасович, последняя «состоит в возможности делать все то, что не запрещено законом» [13, с. 70]. Причем «зло от безнаказанности злодеяния, пропущенного в законе, никак не может быть сравнено со страшным вредом от наказуемости злодеяний без закона положительного и с проистекающим отсюда стеснением свободы гражданской» [13, с. 70].

Вместе с тем данное решение легислатуры имеет и негативную сторону. Дело в том, что законодатель любого государства не в состоянии предвидеть грядущее полностью. Поэтому он не способен заранее создавать юридические правила, рассчитанные на регулирование всех будущих ситуаций.

Вот почему в праве любой страны неминуемо образуются пробелы. Они представляют собой отсутствие юридической регламентации общественных отношений, которые нуждаются в таком упорядочении.

Законодательная криминализация поступков, не учтенных легислатурой заранее, порой занимает значительный промежуток времени, в течение которого эти непредвиденные правотворческим органом общественно опасные деяния могут совершаться беспрепятственно. Ведь суды в силу принципа *nullum crimen sine lege* не вправе пресекать свободное осуществление упомянутых актов или бездействий. Вследствие этого государственные интересы подвергаются ущербу.

Не случайно уголовный кодекс, воплощающий отмеченный принцип, был назван немецким криминологом Ф. Листом великой хартией вольности преступного мира [1, с. 4]. Как указывал И.И. Аносов, данная фраза несет в себе такой смысл: «... есть “преступления”, не занесенные в УК (Уголовный кодекс. – Е.Т.), их поэтому можно совершать безнаказанно» [1, с. 4].

Для пресечения такого рода вреда, как только он появился, в юриспруденции существуют методы, подчас используемые в правовом регулировании. В частности, осознавая неизбежность возникновения юридических лакун<sup>1</sup>, легислатура нередко предписывает судам восполнять их посредством законодательного санкционирования аналогии закона и аналогии права.

Первый из этих приемов подразумевает создание восполняющего пробел положения по образцу имеющейся правовой нормы, когда она регулирует вопрос, сходный с рассматриваемым судом. Второй из упомянутых способов предполагает иной путь выработки требуемого предписания. Таковое конструируется с помощью воплощения в нем черт норм права, обобщенных в одном или нескольких юридических принципах.

Правда, выработанные в результате отмеченной деятельности предписания никогда не являются тождественными по сфере их действия юридическим правилам, сформулированным законодателем. Если законодательная норма обязательна для всех ситуаций в государстве, подпадающих под нее, то установление, выработанное судом, должно быть проведено в жизнь только в деле, по которому трибуналом вынесено решение.

В зарубежном европейском уголовном законодательстве охарактеризованные приемы нашли свое отражение несколько веков назад. Так, одно из первых упоминаний о юридической аналогии относится к XV в. Еще Тирольский уголовный устав, принятый в 1499 г., разрешал «судье рассматривать и судить непредусмотренные в нем преступления сообразно с разумом и духом законов» [7, с. 130]<sup>2</sup>. По словам Ф.П. Дубровина, «это положение повторяется почти во всех последующих сборниках уголовных законов и с особенной широтой и подробностью выражено в *Landsgericht-sordnung*'e 1514 г. (Правила судопроизвод-

ства для Австрии под Эннсом. – *Е.Т.*), §48 которого гласит следующее: «Впрочем, все преступления, как обложенные законом уголовными наказаниями, так и не предусмотренные или недостаточно ясно описанные в этом кодексе, должны быть рассматриваемы и судимы судьями, сообразно с разумом и духом законов»» [7, с. 130].

Как полагал Ф.П. Дубровин, перечисленные юридические правила выражают существовавший в Средние века «широкий произвол судей при толковании и применении уголовного закона» [7, с. 129]. Неудивительно, что подобная практика трибуналов послужила поводом для ограничения их дискреционных полномочий. С этой целью уже в Бамбергском уложении 1507 г., Бранденбургском уложении 1516 г. и Каролине (Германский свод уголовного законодательства 1532 г. – *Е.Т.*) был установлен так называемый порядок докладов. Согласно последнему при обнаружении пробела суду предписывалось обратиться к высшей власти, которая для разрешения дела формулировала новую норму права. Ее затем и должен был применить суд. Однако, заметил Ф.П. Дубровин, «все эти меры имели мало успеха ... и вплоть до конца XVIII столетия во всей Западной Европе продолжал господствовать произвол судей» [7, с. 132–133].

Обязанность судебных учреждений восполнять пробелы в праве была установлена во многих зарубежных европейских уголовных законах. Так, Прусский кодекс 1721 г. требовал от суда вынести приговор на основе доброй совести и справедливости, если рассматриваемое им деяние не являлось преступным [17, с. 168]<sup>3</sup>. Баварский кодекс 1751 г. в подобных ситуациях предписывал применение аналогии права [17, с. 168]. Причем согласно Австрийскому уголовному кодексу 1768 г. (Терезиане. – *Е.Т.*) в случае использования аналогии закона трибунал должен был представить решение на утверждение в высший суд [7, с. 131–132].

И все же к концу XVIII в. законодательное санкционирование обсуждаемых

<sup>1</sup> Этот термин здесь, как и в ряде других работ по юриспруденции, употребляется в качестве синонима пробела в праве [3, с. 96; 18, с. 483].

<sup>2</sup> Как указывал И.А. Покровский, ссылка на общий смысл и общий дух законодательства является санкционированием аналогии права [10, с. 93].

<sup>3</sup> При этом самые сложные из указанной категории дел должны были решаться лично королем [17, с. 168].

приемов восполнения юридических лакун было исключено из уголовного законодательства ряда европейских стран. В праве упомянутых государств получил закрепление принцип *nullum crimen sine lege*. Ему соответствует так называемое формальное определение преступления, которое указывает на уголовную противоправность как на неотъемлемый признак преступного деяния [11, с. 78; 14, с. 59–60].

Как утверждал польский правовед С. Глазер, впервые анализируемый принцип нашел законодательное воплощение в Йозефине (Австрийском уголовном кодексе 1787 г.). Как известно, его первый параграф гласит: «Преступлениями должны рассматриваться лишь те противоправные деяния, которые перечислены в настоящем законе» [16, с. 30]. В 1789 году принцип *nullum crimen sine lege* был отражен в Декларации прав человека и гражданина. Так, согласно ст. 8 этого документа «никто не может быть наказан иначе, как в силу закона, принятого и обнародованного до совершения правонарушения и надлежаще примененного» [15, с. 27–28]. Сходное правило предусматривалось §9 Прусского уголовного кодекса 1794 г. [16, с. 31]

Нельзя сомневаться, что охарактеризованные законодательные нововведения были направлены на прекращение судебного произвола [16, с. 30]. Причем главным средством к достижению поставленной цели стало ограничение обширных дискреционных полномочий трибуналов, в том числе возможности применения юридической аналогии в уголовном правосудии.

Верность изложенных суждений подтверждается авторитетными учеными-юристами. Так, по словам Н.Д. Сергеевского, формулы, представляющие собой формальное определение преступления, произошли «из борьбы как отрицание прежде существовавшего порядка, когда суд придавал законам уголовным обратную силу и имел право, о чем именно говорилось почти во всех старинных уложениях, применять закон по аналогии к деяниям, в уложении не указанным» [12, с. 41].

По существу о том же писал П.И. Люблинский. Как он утверждал, принцип *nullum crimen sine lege* «явился первым

протестом развивающегося правового государства против произвола судей. Прямого запрета применять аналогию мы в уголовных законодательствах не встречаем» [9, с. 204]. Однако «ввиду веских соображений теории, требование кодексов о том, чтобы всякое наказание было основано на законе, стало пониматься в том смысле, что судья не вправе путем собственного творчества создавать новый вид диспозиций» [9, с. 204].

Изложенные теоретические представления о возможности и запрете юридической аналогии в уголовном праве и их законодательное закрепление в ходе исторического развития нуждаются в осмыслении. Начать здесь, по-видимому, следует с констатации очевидного факта. И гражданская свобода, предполагающая исключение судебного восполнения пробелов, и борьба с общественно опасными деяниями, обуславливающая необходимость преодоления лакун трибуналами, являются интересами, отчасти противоречащими друг другу. Вместе с тем реализация их обоих требуется для успешного функционирования государства.

Как известно, оптимальный выход из этой ситуации для правового регулирования предложил Р. Паунд. Как он учил, в указанном случае неправильно признание правом одного из соперничающих интересов в полном объеме и тем самым абсолютное игнорирование юридическими нормами другого. Верным же решением является частичный учет в праве обоих анализируемых интересов [6, с. 461]. Так что «задача творца права есть задача компромисса» последних [6, с. 462].

Однако едва ли следует понимать упомянутый компромисс как использование приема правового регулирования, в свое время описанного Л. Фуллером. По его словам, в государстве, «к несчастью, является хорошо знакомым ... методом удовлетворение одного интереса посредством принятия закона и реализация противящегося интереса путем оставления упомянутого закона в широком масштабе не осуществленным в принудительном порядке» [6, с. 544–545].

Подобного рода «подрыв законности есть недуг государства» [6, с. 545]. И, как полагал Л. Фуллер, «нет никакого способа

подвергнуть карантину эту заразную болезнь, чтобы она не распространялась» из очага заболевания «на остальные части правовой системы» [6, с. 545].

Полная недопустимость юридической аналогии в уголовном праве способна повлечь за собой, помимо других вредных для государства последствий, даже прекращение его существования. По крайней мере, так обстояли бы дела, если бы законодатель оказался не в состоянии предвидеть возможность общественно опасных деяний, в результате которых, например, очень быстро уничтожается большая часть населения страны. Ведь в подобных случаях суд как власть, впервые сталкивающаяся с анализируемыми вредом, не имеет возможности его пресечь, поскольку соответствующие вредоносные деяния не предусмотрены в юридических нормах. Последующее же вмешательство законодателя подчас может оказаться запоздалым для спасения государства.

Между прочим, именно для анализируемых ситуаций Р. Иеринг сформулировал правило, которое до настоящего времени рассматривается в качестве высшего императива для правового регулирования. Суть этого предписания такова. Если бы государство беспомощно взирало «на требования жизни, которые не предусмотрены в законе», то оно бы погибло [8, с. 307]. Поэтому «там, где ... обстоятельства требуют, чтобы государственная власть пожертвовала или правом, или обществом, она не только уполномочена, но и обязана пожертвовать правом и спасти общество» [8, с. 309]. Иначе и быть не может, поскольку «выше всякого отдельного закона, нарушаемого в таком случае, стоит всеобщий и высший закон сохранения общества» [8, с. 309].

Правда, «отдельному лицу может быть предоставлено в случаях подобного столкновения интересов, когда приходится выбирать между правом и жизнью, жертвовать последнею. Он приносит в жертву только себя, между тем как общество и право продолжают свое существование. Но государственная власть, поступающая таким же образом, совершает смертный грех, потому что на ее обязанности лежит осуществление права не ради самого права, а ради общест-

ва; как капитан судна выбрасывает груз за борт, когда того требует безопасность корабля и экипажа, так и государственная власть поступает с законом, когда такой образ действий является единственным средством предохранить общество от важной опасности» [8, с. 309]. Это — «обусловливаемое состоянием крайней необходимости» право государственной власти, которая «не только смеет прибегать к нему, а и обязывается к тому» [8, с. 309–310]. Причем «ложно верование в то, что» в подобных обстоятельствах «интерес обеспеченности права и политической свободы требует возможно полного ограничения государственной власти законом» [8, с. 307]<sup>4</sup>.

Применение изложенных теоретических положений для решения проблемы выбора между запретом и дозволением юридической аналогии legislaturой приводит к выводу: для успешного функционирования государства надлежит по возможности принять во внимание и общегосударственный интерес в неприкосновенности гражданской свободы, и заинтересованность государства в борьбе с антиобщественными деяниями, способными нанести ему ущерб. Более того, нужно найти компромисс между упомянутыми запретом и дозволением, обеспечивающий реализацию указанных ценностей, и воплотить его в государственной жизни. Притом требуется предпринять действия, не наносящие ущерба режиму законности. Ес-

<sup>4</sup> Очевидно, что сформулированные идеи Р. Иеринга близки к взглядам Д. Локка. Так, по мысли этого английского философа, «законодатели не в состоянии предвидеть все и создавать соответствующие законы на все случаи, когда это может быть полезно сообществу». Отсюда «исполнитель законов, имея в своих руках власть, обладает на основе общего закона природы правом использовать ее на благо общества во многих случаях, когда муниципальный закон не дает никаких указаний». Кроме этого, «может возникнуть целый ряд обстоятельств, когда строгое и неуклонное соблюдение законов может принести вред». В таких «случаях необходимо, чтобы сами законы уступали место исполнительной власти, или, скорее, этому закону природы и правления, viz. чтобы, насколько только возможно, были сохранены все члены общества». Эта «власть действовать сообразно собственному разумению ради общественного блага, не опираясь на предписания закона, а иногда даже вопреки ему, и есть то, что называется прерогативой» [5, с. 356–357].

ли же это невыполнимо, то следует свести такой урон к минимуму.

Сформулированные задачи возможно осуществить следующим способом. Трибуналу при встрече с вредоносными для государства деяниями, которые не предусмотрены законодательством, необходимо пресечь их, ссылаясь на предписания последнего. По сути, здесь идет речь об обращении суда к юридической фикции. Ее применение в условиях причинения государству вреда означает: в обстановке, когда приходится выбирать между благом указанного сообщества и нарушением законности, последней наносится ущерб. Однако он меньше, чем при другом возможном способе выхода из рассматриваемого положения, когда суд останавливает бедствие без обоснования своего поведения действующим правом.

В самом деле, скрытое нарушение государством законности лучше открытого. По крайней мере, при первом у большинства населения страны не создается впечатления о нарушении правопорядка. Информация об этом доступна лишь очень узкому кругу людей, что, несомненно, положительно сказывается на эффективности правового регулирования. Во всяком случае, здесь исключается следование массой граждан примеру должностных лиц, не считающихся с действующим правом.

Скорее всего аргументация, созвучная приведенной, равно как и сделанный из нее вывод, не были полностью чужды ряду поколений судебных чиновников зарубежных европейских стран во времена, когда юридическая аналогия в уголовном праве здесь была законодательно запрещена. В пользу этого заключения свидетельствуют фактические данные о деятельности упомянутых должностных лиц в рассматриваемые исторические периоды.

Так, И.И. Аносов писал: «Если обратимся к практике, то увидим, как и следовало ожидать, что указанный принцип (*nullum crimen sine lege*. – Е.Т.), эта “аксиома современного уголовного права”, нарушался, когда это было (или казалось) выгодным и необходимым. Идея, что не все преступления предусмотрены в кодексах, руководит и практикой» [1, с. 4–5]. Такие замечания И.И. Аносова подтверждают вывод, сделан-

ный Е. Эрлихом. По словам последнего, «аналогия по большей части устранена уголовным законом, однако тем самым она еще не устранена на практике» [1, с. 16].

При этом судьи применяли ранее сформулированную логику не только к случаям возможной быстрой гибели государства от непредвиденной в юридических нормах опасности. Общие начала этой аргументации использовались и по отношению к менее вредным деяниям, не определенным в уголовном праве в качестве преступлений.

Одним из примеров может служить следующее решение нидерландского суда. В течение 1918 г. врач-дантист регулярно подключал свои медицинские инструменты к электрической сети, принадлежащей городской компании. Причем прибор учета потребляемой энергии был им заранее выведен из строя. В результате в 1920 г. врача осудили на три месяца тюремного заключения за совершение кражи [19, с. 71].

Дантист обжаловал приговор в Верховном суде Нидерландов. Он утверждал, что в соответствии со ст. 310 действовавшего тогда уголовного кодекса объектом кражи являются лишь материальные, телесные вещи. Электричество, разумеется, к таким предметам не относится. Более того, Уголовный кодекс Нидерландов был принят в 1881 г., когда ни один законодатель и подумать не мог о возможности совершения подобного рода деяний [19, с. 71]. Ведь первая опытная линия электропередач была сооружена в 1882 г. в Германии [2, с. 471].

Тем не менее Верховный суд Нидерландов отклонил доводы врача и оставил приговор в силе. Как указал этот трибунал в своем решении, существенные признаки телесных предметов и электрической энергии совпадают. Упомянутое судебное постановление представляет собой классический пример юридического мышления по аналогии [19, с. 71].

Идентичные дела возникали в деятельности трибуналов ряда других европейских государств. Во Франции, например, судьи поступали так же, как и их коллеги из Нидерландов [19, с. 77]. Тожественным образом действовали и некоторые немецкие трибуналы. Например, 15 января 1895 г. Верховный суд Баварии постановил, что

«присвоение электрического тока составляет кражу» [4, с. 218].

Однако Имперский Верховный суд Германской империи занял обратную позицию, которая, между прочим, господствовала в это время в судебной практике Швейцарии [19, с. 77]. Он поддержал оправдательные приговоры, вынесенные на том основании, что «электричество не есть телесное вещество и не может быть объектом кражи» [4, с. 215]. Поэтому для пресечения описанных деяний в Германской империи потребовалось принятие специального закона, который был утвержден легислатурой лишь 9 апреля 1900 г. [20, с. 851]

Таким образом, в четырех названных странах, уголовное право которых запрещает применение юридической аналогии [19, с. 77], судебные органы не во всех случаях следовали данному запрету. В Германии и Швейцарии он соблюдался. Здесь приоритет был отдан неприкосновенности гражданской свободы и строгому соблюдению правовых норм. Иное положение было во Франции и Нидерландах. В указанных государствах трибуналы пренебрегали рассматриваемым запретом ради скорейшего прекращения вредоносных поступков.

Последствия законодательного запрещения юридической аналогии в зарубежных европейских странах с конца XVIII в. вплоть до современности, по-видимому, способны выступить в качестве урока на будущее. Скорее всего этот запрет в грядущие времена ради общегосударственных интересов будет реализовываться трибуналами не во всех случаях наличия юридических лакун.

Разумеется, так будут обстоять дела лишь при одном условии. Основы сформулированной ранее логики, требующей от суда восполнить пробел, не придут в противоречие с грядущими обстоятельствами, в которых эти трибуналы будут действовать.

Сохранение же рассматриваемой аргументацией своей силы, несмотря на наносимый в результате такого положения ущерб обеспечению законности, бесспорно, в состоянии принести немалую пользу государству. Причина проста. Люди, склонные к совершению общественно опасных деяний, обычно хорошо осведомлены о том, как

реализуется законодательный запрет аналогии в уголовном праве относительно их товарищей по нарушению общегосударственных интересов. Поэтому такие потенциальные вредители, несомненно, должны будут учесть указанный факт при принятии решений относительно своих будущих деяний. Отсюда не исключено, что некоторые из них воздержатся от совершения общественно опасных поступков.

Таким образом, практика, нарушающая законность, будет иметь своеобразное последствие. Она пойдет на пользу ее укреплению.

### Библиографический список

1. *Аносов И.И.* Заметки к вопросу о применении аналогии в уголовном праве // Бюл. Средне-азиат. гос. ун-та. 1926. №5. С. 1–18.
2. *Большая советская энциклопедия.* М., 1973. Т. 14. 624 с.
3. *Верещагин А.Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М.: Международные отношения, 2004. 334 с.
4. *Гессен И.В.* Творческая роль суда (примеры из практики) // Журнал министерства юстиции. 1897. №6. С. 204–225.
5. *Джон Локк.* Сочинения. М.: Мысль, 1988. Т. 3. 669 с.
6. *Дробышевский С.А.* История политических и правовых учений: основные классические идеи. М.: Норма, 2007. 592 с.
7. *Дубровин Ф.П.* О размерах допустимости аналогии при применении уголовного закона // Журнал министерства юстиции. 1899. №5. С. 107–138.
8. *Иеринг Р.* Цель в праве. СПб., 1881. Т. 1. 412 с.
9. *Люблинский П.И.* Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса. Пг., 1917. 267 с.
10. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. 354 с.
11. *Российское уголовное право. Общая часть: учебник / под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова.* М.: Спарк, 2000. 478 с.
12. *Сергеевский Н.Д.* Русское уголовное право. Общая часть. СПб., 1900. 364 с.

13. Спасович В.Д. Учебник уголовного права. СПб., 1863. Т. I. 428 с.
14. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник / под. ред. А.И. Рарога. М.: Юрист, 2004. 496 с.
15. Французская Республика. Конституция и законодательные акты / пер. с франц. М.: Прогресс, 1989. 448 с.
16. Glaser S. Nullum Crimen Sine Lege // Journal of Comparative Legislation and International Law. 1942. 24, 29–37.
17. Hall J. Nulla Poena Sine Lege // The Yale Law Journal. 1937. 47, 165–193.
18. Langenbacher K. Argument by Analogy in European Law // Cambridge Law Journal. 1998. 57, 481–521.
19. Maris C. W. Milking the Meter – On analogy, Universalizability and World Views // Legal knowledge and analogy: fragments of legal epistemology, hermeneutics, and linguistics. Springer, 1991. P. 71–106.
20. Preuss L. Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law // Journal of Criminal Law and Criminology. 1936. 26, P. 47–856.

***HISTORY OF LEGISLATIVE ADOPTION AND  
JUDICIAL APPLICATION OF LEGAL ANALOGY IN  
FOREIGN EUROPEAN CRIMINAL LAW:  
THEORETICAL ANALYSIS AND LESSONS FOR THE FUTURE***

**E.Y. Tikhonravov**

Siberian Federal University, Law Institute. 6, Maerchaka st., Krasnoyarsk, 660075  
E-mail: eugenerus@hotmail.com

The article examines how two interests, the ensuring of inviolability of civil liberty and the need for suppression of harmful acts, which legislature failed to foresee in advance and, therefore, include into legislation, have been competing in the history of legislative adoption and judicial application of legal analogy in foreign European criminal law. The findings suggest that it is required to effect both interests in mentioned legal practice with the fulfillment of principle of legality. The paper provides theoretical model to achieve this goal, and demonstrates historical examples of corresponding practice. Moreover, further continuation of the latter is suggested.

---

Keywords: analogia juris; analogia legis; gaps in the law; legal fiction

### ЗАМЕЧЕННЫЕ ОПЕЧАТКИ

Страница	Строка	Напечатано	Должно быть
36	32	Обязанность судебных учреждений	В этом веке обязанность судебных учреждений
36	36	относится к	относится здесь к
40	7	относительно своих будущих деяний.	относительно своей будущей деятельности.
40	21	Здесь приоритет	Отсюда здесь приоритет
41	12	P. 47-856.	P. 847-856.
41	14	HISTORY	THE HISTORY
41	17	AND LESSONS	AND SOME LESSONS