

ИСТОРИЯ СУДЕБНОГО ВОСПОЛНЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ XIX–XX ВЕКОВ И СССР

Е.Ю. Тихонравов

Сибирский федеральный университет, г. Красноярск, Российская Федерация

Информация о статье

Дата поступления
22 февраля 2016 г.

Дата принятия в печать
28 апреля 2017 г.

Дата онлайн-размещения
21 июня 2017 г.

Ключевые слова

Гражданская свобода; пробел в праве; аналогия закона; принцип *nullum crimen sine lege*; юридическая фикция

Финансирование

Грант Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых — кандидатов наук № МК-6969.2016.6

Аннотация. В деятельности судов по восполнению пробелов в уголовном праве Российской империи XIX–XX вв. и СССР конкурировали два противоречащих друг другу общегосударственных интереса. Первый из них заключается в обеспечении гражданской свободы — возможности делать все то, что не запрещено законом. Второй состоит в пресечении вредных для государства деяний, которые законодатель не смог предвидеть и поэтому заранее запретить в праве.

На основе анализа отмеченной конкуренции двух выделенных общегосударственных интересов сделан вывод о необходимости их совмещения в правосудительной судебной деятельности, ибо именно это отвечает цели самосохранения и прогресса государства. Отсюда предложен метод определения правомерных вредоносных деяний, которые в условиях юридического закрепления принципа *nullum crimen sine lege* (нет преступления без указания о нем в законе) должны подлежать пресечению судами. Имеется в виду сопоставление зла и пользы для государства от упомянутого пресечения. Зло, в частности, заключается в нарушении гражданской свободы и законности. Польза может состоять в своевременном предотвращении ущерба, который способны причинить государству правомерные антиобщественные поступки. Суду надлежит пресекать эти деяния, когда такая линия поведения приносит государству больше пользы, чем вреда. В противоположной ситуации необходимо допускать их свободное совершение.

Первый из двух описанных вариантов суду следует осуществлять, ссылаясь на действующие нормы права, что, по сути, подразумевает обращение судебного органа к юридической фикции. Здесь ее применение означает следующее. В обстановке, когда приходится выбирать между благом государства и нарушением законности, последней наносится ущерб. Однако он меньше, чем при другом возможном способе выхода из рассматриваемого положения, когда суд пресекает правомерное вредоносное деяние без обоснования своего поведения действующим правом.

THE HISTORY OF JUDICIAL COMPENSATION FOR GAPS IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF THE RUSSIAN EMPIRE IN THE 19TH — 20TH CENTURIES AND THE USSR

Evgeny Y. Tikhonravov

Siberian Federal University, Krasnoyarsk, the Russian Federation

Article info

Received
2016 February 22

Accepted
2017 April 28

Available online
2017 June 21

Keywords

Civil liberty; a gap in law; analogia legis; principle *nullum crimen sine lege*; legal fiction

Financing

Grant of the President of the Russian Federation for the state support of young Russian scholars with a Ph.D. no. MK-6969.2016.6

Abstract. There were two mutually contradictory state interests that determined the activities of courts on bridging the gaps in the criminal legislation of the Russian Empire of the 19th — 20th centuries and the USSR. The first of them is ensuring civil liberties — an opportunity to do anything that is not prohibited by law. The second is suppressing actions harmful for the state that the lawmakers could not foresee and thus did not prohibit by law. The analysis of the above-mentioned competition of two state interests allowed the author to conclude that it is necessary to combine them in the legal-compensatory judicial activities, as this corresponds to the goal of self-preservation and progress of the state. Based on this, the author presents the method of determining legal harmful acts that, if the *nullum crimen sine lege* (there is no crime if not mentioned in law) principle is legally fixed, should be suppressed by courts. It is understood as comparing the harm and the benefits for the state that such suppression could cause. The harm, specifically, consists in the violations of civil liberties and lawfulness. The benefits can consist in the timely prevention of harm that illegal anti-social actions could cause to the state. The court should suppress these actions if such a line of behavior brings the state more benefits than harm. Otherwise, these actions should proceed freely.

The first of the described scenarios should be used by the court with reference to the active legal norms and, in essence, it presupposes that the court refers to a legal fiction. Its use means the following: in the case when it is necessary to choose between benefits for the state and the violation of justice, the latter is harmed. However, this harm is smaller than it is if another possible way out of the situation is used, if the court suppresses a harmful legal action without basing its decision on current law.

В законодательстве Российской империи XIX–XX вв. был закреплен принцип *nullum crimen sine lege* — нет преступления без указания о нем в законе. Так, ст. 1 т. XV Свода законов Российской империи 1832 г. гласила: «Всякое деяние, запрещенное законом под страхом наказания, есть преступление» [1, с. 56].

Аналогичное положение было воплощено в ст. 4 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. В соответствии с ней «преступлением или проступком признается как самое противозаконное деяние, так и неисполнение того, что под страхом наказания уголовного или исправительного законом предписано»¹.

Принцип *nullum crimen sine lege* нашел свое закрепление и в ст. 771 Устава уголовного судопроизводства 1864 г. В соответствии с ней «суд постановляет приговор... об оправдании подсудимого, когда деяние, в коем он был обвиняем, признается... невоспрещенным законами под страхом наказания»².

Опираясь на перечисленные статьи, П.П. Пусторослев пришел к следующему выводу: «В нашем общем уголовном праве твердо установлено самим законом разумное общее правило, что преступно только то, что закон признал преступным» [2, с. 413]. Такое же заключение сделали Н.С. Таганцев, Н.А. Буцковский, А.Д. Градовский, Ф.П. Дубровин и Е.В. Васьяковский [1, с. 191; 3, с. 33; 4, с. 30–31; 5, с. 20–21; 6, с. 309].

По утверждению некоторых специалистов, принцип *nullum crimen sine lege* существовал в отечественном праве до XIX в. Скажем, редакторы обзора хода работ по составлению Уложения о наказаниях... 1845 г. отмечали, что еще «со времени издания уложения Царя Алексея [Соборное уложение 1649 г.] законодательство наше, как это видно из общего духа его постановлений, признавало преступлениями только те деяния, которые воспрещены законом под страхом наказания» [3, с. 30].

Известно, что принцип *nullum crimen sine lege* защищает общегосударственный интерес неприкосновенности гражданской свободы. Как отмечал В.Д. Спасович, последняя «состоит

в возможности делать все то, что не запрещено законом» [7, с. 70].

Однако судебные органы Российской империи XIX–XX вв. нередко пренебрегали указанным принципом. Это нарушение сводилось к такому преодолению судами пробелов в уголовном праве, в результате которого к уголовной ответственности привлекались лица, совершившие правомерные вредоносные поступки.

Так, по утверждению Н.С. Таганцева, «уголовный кассационный департамент Сената почти с самого начала своей деятельности... выработал учение о безусловном праве суда на пополнение всяких пробелов закона» [1, с. 188]. Скажем, в решении по делу Костюковой 1868 г. Сенат постановил, что «деяние, хотя и не воспрещенное никакою положительною статьею закона, может быть... обложено наказанием, если допущение подобного обычая может дать повод к значительным по сему предмету злоупотреблениям» [5, с. 29–30].

Для восполнения отмеченных пробелов суды Российской империи XIX–XX вв. нередко обращались к аналогии закона. Скажем, в решении по делу Ивлиева 1906 г. Сенат указал, что «для применения уголовного закона по аналогии требуется: 1) несомненная преступность деяния, 2) отсутствие прямого карательного закона и 3) близкое сходство судимого деяния с тем, которое предусмотрено в уголовном законе» [8, с. 205].

Один из подобных примеров использования аналогии закона в судебной практике Российской империи XIX–XX в. привел П.П. Пусторослев. По уголовному праву того периода шантаж не считался преступлением. Но «суды под предводительством Уголовного Кассационного Департамента, находя некоторое сходство между шантажом и мошенничеством, распространяли на шантаж уголовные законы о мошенничестве и, таким образом, с помощью противозаконной аналогии возводили шантаж в число уголовных правонарушений и облагали наказанием, узаконенным за мошенничество» [2, с. 18].

Правда, отечественные суды обсуждаемого периода старались создать видимость правомерности охарактеризованной практики преодоления пробелов в уголовном праве. Для этой цели в своих решениях они нередко ссылались на ст. 12 Устава уголовного судопроизводства 1864 г. и ст. 155 Уложения о наказаниях... 1845 г. [1, с. 188; 4, с. 26; 8, с. 204–205; 9, с. 5].

¹ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных (15 августа 1845 г.) // Российское законодательство X–XX веков. М., 1988. Т. 6. С. 174. Статья 4 Уложения о наказаниях... 1845 г. стала ст. 1 в издании Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. (см.: Свод законов Российской империи. СПб., 1912. Т. 15. С. 1).

² Устав уголовного судопроизводства 1864 г. // Свод законов Российской империи. Т. 16, ч. 1. С. 446.

Согласно первой из двух указанных статей, «все судебные установления обязаны решать дела по точному разуму существующих законов, а в случае неполноты, неясности или противоречия законов, коими судимое деяние воспрещается под страхом наказания, должны основывать решение на общем смысле законов»³. Изложенная норма, выделяя «неполноту законов», не упоминала, в отличие от однородной ст. 9 Устава гражданского судопроизводства 1864 г., об их «недостатке». Это было сделано не случайно.

Как подчеркивал Н.С. Таганцев, неполнота уголовного закона подразумевает, что «известное деяние воспрещено законом, но в его обрисовке встречаются пробелы» [1, с. 187]. Отмеченный же недостаток предполагает «отсутствие закона, которым данное деяние воспрещается под страхом наказания» [там же].

По мысли Н.С. Таганцева, «недостаток уголовных законов предполагает... такие пробелы», которые «могут произойти или в силу простой оплошности, недосмотра законодателя, или в силу каких-либо соображений уголовной политики, или же вследствие того, что само преступное деяние народилось в общежитии только после издания кодекса уголовного» [там же]⁴. Отсюда видно, что ст. 12 Устава уголовного судопроизводства 1864 г. не санкционировала преодоление судами пробелов в уголовном праве, в результате которого к уголовной ответственности привлекались бы лица, совершившие правомерные вредоносные поступки.

То же следует сказать и о ст. 155 Уложения о наказаниях... 1845 г. Она гласила: «Если в законе за подлежащее рассмотрению суда преступное деяние нет определенного наказания, то суд приговаривает виновного к одному из наказаний, предназначенных за преступления, по важности и роду своему наиболее с оным сходные, но не приводя сего приговора в действие, представляет о том без замедления, по установленному порядку подчиненности, на

рассмотрение Правительствующего сената»⁵. В редакции Уложения о наказаниях... 1866 г. и 1885 г. данное предписание было помещено в ст. 151⁶.

Существование этой нормы объясняется следующим. Как известно, т. XV Свода законов Российской империи 1832 г. являлся инкорпорацией уголовного законодательства прошлых столетий. Причем уголовные санкции нередко были изложены здесь в самых общих выражениях.

Вот почему в т. XV Свода законов Российской империи 1832 г. была включена ст. 104. Она предусматривала, что «когда закон, полагая наказание, назначает оное общими выражениями, как то: наказать яко преступника указов, или наказать по всей строгости законов, или на основании законов, не определяя при этом ни рода наказания, ни вида его, или же когда, назначая род наказания, он не назначает вида его; тогда суд прежде всего определяет с точностью существо преступления, сравнивает его с другими однородными и к нему по свойству их ближайшими, а потом полагает за оное наказание и представляет свое мнение в высшее место, по порядку подчиненности» [5, с. 15]⁷.

Нормы с неопределенными санкциями сохранились и в Уложении о наказаниях... 1845 г. [4, с. 17, 27]. Это и объясняет наличие в упомянутом акте уже процитированной статьи 155.

Сказанное позволяет понять, почему она не могла служить юридическим обоснованием привлечения к уголовной ответственности лиц, совершивших правомерные вредоносные поступки. По утверждению А.Д. Градовского, эта статья «говорит лишь о том случае, когда в законе за подлежащее рассмотрению суда преступное деяние нет определенного наказания. Следовательно, она предоставляет усмотрению суда определение меры наказания, а никак не преступности действия, не предусмотренного

⁵ Российское законодательство X–XX веков. С. 205.

⁶ Вдобавок оно подверглось частичному изменению: ст. 151 Уложения сохранила обязанность судов представлять в соответствующих случаях решения на утверждение Правительствующего сената лишь в тех местностях, где судебные уставы 1864 г. не были введены в действие (см.: Свод законов Российской империи. Т. 15. С. 18).

⁷ Процитированная статья не содержала полный перечень упомянутых общих выражений. Скажем, к ним также принадлежала фраза «наказать преступника до чего доведется» [4, с. 14].

³ Свод законов Российской империи. Т. 16, ч. 1. С. 368.

⁴ Аналогичной точки зрения о различии неполноты и недостатка законов придерживался Г.В. Демченко. Правда, этот правовед замечал: «Легко видеть, что логически правильное различие понятий неполноты и недостатка уголовного закона в действительности часто оказывается весьма условным» [10, с. 341].

законом» [4, с. 28]⁸. Эту точку зрения разделяли многие другие дореволюционные правоведы [1, с. 189–190; 2, с. 18; 5, с. 16–18; 11, с. 39; 12, с. 297; 13, с. 96].

С самого начала установления советского государства функционирующим в нем судебным органам были предоставлены широкие полномочия по преодолению пробелов в праве. Так, ст. 22 Положения о народном суде РСФСР 1918 г. гласила: «При рассмотрении всех дел народный суд применяет декреты рабоче-крестьянского правительства, а в случае отсутствия соответствующего декрета или неполноты такового руководствуется социалистическим правосознанием»⁹.

Вопрос о восполнении пробелов в праве судебными органами обсуждался и при разработке Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. Так, на третьей сессии ВЦИК РСФСР девятого созыва, состоявшейся в мае 1922 г., народный комиссар юстиции Д.И. Курский заявил следующее: «Ни один уголовный кодекс не в состоянии обнять всего многообразия преступных деяний, которые фактически в жизни имеются, и если мы хотим действительно создать кодекс, который будет бороться с опасными для строя явлениями, мы должны иметь статьи, которые дают возможность судье действовать по аналогии... Будет необходимость властно вмешаться суду, а не дожидаться, пока будут декретированы нормы» [14, с. 40].

В результате в Уголовном кодексе РСФСР 1922 г. получила закрепление аналогия закона. Статья 10 упомянутого акта устанавливала, что «в случае отсутствия в Уголовном Кодексе прямых указаний на отдельные виды преступлений, наказания или меры социальной защиты применяются согласно статей Уголовного Кодекса, предусматривающих наиболее сходные по

важности и роду преступления, с соблюдением правил общей части сего Кодекса»¹⁰.

Отдельные правоведы полагали, что действие аналогии закона в советском уголовном праве долго не продлится. Например, П.И. Люблинский видел в ст. 10 Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. «одно из постановлений переходного периода советского законодательства» [14, с. 49–50]. Близкую по смыслу позицию занял С.В. Познышев. Он считал, что на это правило «надо смотреть как на временное, вызываемое особыми условиями переживаемого момента» [15, с. 38].

Приведенные предположения П.И. Люблинского и С.В. Познышева оказались неверными. Аналогия закона была закреплена в ч. 3 ст. 3 Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1924 г., а также в уголовных кодексах всех союзных республик [16, с. 51], включая Уголовный кодекс РСФСР 1926 г.¹¹

Более того, впоследствии она получила широкое распространение в советской судебной практике. Например, в 1939 г. исследователи констатировали, что за 20 месяцев работы «суды Московской области применяли аналогии по 53 статьям Уголовного кодекса, что составляет одну треть статей особенной части Уголовного кодекса РСФСР»¹². То же было характерно и для деятельности Московского городского суда¹³.

По утверждению упомянутых экспертов, «эта практика говорит о чрезмерно широком применении аналогии по множеству статей уголовного закона и приводит в действительности к извращению института аналогии... Беспре-

⁸ Сходным образом А.Д. Градовский комментировал и соответствующее правило т. XV Свода законов Российской империи 1832 г., закрепленное в ст. 104 последнего. Он утверждал, что здесь, «конечно, нельзя видеть (как это делает современная судебная практика) зародыша права аналогии. Нельзя... потому, что аналогия имеет дело с деяниями, вовсе не предусмотренными законом; в данном же случае деяние было предусмотрено и только мера наказания не определена» [4, с. 15].

⁹ Положение о народном суде РСФСР 1918 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 85. Ст. 889. Аналогичные предписания были воплощены в ст. 22 Положения о народном суде РСФСР 1920 г. (см.: Там же. 1920. № 83. Ст. 407).

¹⁰ О введении в действие Уголовного Кодекса РСФСР : постановление ВЦИК от 1 июня 1922 г. (вместе с Уголовным Кодексом РСФСР) // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 15. Ст. 153.

¹¹ В соответствии с его ст. 16, «если то или иное общественно-опасное действие прямо не предусмотрено настоящим Кодексом, то основание и пределы ответственности за него определяются применительно к тем статьям Кодекса, которые предусматривают наиболее сходные по роду преступления» (см.: О введении в действие Уголовного Кодекса РСФСР редакции 1926 года : постановление ВЦИК от 22 нояб. 1926 г. (вместе с Уголовным Кодексом РСФСР) // Там же. 1926. № 80. Ст. 600).

¹² Понятие аналогии в советском уголовном праве и практика ее применения // Советская юстиция. 1939. № 3. С. 12.

¹³ Там же. (Такие же выводы присутствуют в зарубежной литературе. См.: The Use of Analogy in Criminal Law // Columbia Law Review. 1947. № 47. P. 620.)

дельность пользования аналогией вскрывает опасность и политическую вредность широкого применения аналогии в практике судов...»¹⁴.

К сходным выводам в 1938 г. пришли сотрудники редакции журнала «Советская юстиция». Они заявили, что «применение на практике аналогии сопряжено иногда с крупнейшими извращениями социалистического уголовного права»¹⁵. Скажем, аналогия закона «нередко применяется тогда, когда в законе имеется соответствующий состав преступления»¹⁶.

Одним из примеров здесь может выступить постановление Президиума Верховного Суда РСФСР от 17 марта 1935 г. В нем сказано, что «суды должны... усилить репрессию против хулиганства, применяя к злым хулиганам лишение свободы. Как бандиты, должны караться те особо опасные хулиганы, которые совершают хотя бы одиночные нападения, но связанные с убийством или вооруженным сопротивлением органам власти (насилие, ранение и т.п.) с квалификацией этих преступлений по ст. 16 и 59³ УК» [17, с. 60].

М.Д. Шаргородский подверг это судебное решение критике. По его убеждению, наличие в Уголовном кодексе «специальных статей об убийстве, сопротивлении власти... о грабеже лишает применение... аналогии какого бы то ни было основания». Усиление же репрессии «за рамки санкции статьи должно быть проведено в законодательном порядке, а не решением судебных органов» [там же].

В деятельности советских судов известны другие случаи некорректного использования аналогии закона. Так, в 1934 г. Верховный Суд РСФСР постановил, что «неосторожное обращение с огнем, повлекшее за собой уничтожение колхозного имущества, является действием социально-опасным, подлежащим квалификации по ст. 16 и 79 УК» [там же].

По этому поводу М.Д. Шаргородский отметил: «...ст. 79... предусматривает только «умышленное истребление или повреждение имущества» и на неосторожные поступки никак распространяться не может» [там же]. Причем данное заключение соответствовало прежней позиции Верховного Суда РСФСР. В 1926 г. он постановил: статья Уголовного кодекса, «преду-

сматривающая лишь умышленное совершение какого-либо деяния, не может быть применена через ст. 10 (16) УК к случаям неосторожного совершения этого же деяния» [17, с. 60].

Неудивительно, что в 1930-х гг. между отечественными специалистами возник спор об аналогии закона в советском уголовном праве. Так, А.А. Герцензон, И.Т. Голяков, М.М. Исаев, И. Ромашкин, А.А. Пионтковский требовали ее отмены¹⁷ [18, с. 84]. Другие правоведы придерживались противоположной точки зрения. Например, А.Я. Вышинский, повторяя изложенные доводы Д.И. Курского, заявлял о необходимости сохранения аналогии закона [17, с. 58]. Это мнение разделял М.Д. Шаргородский, который рассматривал последнюю в качестве «полезного орудия борьбы» [там же, с. 60].

Отмеченная дискуссия не вызвала серьезных изменений в практике применения аналогии закона в советском уголовном праве. Суды обращались к этому техническому приему юриспруденции и в послевоенное время [19, с. 225], что находило поддержку среди авторитетных юристов того времени [там же, с. 220–226; 20, с. 162–165].

Однако из Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. аналогия закона была исключена. Здесь в ст. 7 получил воплощение принцип *nullum crimen sine lege*. Она гласила: «Преступлением признается предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние (действие или бездействие), посягающее на советский общественный или государственный строй, социалистическую систему хозяйства, социалистическую собственность, личность, политические, трудовые, имущественные и другие права граждан, а равно иное, посягающее на социалистический правопорядок, общественно опасное деяние, предусмотренное уголовным законом»¹⁸.

Цитированная статья, указывающая на уголовную противоправность как на неотъемлемый признак преступного деяния, была принята в целях укрепления гражданской свободы [21, с. 61; 22, с. 82]. Но, несмотря на охарактеризованное закрепление принципа *nullum crimen sine lege*, лица, совершившие правомерные вредоносные поступки, нередко привлекались к уголовной ответственности. Причем в соответ-

¹⁴ Советская юстиция. 1939. № 3. С. 12.

¹⁵ К разработке проекта общей части Уголовного кодекса СССР // Там же. 1938. № 20–21. С. 18.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Советская юстиция. 1938. № 20–21. С. 19.

¹⁸ Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1959. № 1. Ст. 6.

ствующих обвинительных приговорах суды не констатировали наличие пробелов в праве и не указывали на используемые для преодоления последних методы. Вместо этого судебные органы квалифицировали рассматриваемые деяния по статьям действующего Уголовного кодекса.

Так, П.С. Дагель обращал внимание на существовавшую в СССР после 1958 г. «практику квалификации заранее не обещанного сбыта похищенного как соучастия в хищении, угона автомашин как хулиганства» [22, с. 86]. По его словам, эти случаи привлечения к уголовной ответственности лиц, совершивших правомерные вредоносные поступки, составляют примеры «незаконного применения аналогии, хотя такая квалификация производилась под видом толкования закона» [там же]. Другие подобные иллюстрации приводили в своих исследованиях А.И. Абрамова [23, с. 54], Е.В. Болдырев и В.Н. Иванов [24, с. 250].

Не случайно М.А. Кауфман сделал следующий вывод: «Аналогия... довольно широко использовалась на протяжении всех 36 лет существования ее в советском уголовном законодательстве. Не исчезла она из практики применения и после ее отмены, а лишь обрела скрытые формы, умело мимикрируя и маскируясь»¹⁹ [25, с. 40].

Изложенный исторический материал о восполнении пробелов в отечественном уголовном праве нуждается в осмыслении. Начать здесь, считаем, следует с констатации очевидного факта. И гражданская свобода, предполагающая исключение нарушающей ее правозастыжной деятельности судов, и борьба с общественно опасными деяниями, обуславливающая необходимость такого преодоления пробелов в уголовном праве, являются интересами, отчасти противоречащими друг другу. Вместе с тем реализация их обоих требуется для успешного функционирования государства.

В самом деле, полная недопустимость восполнения пробелов 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 общественно опасные деяния, в результате которых, скажем, очень быстро уничтожается большая часть населения страны. Ведь в подобных случаях суд как власть, впервые сталкивающаяся с анализируемым 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» [27, с. 307], то оно бы погибло. 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» [там же, с. 309]. Иначе и быть не может, поскольку «выше всякого отдельного закона, нарушаемого в таком случае, стоит всеобщий и высший закон сохранения общества» [там же].

Правда, «отдельному лицу может быть предоставлено в случаях подобного столкновения интересов, когда приходится выбирать между правом и жизнью, жертвовать последнему. 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 общества; 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» [там же, с. 309]. Это — «обуславливаемое состоянием крайней необходимости» [там же, с. 309–310] право государственной власти, которая «не только смеет прибегать к нему, а и обязывается к тому» [там же, с. 310].

Сказанное выступает основанием для постановки следующего вопроса: как в условиях законодательного закрепления принципа

¹⁹ Более того, комментируя Уголовный кодекс РСФСР 1960 г., И. Лапенна отметил: «Отмена аналогии, хотя и благотворная в целом, не может вызвать серьезных последствий» [26, р. 427]. Причина этого, по мысли упомянутого правоведа, заключалась в следующем. В указанном нормативном правовом акте некоторые «формулировки преступлений настолько широки, что представляют собой очень эластичные рамки, охватывающие все деяния, которые являются или могут считаться опасными для строя» [там же].

nullum crimen sine lege определить подлежащие пресечению судами правомерные вредоносные деяния?

При ответе на поставленный вопрос требуется, по-видимому, сравнивать две вещи. Имеются в виду зло и польза для государства с точки зрения суверенной власти от упомянутого пресечения. Зло, в частности, заключается в нарушении гражданской свободы и законности. Польза может состоять в своевременном предотвращении ущерба, который способны причинить политическому телу правомерные антиобщественные поступки.

Суду надлежит пресекать отмеченные деяния, когда такая линия поведения, с точки зрения суверенной власти, приносит государству больше пользы, чем вреда. В противоположной ситуации необходимо допускать их свободное совершение.

Первый из двух только что описанных вариантов суду следует осуществлять, ссылаясь на действующие нормы права. По сути, здесь речь идет об обращении судебного органа к так называемой созидательной юридической фикции. Она есть «любое суждение, которое скрывает или стремится утаить факт того, что под видом применения в конкретном случае действующей правовой нормы соответствующий государственный орган создает и реализует предписание, не укладывающееся в содержание упомянутого юридического правила» [28, с. 23].

Применение созидательной юридической фикции в условиях причинения государству вреда означает следующее. 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. Данное обстоятельство, несомненно, положительно сказывается на эффективности правового регулирования. Во всяком случае, здесь исключается следование массой граждан примеру должностных лиц, не считающихся с действующими юридическими нормами.

Скорее всего, аргументация, созвучная приведенной, равно как и сделанный из нее вывод, не были полностью чужды ряду поколений судебных чиновников Российской империи XIX–XX вв. и СССР во времена, когда восполнение пробелов в уголовном праве было здесь законодательно запрещено. В пользу этого заключения свидетельствуют фактические данные о деятельности упомянутых должностных лиц, представленные в настоящей статье. Между прочим, аналогичным образом обстояли дела в судебной практике многих зарубежных европейских стран [29, р. 851; 30, р. 71, 77; 31, р. 52–53].

Последствия законодательного запрещения преодоления пробелов в уголовном праве Российской империи XIX–XX вв. и СССР способны выступить в качестве урока на будущее. По всей видимости, этот запрет в грядущие времена ради общегосударственных интересов будет реализовываться судами не во всех случаях наличия отмеченных пробелов.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Таганцев Н.С. Русское уголовное право / Н.С. Таганцев. — СПб., 1902. — Т. 1 : Часть общая. — 823 с.
2. Пусторослев П.П. Программа лекций по общей части русского уголовного права с кратким изложением некоторых понятий и объяснений / П.П. Пусторослев. — Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1904. — Вып. 1. — 425 с.
3. Буцковский Н.А. Очерк кассационного порядка отмены решений по судебным уставам 1864 года / Н.А. Буцковский. — СПб. : Тип. Второго Отд-ния Собствен. Е. И. В. Канцелярии, 1866. — 181 с.
4. Градовский А.Д. О судебном толковании законов по русскому праву / А.Д. Градовский // Журнал гражданского и уголовного права. — 1874. — № 1. — С. 1–62.
5. Дубровин Ф.П. О размерах допустимости аналогии при применении уголовного закона (окончание) / Ф.П. Дубровин // Журнал Министерства юстиции. — 1899. — № 6. — С. 1–35.
6. Васьковский Е.В. Цивилистическая методология / Е.В. Васьковский. — Одесса : Экон. тип., 1901. — Ч. 1 : Учение о толковании и применении гражданских законов. — 376 с.
7. Спасович В.Д. Учебник уголовного права / В.Д. Спасович. — СПб. : Тип. Иосафата Огризко, 1863. — Т. 1. — 428 с.
8. Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса : пособие к прак. занятиям по уголов. праву / П.И. Люблинский. — Петроград : Тип. Романова, 1917. — 267 с.
9. Аносов И.И. Заметки к вопросу о применении аналогии в уголовном праве / И.И. Аносов // Бюллетень Среднеазиатского государственного университета. — 1926. — № 5. — С. 1–18.
10. Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона / Г.В. Демченко // Журнал Министерства юстиции. — 1904. — № 8. — С. 321–352.

11. Будзинский С.М. Начала уголовного права / С.М. Будзинский. — Варшава : Тип. И. Яворского, 1870. — 362 с.
12. Малышев К.И. Курс общего гражданского права России / К.И. Малышев. — СПб. : Тип. М.М. Стасюлевича, 1878. — Т. 1. — 356 с.
13. Васьяковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов / Е.В. Васьяковский. — М. : Городец, 1997. — 128 с.
14. Люблинский П.И. Применение уголовного закона по аналогии / П.И. Люблинский // Право и жизнь. — 1924. — № 1. — С. 40–50.
15. Познышев С.В. Учебник уголовного права. Очерк основных начал общей и особенной части науки уголовного права. Общая часть / С.В. Познышев. — М. : Юрид. изд-во Наркомюста, 1923. — 300 с.
16. Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. Курс советского уголовного права. Общая часть / А.А. Пионтковский. — М. : Госюриздат, 1961. — 666 с.
17. Шаргородский М.Д. Аналогия в истории уголовного права и в советском уголовном праве / М.Д. Шаргородский // Социалистическая законность. — 1938. — № 7. — С. 50–60.
18. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / О.С. Иоффе. — Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. — 310 с.
19. Дурманов Н.Д. Понятие преступления / Н.Д. Дурманов. — М. ; Л. : Изд-во Акад. наук СССР, 1948. — 315 с.
20. Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса / Н.Н. Полянский. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1956. — 271 с.
21. Лазарев В.В. Пробелы в праве / В.В. Лазарев. — Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1969. — 95 с.
22. Дагель П.С. Об аналогии в советском уголовном праве / П.С. Дагель // Российский криминологический взгляд. — 2009. — № 4. — С. 82–86.
23. Абрамова А.И. Применение аналогии закона в советском праве / А.И. Абрамова // Проблемы совершенствования советского законодательства : тр. — М. : Всесоюз. науч.-исслед. ин-т сов. законодательства, 1987. — Вып. 39. — С. 53–65.
24. Болдырев Е.В. Судебная практика и уголовное право / Е.В. Болдырев, В.Н. Иванов // Судебная практика в советской правовой системе. — М. : Юрид. лит., 1975. — С. 243–264.
25. Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / М.А. Кауфман. — М., 2009. — 51 с.
26. Lapenna I. The new Russian Criminal Code and Code of Criminal Procedure / I. Lapenna // The International and Comparative Law Quarterly. — 1961. — № 10. — P. 421–453.
27. Иеринг Р. Цель в праве. Значение римского права для нового мира, 1875 / Р. Иеринг. — СПб. : Тип. В. Безобразова и Комп., Н.В. Муравьев, 1881. — Т. 1. — 443 с.
28. Дробышевский С.А. Способы восполнения пробелов в праве / С.А. Дробышевский, Е.Ю. Тихонравов. — М. : Норма, 2014. — 176 с.
29. Preuss L. Punishment by analogy in national socialist penal law / L. Preuss // Journal of Criminal Law and Criminology. — 1936. — № 26. — P. 847–856.
30. Maris C.W. Milking the meter — on analogy, universalizability and world views / C.W. Maris // Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics, and Linguistics. — Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1991. — P. 71–106.
31. Mokhtar A. Nullum crimen, nulla poena sine lege: aspects and prospects / A. Mokhtar // Statute Law Review. — 2005. — № 26. — P. 41–55.

REFERENCES

1. Tagantsev N.S. *Russkoe ugovnoe pravo* [Russian Criminal Law]. Saint Petersburg, 1902. Vol. I. 823 p.
2. Pustoroslev P.P. *Programma leksii po obshchei chasti russkogo ugovnogo prava s kratkim izlozheniem nekotorykh ponyatii i ob"yasnenii* [Lectures on the General Part of Russian Criminal Law with a Brief Overview of Some Concepts and Explanations]. Yur'ev, K. Mattisen Publ., 1904. Iss. I. 425 p.
3. Butskovskii N.A. *Ocherk kassatsionnogo poryadka otmeny reshenii po sudebnym ustavam 1864 goda* [An Essay on the Cassation Procedure for Abolishing Decisions on the Court Statutes of 1864]. Saint Petersburg, Publishing House of the 2nd Department of His Royal Highness's Office, 1866. 181 p.
4. Gradovskii A.D. On the court interpretation of laws in Russian Law. *Zhurnal grazhdanskogo i ugovnogo prava = Journal of Civil and Criminal Law*, 1874, no. 1, pp. 1–62. (In Russian).
5. Dubrovnik F.P. On the boundaries of admissible analogies in the application of criminal law (ending). *Zhurnal Ministerstva yustitsii = A Journal of the Ministry of Justice*, 1899, no. 6, p. 1–35. (In Russian).
6. Vas'kovskii E.V. *Tsivilisticheskaya metodologiya* [Civilistic Methodology]. Odessa, Ekonomicheskaya tipografiya Publ., 1901. Pt. 1. 376 p.
7. Spasovich V.D. *Uchebnik ugovnogo prava* [A Textbook of Criminal Law]. Saint Petersburg, Iosafat Ogrizko Publ., 1863. Vol. 1. 428 p.
8. Lyublinskii P.I. *Tekhnika, tolkovanie i kazuistika Ugovnogo kodeksa. Posobie k prakticheskim zanyatiyam po ugovnomu pravu* [The Methodology, Interpretation and Casuistry of the Criminal Code. A Textbook for Criminal Law Workshops]. Petrograd, Romanov Publ., 1917. 267 p.
9. Anosov I.I. Notes on the issue of using analogy in criminal law. *Byulleten' Sredneaziatskogo gosudarstvennogo universiteta = Bulletin of the Central Asian State University*, 1926, no. 5, pp. 1–18. (In Russian).
10. Demchenko G.V. Unclearness, Incompleteness and Insufficiency of the criminal law. *Zhurnal Ministerstva yustitsii = A Journal of the Ministry of Justice*, 1904, no. 8, pp. 321–352. (In Russian).
11. Budzinskii S.M. *Nachala ugovnogo prava* [Criminal Law Basics]. Varshava, I. Yavorskii Publ., 1870. 362 p.
12. Malyshev K.I. *Kurs obshchego grazhdanskogo prava Rossii* [A Course of the General Civil Law of Russia]. Saint Petersburg, M.M. Stasyulevich Publ., 1878. Vol. I. 356 p.

13. Vas'kovskii E.V. *Rukovodstvo k tolkovaniyu i primeneniyu zakonov* [A Manual for the Interpretation and Application of Laws]. Moscow, Gorodets Publ., 1997. 128 p.
14. Lyublinskii P.I. Analogy-based application of criminal law. *Pravo i zhizn' = Law and Life*, 1924, no. 1, pp. 40–50. (In Russian).
15. Poznyshev S.V. *Uchebnyk ugovnogo prava. Ocherk osnovnykh nachal obshchei i osobennoi chasti nauki ugovnogo prava. Obshchaya chast'* [A Textbook of Criminal Law. An Overview of the Basics of General and Special Parts of the Criminal Law Science. General Part]. Moscow, Narkomyust Publ., 1923. 300 p.
16. Piontkovskii A.A. *Uchenie o prestuplenii po sovetskomu ugovnomu pravu. Kurs sovetskogo ugovnogo prava. Obshchaya chast'* [Theory of Crime According to Soviet Criminal Law. Soviet Criminal Law Course. General Part]. Moscow, Gosyurizdat Publ., 1961. 666 p.
17. Shargorodskii M.D. Analogy in the history of criminal law and in Soviet criminal law. *Sotsialisticheskaya zakonnost' = Socialist Legality*, 1938, no. 7, pp. 50–60. (In Russian).
18. Ioffe O.S. *Otvetstvennost' po sovetskomu grazhdanskomu pravu* [Liability in Soviet civil law]. Leningrad University Publ., 1955. 310 p.
19. Durmanov N.D. *Ponyatie prestupleniya* [The Concept of Crime]. Moscow, Leningrad, Academy of Sciences of the USSR Publ., 1948. 315 p.
20. Polyanskii N.N. *Voprosy teorii sovetskogo ugovnogo protsessa* [Theoretical Issues of Soviet Criminal Process]. Lomonosov Moscow State University Publ., 1956. 271 p.
21. Lazarev V.V. *Probely v prave* [Gaps in Law]. Kazan University Publ., 1969. 95 p.
22. Dageľ P.S. On the analogy in Soviet criminal law. *Rossiiskii kriminologicheskii vzglyad = Russian Criminological Outlook*, 2009, no. 4, pp. 82–86. (In Russian).
23. Abramova A.I. The use of the analogy of law in Soviet law. *Problemy sovershenstvovaniya sovetskogo zakonodatel'stva. Trudy* [Issues of Improving Soviet Legislation. Works]. Moscow, The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation Publ., 1987, iss. 39, pp. 53–65. (In Russian).
24. Boldyrev E.V., Ivanov V.N. Court practice and criminal law. *Sudebnaya praktika v sovetskoj pravovoi sisteme* [Court Practice in the Soviet Legal System]. Moscow, Yuridicheskaya Literatura Publ., 1975, pp. 243–264. (In Russian).
25. Kaufman M.A. *Probely v ugovnom prave i sposoby ikh preodoleniya. Avtoref. Dokt. Diss.* [Gaps in the criminal law and ways of bridging them. Doct. Diss. Thesis]. Moscow, 2009. 51 p.
26. Lapenna I. The new Russian Criminal Code and Code of Criminal Procedure. *The International and Comparative Law Quarterly*, 1961, no. 10, pp. 421–453.
27. Ihering Rudolf von. *Tsel' v prave. Znachenie rimskogo prava dlya novogo mira. 1875* [Goal in the Law. The Meaning of the Roman Law for the New World. 1875]. Saint Petersburg, V. Bezobrazov & K. Publ., N.V. Murav'ev Publ., 1881. Vol. 1. 443 p.
28. Drobyshevskii S.A., Tikhonravov E.Yu. *Sposoby vospolneniya probelov v prave* [Ways of compensating the gaps in law]. Moscow, Norma Publ., 2014. 176 p.
29. Preuss L. Punishment by analogy in national socialist penal law. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1936, no. 26, pp. 847–856.
30. Maris C.W. Milking the meter — on analogy, universalizability and world views. *Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics, and Linguistics*. Dordrecht, Kluwer Academic Publ., 1991, pp. 71–106.
31. Mokhtar A. Nullum crimen, nulla poena sine Lege: Aspects and prospects. *Statute Law Review*, 2005, no. 26, pp. 41–55.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Тихонравов Евгений Юрьевич — доцент кафедры теории и истории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета, кандидат юридических наук, г. Красноярск, Российская Федерация; e-mail: etikhonravov@sfu-kras.ru.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Tikhonravov, Evgeny Y. — Ass. Professor, Chair of the Theory and History of State and Law, Law Institute, Siberian Federal University, Ph.D. in Law, Krasnoyarsk, the Russian Federation; e-mail: etikhonravov@sfu-kras.ru.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Тихонравов Е.Ю. История судебного восполнения пробелов в уголовном праве Российской империи XIX–XX веков и СССР / Е.Ю. Тихонравов // Всероссийский криминологический журнал. — 2017. — Т. 11, № 2. — С. 435–443. — DOI: 10.17150/2500-4255.2017.11(2).435-443.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Tikhonravov E.Y. The history of judicial compensation for gaps in the criminal legislation of the Russian Empire in the 19th — 20th centuries and the USSR. *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal = Russian Journal of Criminology*, 2017, vol. 11, no. 2, pp. 435–443. DOI: 10.17150/2500-4255.2017.11(2).435-443. (In Russian).