

УДК 343.233

ПРИМЕНЕНИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ, ПО АНАЛОГИИ

Г. Г. Белоконь

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 15 марта 2011 г.

Аннотация: в статье рассматривается проблема устранения пробелов законодательного регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния. Приводятся примеры применения уголовного закона по аналогии к фактическим ситуациям, сходным с обстоятельствами, исключающими преступность деяния. Анализируются мнения различных авторов и делаются выводы о возможности применения аналогии в уголовном праве. Вносится предложение о способах применения аналогии в пределах одной отрасли права, смежных отраслей и на основании общих начал, смысла и принципов законодательства, а также требований гуманности, добросовестности, разумности и справедливости.

Ключевые слова: применение уголовного закона по аналогии, межотраслевая аналогия, аналогия права, принцип законности, применение конституционных норм, общепризнанные принципы и нормы международного права, защита прав и свобод личности, принцип «незапрещенное разрешено», принцип «неразрешенное запрещено».

Abstract: this article concerns the problem of filling gaps in criminal legislation about circumstances excluding criminality of action. Examples of application of criminal law by analogy to situations, similar to circumstances excluding criminality included. Author analyzed the opinions of various authors and made a conclusion about applying of analogy in criminal law. Author made a proposal about the proper way of applying analogy inside the branch of law, between different law branches, on the bases of the meaning and principles of law, the requirements of humanity, honesty, reasonableness and fairness.

Key words: application of criminal law by analogy, inter-branch analogy, analogy of law, principle of legality, applying of constitutional norms, general principles and norms of international law, protection of individual rights and freedoms, «all-that-is not-allowed-is-denied»-rule, «all-that-is not-denied-is-allowed»-rule.

343

Применение правовых норм по аналогии служит средством разрешения конкретных дел при наличии пробела в праве, т.е. когда определенный вопрос должен решаться юридическими средствами, но такое его решение не предусмотрено или не полностью предусмотрено законодательством¹.

В теории права выделяются следующие способы восполнения пробелов:

— аналогия закона, т.е. распространение на фактические отношения

¹ См.: Тихомирова Л. В., Тихомиров Ю. М. Юридическая энциклопедия. 5-е изд., доп. и перераб. / под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 2001. С. 40.

конкретных норм, регулирующих сходные отношения в рамках одной отрасли права;

– субсидиарное применение (межотраслевая аналогия), т.е. применение конкретных предписаний смежной отрасли права, основанных на сходстве отношений, при неурегулированности нормами данной отрасли права;

– аналогия права, т.е. применение общих начал, смысла и принципов отраслевого или межотраслевого (смежного) законодательства и требований гуманности, добросовестности, разумности и справедливости².

При этом решение по аналогии предполагает первоначально поиск нормы в актах той же отрасли права, к которой относятся установленные фактические обстоятельства и только за неимением таковой возможно обращение к другой отрасли права. Лишь затем речь может идти о применении общих начал, смысла и принципов законодательства, но в такой же последовательности – от одной отрасли права к другим (смежным).

Применение конституционных норм, закрепляющих принципиальные правовые положения, рассматривалось в теории только как основание для аналогии права³. Однако установление в ч. 1 ст. 15 Конституции РФ 1993 г. положения о ее прямом действии на всей территории России позволяет говорить о применении конституционных норм.

Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении № 8 от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» указал, что суд, разрешая дело, применяет непосредственно Конституцию РФ: когда закрепленные в ней положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации; когда федеральный закон, как действовавший до, так и принятый после вступления в силу Конституции, противоречит ей; когда отсутствует закон, который должен регулировать рассматриваемые судом правоотношения⁴.

В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ можно также применять общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации. Пленум Верховного Суда РФ подтвердил это в Постановлении № 5 от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», указав в п. 9, что основанием к отмене или изменению судебного акта может являться неправильное применение нормы международного права, когда судом не была применена норма международного права, подлежащая применению, или, напротив, суд применил норму международного права, которая не подлежала применению, либо когда судом дано неправильное толкование нормы международного права⁵. Правоприменительная деятельность в этих случаях неизбежно связана с толкованием закона, осуществляемым судом.

² См.: Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. М., 1982. Т. 2. С. 347–349.

³ Там же. С. 349.

⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1. С. 3.

⁵ Там же. 2003. № 12. С. 6.

Возможность применения аналогии предусмотрена, как правило, в частном праве. Например, применение закона и права по аналогии разрешено в гражданском (ст. 6 ГК РФ), семейном (ст. 5 СК РФ) и жилищном (ст. 7 ЖК РФ) законодательстве. Причем в Семейном и Жилищном кодексах РФ закреплена возможность межотраслевой аналогии. В публичном праве аналогия не предусматривается. Регламентируется это или путем прямого запрета (ч. 2. ст. 3 Уголовного кодекса РФ), или путем указания на невозможность применения не установленных законом оснований и порядка привлечения к ответственности (ст. 1.6 Кодекса РФ об административных правонарушениях). Полностью отрицает в теории уголовного права возможность применения аналогии Н. М. Кропачев.⁶ По мнению Н. А. Лопашенко, в ч. 2 ст. 3 УК РФ содержится запрет применения по аналогии уголовного закона вообще, а не каких-либо его положений⁷. Однозначно решают вопрос о недопустимости аналогии в уголовном праве Ю. Е. Пудовочкин и С. С. Пирвагидов⁸.

Вместе с тем, в теории уголовного права рассматриваются и обосновываются предложения по применению аналогии, а истории уголовного законодательства и судебной практике известны подобные примеры. Возможность применения уголовного закона по аналогии устанавливалась ст. 16 УК РСФСР 1926 г.: «Если то или иное общественно опасное действие прямо не предусмотрено настоящим Кодексом, то основания и пределы ответственности за него определяются применительно к тем статьям Кодекса, которые предусматривают наиболее сходное по роду преступление». Данное положение применялось только к аналогии общественно опасного деяния. Более того, как справедливо отмечалось В. Д. Филимоновым, при применении уголовного закона по аналогии требовалось совпадение признаков совершенного общественно опасного деяния по объекту, субъекту и субъективной стороне преступления. Применение уголовного закона по аналогии разрешалось только в том случае, когда не совпадали признаки объективной стороны преступления⁹.

УК РСФСР 1960 г. не предусматривал возможности привлечения к уголовной ответственности по аналогии и признавал преступлением предусмотренное только уголовным законом общественно опасное деяние (ст. 7 УК РСФСР).

Недопустимость применения уголовного закона по аналогии установлена ст. 3 УК РФ 1996 г. В соответствии с принципом законности преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только уголовным законом.

⁶ См.: Кропачев Н. М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. СПб., 1999. С. 212.

⁷ См.: Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия : уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. СПб., 2004. С. 185.

⁸ См.: Пудовочкин Ю. Е., Пирвагидов С. С. Понятие, принципы и источники уголовного права : сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств. СПб., 2003. С. 100.

⁹ См.: Филимонов В. Д. Принципы уголовного права. М., 2002. С. 80.

Сторонники аналогии в уголовном праве указывали на исторически сложившееся традиционное понимание ее применения, а в настоящее время запрета, как установления уголовным законом преступности и наказуемости деяния и иных мер уголовно-правового характера. Отказ от применения аналогии в уголовном праве был обусловлен стремлением обеспечить права граждан не быть привлеченными к уголовной ответственности за деяние, не предусмотренное уголовным законом. Нормы Общей части Уголовного кодекса, не регламентирующие составляющие элементы и признаки преступного поведения, могут применяться по аналогии. В частности, в период действия УК РСФСР 1960 г., М. И. Бажанов отмечал, что «категорический запрет аналогии в Особенной части уголовного права, т.е. невозможность криминализации каких-либо деяний, прямо в Особенной части не предусмотренных, не исключает применения аналогии в Общей части УК»¹⁰.

Такой же позиции относительно нормативных предписаний, закрепленных в Общей части УК, придерживается А. В. Наумов, полагая, что они «вовсе не предусматривают уголовной ответственности за конкретные общественно опасные деяния. Применение некоторых из них по аналогии не подрывает принципа *nullum crimen sine lege* и не противоречит законодательному запрещению аналогии норм Особенной части...»¹¹.

Эту точку зрения разделяет и В. П. Коняхин, признающий, что в Общей части УК (в отличие от Особенной части), хотя и в ограниченных пределах, но допустима аналогия закона¹². Подтверждается это и позицией Верховного Суда РФ о невозможности непосредственного применения судами норм международных договоров, которые предусматривают признаки составов уголовно наказуемых деяний, если такими договорами предусмотрено установление наказуемости определенных преступлений внутренним (национальным) законом (например, Единая конвенция о наркотических средствах 1961 г.), а также обязанности применения судами международно-правовых норм, предусматривающих признаки составов преступлений в тех случаях, когда норма УК РФ прямо устанавливает необходимость применения международного договора Российской Федерации (например, ст. 355 и 356 УК РФ)¹³. Как видно из этого разъяснения, речь идет о применении прямо установленных законом признаков

¹⁰ Бажанов М. И. Проблемы совершенствования Общей части Уголовного кодекса // Вопросы государства и права развитого социалистического общества. Харьков, 1975. С. 199.

¹¹ Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм (по материалам следственной и прокурорско-судебной практики) : учеб. пособие. Волгоград, 1973. С. 144.

¹² См.: Коняхин В. П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. СПб., 2002. С. 126.

¹³ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12. С. 5–6.

составов только уголовно наказуемых деяний. Именно в этом контексте и следует понимать невозможность применения норм международного уголовного права в уголовном праве России.

Аналогичным образом следует рассматривать и невозможность применения уголовного закона по аналогии во внутреннем (национальном) российском уголовном законодательстве, поскольку уголовный закон основывается на общепризнанных принципах и нормах международного права.

По мнению Л. Л. Кругликова и О. Ю. Климцевой, суд должен быть наделен правомочиями преодоления пробела с помощью аналогии закона или аналогии права, за одним исключением – признанием прежде не преступного поведения преступным¹⁴. К. А. Волков полагает, что в действующем уголовном законодательстве существует прямой запрет на аналогию в отношении только преступности деяния, его наказуемости, но никак не в отношении возможного устранения или смягчения соответственно преступности и наказуемости деяний¹⁵.

В отличие от традиционных уголовно-правовых норм, регламентирующих запрещенное преступное поведение и назначение наказания за него, гл. 8 УК РФ, закрепляющая обстоятельства, исключающие преступность деяния, представляет систему норм, позволяющих причинение вреда, запрещенного уголовным законом, в определенных ситуациях и при соблюдении определенных условий. Некоторые обстоятельства, исключающие преступность деяния, проистекают из естественного права человека на защиту и в этой связи можно говорить об их универсальности и регламентации на конституционном уровне. Положения ст. 45 Конституции РФ, предоставляющей право каждому защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, является основанием для регламентации состояния необходимой обороны и крайней необходимости не только в уголовном, но и в административном, гражданском, трудовом праве. Право на защиту является естественным субъективным правом человека, реализуемым в рамках конституционных правоотношений. А пределы и гарантии его реализации устанавливаются уголовным (ст. 37, 39; п. «ж» ст. 61; ст. 108, 114 УК РФ), административным (ст. 2.7 КоАП РФ), гражданским (ст. 14, 1066, 1067 ГК РФ), трудовым (ст. 379, 380 ТК РФ) законодательством. В случае недостаточной отраслевой регламентации данного права допускается возможность применения норм смежных отраслей права или прямое действие норм Конституции РФ, поскольку все указанные кодексы основываются на Конституции РФ. Кроме того, система обстоятельств, исключающих преступность деяния, не является застывшим правовым институтом. История развития уголовного законо-

¹⁴ См.: Кругликов Л. Л. О пробелах и аналогии в уголовном праве // Нормотворческая и правоприменительная техника в уголовном и уголовно-процессуальном праве. Ярославль, 2000. С. 17.

¹⁵ См.: Волков К. А. Судебный прецедент, аналогия и принцип законности в уголовном праве // Научные труды Российской академии юридических наук. Вып. 2, т. 1. М., 2002. С. 433.

дательства, практика его применения и теоретические положения об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, подтверждают это.

Пленум Верховного Суда СССР в своих постановлениях от 4 декабря 1969 г. № 11 «О практике применения судами законодательства о необходимой обороне» и от 16 августа 1984 г. № 14 «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств» рекомендовал причинение вреда при задержании преступника в связи с доставлением его непосредственно после посягательства в соответствующие органы власти рассматривать как совершенные в состоянии необходимой обороны¹⁶. Фактически на протяжении почти 30 лет уголовный закон к подобным ситуациям применялся по аналогии с состоянием необходимой обороны.

Другим примером расширения системы обстоятельств, исключающих преступность деяния, является применение Верховным Судом СССР в 1944 г. понятия «производственного риска» при рассмотрении конкретного дела по обвинению механика баркаса, который во время движения судна пытался отремонтировать трубопровод и вывел из строя паровой котел. По мнению суда, авария произошла не из-за халатности механика, который при ремонте на ходу допустил, по существу, производственный риск, что может при известных условиях являться обстоятельством, устранивающим ответственность подсудимого¹⁷. Правда, широкого распространения в судебной практике это предложение не получило, поскольку было дано не на уровне разъяснения постановления Пленума Верховного Суда, а при рассмотрении конкретного дела, но дало импульс для развития понятия обоснованного риска в теории уголовного права.

Кроме того, появились попытки приравнять ситуации с обоснованным риском к крайней необходимости или по иным основаниям не привлекать лиц к уголовной ответственности. В качестве примера можно привести дело главного агронома совхоза А., заключившего с группой лиц договор на уборку камней с полей по завышенным расценкам труда. Пленум Верховного Суда СССР признал действия А. непроступными ввиду того, что они не содержали в себе корыстной или иной личной заинтересованности, вызывались производственной необходимостью и предотвратили значительно большие убытки совхозу¹⁸. Не имея самостоятельной законодательной базы для освобождения А. от уголовной ответственности, Верховный Суд СССР использовал действующее уголовное законодательство (ст. 161 ч. 2 УК Эстонской ССР и ст. 170 ч. 2 УК РСФСР 1960 г. не предусматривали уголовную ответственность за злоупотребление служебным положением при отсутствии корыстной или иной личной за-

¹⁶ См.: Сборник Постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924–1977. Ч. 2. М., 1981. С. 68; Бюллетень Верховного Суда СССР. 1984. № 5. С. 5–6.

¹⁷ См.: Сборник Постановлений Пленума и Определений коллегий Верховного Суда СССР. М., 1948. С. 245–246.

¹⁸ См.: Бюллетень Верховного Суда СССР. 1987. № 5. С. 8; Гамаюнов И., Темушкин О. История ошибочного осуждения агронома Пеэтера Альби с двух точек зрения // Литературная газета. 1987. 11 ноября. С. 14–15.

интересованности), но при этом сослался и на новое правовое понятие – «производственная необходимость», по аналогии с крайней необходимостью, так как причиненный вред был менее значительным, чем вред предотвращенный.

Фактическое применение новых обстоятельств, исключающих преступность деяния, на основании толкования судом уголовного закона привело к расширению их перечня и легализации в УК РФ 1996 г. Но означает ли это, что в настоящее время система стала исчерпывающей и ничто иное не может быть применено на практике, как обстоятельство, исключающее преступность деяния?

До сих пор действует и применяется на практике разъяснение Пленума Верховного Суда СССР, содержащееся в п. 13 Постановления от 16 августа 1984 г. № 14 «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств», о так называемой мнимой обороне, когда отсутствует реальное общественно опасное посягательство, и лицо лишь ошибочно предполагает наличие такого посягательства. В тех случаях, когда обстановка происшествия давала основания полагать, что совершается реальное посягательство, и лицо, применившее средства защиты, не сознавало и не могло сознавать ошибочность своего предположения, его действия следует рассматривать как совершенные в состоянии необходимой обороны. Если при этом лицо превысило пределы защиты, допустимой в условиях соответствующего реального посягательства, оно подлежит ответственности за превышение пределов необходимой обороны¹⁹. Рекомендовав приравнивать состояние мнимой обороны к необходимой обороне, суд по существу применил аналогию уголовного закона.

В литературе справедливо отмечается, что причинение вреда в состоянии мнимой обороны должно квалифицироваться по правилам о фактической ошибке, что необходимо регламентировать в уголовном законодательстве, как это сделано в УК Украины, УК Республики Беларусь, УК Латвийской Республики²⁰. По утверждению В. В. Мальцева, нельзя считать достаточными социально-юридические основания полного отказа от аналогии при применении уголовного законодательства. Реальная потребность немедленного восполнения пробелов при рассмотрении уголовных дел осуществляется за счет норм, выражающих системные свойства уголовного права. Аналогия как бы является одним из системосохраняющих элементов уголовного законодательства²¹.

Анализ российского законодательства также не позволяет сделать категорический вывод о невозможности расширения системы обстоятельств, исключающих преступность деяния, при их применении. Так, в ст. 16

¹⁹ См.: Бюллетень Верховного Суда СССР. 1984. № 5. С. 8.

²⁰ См.: Орехов В. В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния. СПб., 2003. С. 74–75.

²¹ См.: Мальцев В. В. Принципы уголовного права. Волгоград, 2001. С. 241–244.

Федерального закона от 12 августа 1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности» указывается, что при защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств допускается вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, оказывающим ему содействие, совершаемое при правомерном выполнении указанным лицом своего служебного или общественного долга²². Однако совершенно очевидно, что ни одно из содержащихся в УК РФ обстоятельств, исключающих преступность деяния, к данной ситуации не применимо, в связи с чем в теории уголовного права справедливо предлагается дополнить их перечень новым обстоятельством – «причинение вреда при выполнении специального задания», как это сделано в уголовных кодексах Украины, Беларуси, Казахстана, Эстонии²³. Пока же это не произошло, в судебной и следственной практике необходимо руководствоваться положениями ст. 16 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», что означает возможность толкования и применения по аналогии норм смежных отраслей права к уголовным правоотношениям.

В соответствии со ст. 22 Федерального закона от 6 марта 2006 г. «О противодействии терроризму» является правомерным причинение вреда не только лицу, совершающему террористический акт, но и иным охраняемым законом интересам личности, общества или государства при пресечении террористического акта либо осуществлении иных мероприятий по борьбе с терроризмом действиями, предписываемыми или разрешенными законодательством Российской Федерации. К таким действиям закон относит уничтожение воздушного судна и плавательного средства в целях устранения угрозы террористического акта или пресечения такого акта в воздушной среде, во внутренних водах, в территориальном море, на континентальном шельфе, в том числе, в подводной среде²⁴. Данным законом введены новые правила правомерного причинения вреда в состоянии крайней необходимости без обязательного соотношения причиненного вреда как менее значительного, чем вред предотвращенный. Предложение по совершенствованию конструкции ст. 39 УК РФ для приведения ее в соответствие со ст. 22 ФЗ «О противодействии терроризму» вносились нами в 2006 г. применительно к состоянию идеальной совокупности двух или более обстоятельств, исключающих преступность деяния (беспредельной необходимой обороны и беспредельной крайней необходимости)²⁵. Но в отсутствие такой законодательной корректировки применяться должны по аналогии нормы ФЗ «О противодействии терроризму».

²² См.: Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

²³ См.: Орехов В. В. Указ. соч. С. 165–171.

²⁴ См.: Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 11. Ст. 1146.

²⁵ Белокоп Г. Г. Пределы крайней необходимости // Уголовное право и криминология : современное состояние и перспективы развития : сб. науч. тр. Вып. 2. Воронеж, 2006. С. 53–54.

Закон РФ от 22 декабря 1992 г. «О трансплантации органов и (или) тканей человека» предусматривает возможность изъятия у живого донора с его согласия органов или тканей (при соблюдении строго оговоренных условий и процедурных правил²⁶), в результате чего здоровью человека фактически причиняется вред, запрещенный уголовным законодательством. «Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан» от 22 июля 1993 г. также регламентируют причинение вреда здоровью человека с его согласия. Речь идет о медицинском вмешательстве в виде искусственного прерывания беременности и медицинской стерилизации, о применении новых не разрешенных, но находящихся на рассмотрении в установленном порядке методов профилактики, диагностики, лечения, лекарственных средств, иммунобиологических препаратов и дезинфекционных средств, о проведении биомедицинских исследований²⁷. Данные законы юридически закрепили согласие лица на причинение вреда как основание невозможности привлечения медицинских работников к уголовной ответственности при соблюдении предписанных требований и ограничений. Установление в ст. 21 Конституции РФ запрета на медицинские, научные или иные опыты без добровольного согласия лица также подтверждает это положение.

Возможность применения по аналогии норм, предусмотренных не только уголовным, но и другим законодательством, регулирующим правомерные поступки, обосновывается в литературе наличием межотраслевого института обстоятельств, исключающих преступность деяния. В этой связи Ю. В. Баулиным рассматривается возможность применения аналогии при наличии двух условий: 1) если совершенный общественно полезный (приемлемый) поступок, внешне подпадающий под признаки какого-либо преступления, не предусмотрен действующим законодательством; 2) если в уголовном или ином законе имеется норма, регулирующая сходные правомерные деяния²⁸. Возможна и обратная ситуация, связанная с распространением норм уголовного закона на фактические поступки, регламентируемые нормами других отраслей права. Судебная практика допускает необходимую оборону против административных правонарушений. В качестве примера В. И. Ткаченко приводит решение Верховного Суда РФ, признавшего правомерной необходимой обороной действия Д., оттолкнувшего пьяного Г., пристававшего на улице к его жене и хватавшего ее за руки. От толчка Г. не удержался на ногах, упал и сломал руку²⁹.

После вступления в силу КоАП РФ 2001 г., не содержащего нормы о

²⁶ См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 2. Ст. 62.

²⁷ См.: Там же. № 33. Ст. 1318.

²⁸ См.: Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Харьков, 1991. С. 30.

²⁹ См.: Социалистическая законность. 1978. № 7. С. 90; Уголовное право Российской Федерации. Общая часть : учебник / под ред. Б. В. Здравомыслова. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. С. 289.

необходимой обороне, стало возможным применять ст. 37 УК РФ как правовое основание для защиты от административного правонарушения путем причинения посягающему лицу вреда, запрещенного как уголовным, так и административным законодательством. По мнению С. Ф. Милокова, ст. 37 УК РФ представляет собой универсальную основу для обороны от всех возможных правонарушений, в том числе административных³⁰. Правда, в подобных ситуациях речь, как правило, идет о причинении вреда по неосторожности, что исключает уголовную ответственность за превышение пределов необходимой обороны при защите от административных правонарушений. Вместе с тем, не исключается применение ст. 37 УК РФ и для правовой оценки умышленного причинения вреда. В любом случае, в настоящее время на практике нет иного пути для разрешения этого вопроса, кроме как применение по аналогии нормы смежной отрасли права. Если соблюдены условия правомерности необходимой обороны, то, в соответствии со ст. 45 Конституции РФ, такая защита не запрещена законом.

Вместе с тем, в литературе отмечается, что иногда правомерность поступка может и не быть прямо предусмотрена нормами права, но вытекать в общей форме из духа закона³¹. Т. В. Церетели полагала, что основания отпадения общественной опасности могут быть почерпнуты не только из норм уголовного права и иных отраслей права, но и корениться также в писаных и неписаных правилах, выработанных отдельными отраслями науки и техники, нормах, регламентирующих деятельность отдельных профессий, и т.д.³²

По мнению Н. И. Матузова, признание правомерным поведения, не запрещенного законом, основывается на известном принципе: «все, что не запрещено, разрешено», или «все, что не запрещено правом и допускается его принципами, не запрещается государственными органами в процессе правоприменительной деятельности»³³. Возможность применения этого принципа к обстоятельствам, исключающим преступность деяния, рассматривает Ю. В. Баулин, но с оговоркой, что признание правомерности действий в случаях, прямо не предусмотренных законом, может распространяться лишь на тех, кто не наделен государственно-властными полномочиями. В отношении же должностных лиц, облеченных такими полномочиями, указанное правило действовать не должно, поскольку закон, разрешая им определенные действия, тем самым запрещает другие. Здесь действует иной принцип: «не предусмотренное законом – запрещено»³⁴.

³⁰ См.: Милоков С. Ф. Российское уголовное законодательство. Опыт критического анализа. СПб., 2000. С. 106.

³¹ См.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение : норма и патология. М., 1982. С. 98–99.

³² См.: Церетели Т. В. Основания уголовной ответственности и понятие преступления // Правоведение. 1980. № 2. С. 63.

³³ Матузов Н. И. О принципе «все, не запрещенное законом, дозволено» // Сов. государство и право. 1989. № 8. С. 3–9.

³⁴ См.: Баулин Ю. В. Указ. соч. С. 31–32.

В теории вообще выделяют правовые и неправовые законы, предполагая, что правовые законы регулируют отношения членов общества, определяя максимальную меру их свободы по принципу «незапрещенное разрешено», а в отношениях власти и подчинения – отношения по принципу «неразрешенное запрещено»³⁵. Таким образом, по отношению к гражданам правовые законы не могут запрещать то, что относится к правам человека, а по отношению к государственным органам не могут позволять то, что ограничивает или затрагивает основное содержание прав человека.

Провозглашение России демократическим правовым государством (ст. 1 Конституции РФ) должно исключать принятие, а тем более применение неправовых законов. Установление принципиального положения, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанностью государства (ст. 2 Конституции РФ), предполагает применение указанных принципов к правомерным поступкам, не регламентированным законодательством, но не являющимся общественно опасными. Следовательно, на конституционном уровне закрепляется возможность устранения пробелов в уголовном законодательстве путем применения по аналогии обстоятельств, схожих по содержанию и смыслу с исключающими преступность деяния, несмотря на отсутствие их законодательной регламентации, так как ни при каких условиях они не могут быть признаны преступными.

В этом отношении прав Ю. В. Баулин, предлагая признавать правомерным всякое поведение, соответствующее высшим правовым началам, идеалам и принципам правового государства, в котором неотъемлемыми признаются общечеловеческие права и свободы личности, гарантируются их абсолютность и незыблемость, безусловность охраны и защиты³⁶. В такой ситуации применение общих начал, смысла и принципов законодательства полностью соответствует требованиям гуманности, добросовестности, разумности и справедливости.

Вместе с тем, необходимо отметить, что реализация принципа «неразрешенное запрещено» в отношениях власти и подчинения может осуществляться только через четкое и детальное установление в нормативных актах предписанного поведения лиц, уполномоченных осуществлять определенные действия. Это могут быть должностные лица, выполняющие определенные служебные полномочия и лица, выполняющие определенные профессиональные функции, и их действия могут быть связаны с ограничением прав и свобод человека.

Статьей 55 Конституции РФ предусматривается возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ консти-

³⁵ См.: *Марченко М. Н.* Проблемы общей теории государства и права : учебник : в 2 т. Т. 2 : Право. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 304.

³⁶ См.: *Баулин Ю. В.* Указ. соч. С. 29.

туционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Применительно к обстоятельствам, исключающим преступность деяния, такие действия связаны с причинением вреда, запрещенного уголовным законом, но в точном соответствии с предписаниями других законодательных актов. Если эти предписания не выходят за пределы или на них прямо распространяются действия норм уголовного законодательства об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, то применение их по аналогии не вызывается необходимостью. В таких случаях действуют нормы главы 8 УК РФ. Например, сотруднику полиции предоставлено право в состоянии необходимой обороны, в случае крайней необходимости или при задержании лица, совершившего преступление, при отсутствии у него необходимых специальных средств или огнестрельного оружия использовать любые подручные средства, а также по основаниям и в порядке, которые установлены настоящим Федеральным законом, применять иное не состоящее на вооружении полиции оружие (ч. 3 ст. 18 ФЗ «О полиции»)³⁷.

В случаях установления законодателем в отдельных нормативных актах специальных правил, допускающих в определенных ситуациях причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам личности, общества и государства без соблюдения требований, предусмотренных в главе 8 УК РФ, необходимо руководствоваться этими положениями. Например, рассмотренные выше положения ст. 16 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и ст. 22 ФЗ «О противодействии терроризму».

Применительно к действиям специально уполномоченных лиц, реализующих предписания нормативных актов в определенной сфере деятельности, в литературе неоднократно предлагалось ввести понятие исполнения закона как самостоятельного обстоятельства, исключающего преступность деяния. При этом, по мнению В. И. Михайлова, в законе должны быть указаны способы разрешения ситуации, размер и вид допускаемого вреда, интересы, которым причиняется ущерб³⁸. Но пока это не осуществлено, единственным путем уголовно-правовой оценки таких действий является применение по аналогии норм других законодательных актов.

Таким образом, устранение пробелов или регулятивных неточностей в уголовно-правовой конструкции обстоятельств, исключающих преступность деяния, возможно путем применения их по аналогии следующими способами:

– распространение действия норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, в уголовном законодательстве на фактические сходные отношения (собственно применение уголовного закона по аналогии);

³⁷ О полиции : федер. закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ // Рос. газ. № 25. 2011. 8 февр.

³⁸ См.: Михайлов В. Исполнение закона как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Уголовное право. 2007. № 1. С. 40–44.

– распространение действия норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, уголовного законодательства на фактические отношения, не урегулированные смежными отраслями права (субсидиарное применение уголовного закона по аналогии вовне);

– распространение действия норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, из смежных отраслей права или межотраслевых нормативно-правовых актов на фактические отношения, не урегулированные уголовным законодательством (субсидиарное применение уголовного закона по аналогии извне).

Кроме того, восполнение законодательной недостаточности обстоятельств, исключающих преступность деяния, возможно и путем прямого действия норм Конституции РФ, закрепляющих общие начала, смысл и принципиальные правовые положения, соответствующие требованиям гуманности, добросовестности, разумности и справедливости.

Аналогичным образом не исключается применение общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации к фактическим отношениям, не урегулированным обстоятельствами, исключающими преступность деяния, в уголовном законодательстве Российской Федерации.

Воронежский государственный университет

Белоконов Г. Г., старший преподаватель кафедры уголовного права юридического факультета

E-mail: belokon@law.vsu.ru

Тел.: 8 (473) 2208-259

Voronezh State University

Belokon G. G., Senior Teacher of Criminal Law Department of Law Faculty

E-mail: belokon@law.vsu.ru

Tel.: 8 (473) 2208-259