



Научная статья

УДК 342.4

<https://doi.org/10.24412/2073-0454-2023-7-122-127>

EDN: <https://elibrary.ru/rzzysg>

НИОН: 2003-0059-7/23-907

MOSURED: 77/27-003-2023-07-106

Решения судов по аналогии в контексте теории разделения властей

Марк Дмитриевич Лабин¹, Марат Вильданович Саудаханов²

^{1,2} Российский технологический университет — МИРЭА, Москва, Россия

¹ marklabin123@gmail.com

² viento_del_norte@bk.ru

Аннотация. Аргументация по аналогии — один из старейших методов принятия решений. В случаях, когда сходство между двумя ситуациями побуждает нас решить одно дело подобно другому, говорят об аналогии. Кроме того, аргументация по аналогии является неотъемлемой частью юридического рассуждения. Можно утверждать, что каждая правовая традиция использует некоторый вариант аналогии для обоснования судебных решений. В настоящее время судебные решения по аналогии — одна из наиболее сложных, важных, но вместе с тем и дискуссионных проблем юриспруденции. Возросший темп технологического прогресса детерминировал невозможность закона (будь то писанный закон или прецедент) предусмотреть все случаи, необходимо охватываемые правом. Из-за того, что закон существенно отстает от изменяющихся общественных отношений, вопрос решений по аналогии стоит сейчас как никогда остро.

Рассмотрены и проанализированы основные взгляды относительно решений по аналогии. Проведен комплексный сравнительно-правовой анализ современных тенденций развития решений по аналогии в ФРГ и в РФ. Можно однозначно сказать, что отечественное право, равно как и право Германии отходит от принципа разделения властей в угоду функциональности и реальности права. Трактовать это, как представляется, следует исключительно положительно, так как цель права, прежде всего, эффективно регулировать общественные отношения, что невозможно без его актуальности, которую и призваны обеспечить решения по аналогии.

Ключевые слова: аналогия права, аналогия закона, аргументация по аналогии, разделение властей, квалифицированное молчание

Для цитирования: Лабин М. Д., Саудаханов М. В. Решения судов по аналогии в контексте теории разделения властей // Вестник Московского университета МВД России. 2023. № 7. С. 122–127. <https://doi.org/10.24412/2073-0454-2023-7-122-127>. EDN: RZZYSG.

Original article

Court decisions by analogy in the context of the theory of separation of powers

Mark D. Labin¹, Marat V. Saudakhanov²

^{1,2} Russian Technological University — MIREA, Moscow, Russia

¹ marklabin123@gmail.com

² viento_del_norte@bk.ru

Abstract. Reasoning by analogy is one of the oldest methods of decision-making. In cases where the similarity between two situations prompts us to solve one case like the other, they talk about an analogy. In addition, reasoning by analogy is an integral part of legal reasoning. It can be argued that every legal tradition uses some variant of analogy to justify judicial decisions. Currently, judicial decisions by analogy are one of the most difficult, important, but at the same time controversial problems of jurisprudence. The increased pace of technological progress has determined the impossibility of the law (whether it is a written law or a precedent) to provide for all cases that must be covered by law. Due to the fact that the law lags significantly behind changing public relations, the issue of solutions by analogy is now more acute than ever.

The main views on solutions by analogy are considered and analyzed. A comprehensive comparative legal analysis of current trends in the development of solutions by analogy in Germany and the Russian Federation has been carried out. It can be said unequivocally that domestic law, as well as German law, departs from the principle of separation of powers in favor of the functionality and reality of law. It seems that this should be interpreted exclusively positively, since the purpose of law, first of all, is to effectively regulate public relations, which is impossible without its relevance, which solutions by analogy are designed to provide.

Keywords: analogy of law, analogy of statute, reasoning by analogy, separation of powers, negative-answer question

For citation: Labin M. D., Saudakhanov M. V. Court decisions by analogy in the context of the theory of separation of powers. Bulletin of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2023;(7):122–127. (In Russ.). <https://doi.org/10.24412/2073-0454-2023-7-122-127>. EDN: RZZYSG.

© Лабин М. Д., Саудаханов М. В., 2023



Проблема определения границ автономии судов, выраженная в дискуссии о возможности судов выносить решения, вводящие нормативную новизну, занимает одно из центральных мест в юридической науке со времени начала большой гражданско-правовой кодификации. Наиболее оспариваемым же является вопрос о применении судами решений по аналогии.

«Иски по аналогии» («*actio utilis*») были известны еще в Римской империи, где применялись преторами для создания нормы, способствующей решению конкретного казуса, если защищаемые правоотношения не были ранее урегулированы законом, однако регулирование их представлялось справедливым на основании урегулирования схожих правоотношений. Во времена развития теории разделения властей «цивилизованные государства» изменили свое отношение к решениям по аналогии. В Пруссии и Франции вводился строгий запрет на какое-либо толкование закона, его интерпретацию, а тем более создание судами норм. Эти полномочия принадлежали исключительно законодателю (о чем говорится в приказе прусского короля правительству 1780 г. и в первоначальной редакции ст. 5 французского Гражданского кодекса). Это неудивительно, «наиболее просвещенные страны» вплоть до становления и распространения немецкой классической философии были в равной степени преданы идеям Шарля Луи Де Монтескье, утверждавшему, что продуктивное существование государства попросту невозможно без надлежащего разделения власти.

Проанализировав теорию разделения властей, изложенную Монтескье в главном своем труде «О духе законов», несложно сделать вывод, что применение закона по аналогии не может переходить ту грань, которая отделяет прерогативы правоприменителя от прерогатив законодателя. Именно поэтому применение закона по аналогии, следуя теории Монтескье, возможно не всегда, но лишь в тех случаях, когда аналогия является формой толкования имеющегося закона (в наиболее ограничительном смысле категории «толкование»). Только лишь установив, что именно законодатель имел в виду при написании закона, но в силу тех или иных обстоятельств не обозначил в тексте, может быть применена интерпретация нормы, имеющая внешнюю форму применения закона по аналогии. Но даже в этом случае суд должен аргументировать невозможность применения ак-

туального законодательства. Кроме того, должны отсутствовать конституционные ограничения на применение аналогии. Только в таком случае, если следовать теории Монтескье, при учете «презумпции рационального мышления парламента» (т. е. при принятии закона парламент мыслил так, как должен был мыслить) применяется решение по аналогии.

Пример описанного выше решения по аналогии содержится в п. 12 постановления Пленума ВАС РФ от 28 февраля 2001 г. № 5 «О некоторых вопросах применения части первой Налогового кодекса Российской Федерации» в котором отмечено, что в Налоговом кодексе РФ не определен срок, в течение которого налоговый орган вправе обратиться в суд с иском о взыскании недоимки с налогоплательщика — юридического лица. В связи с чем, «основываясь на принципе всеобщности и равенства налогообложения», Высший Арбитражный Суд рекомендовал нижестоящим судам «исходить из универсальности воли законодателя, выраженной в п. 3 ст. 48 НК РФ в отношении давности взыскания в судебном порядке сумм недоимок по налогам, и руководствоваться соответствующим положением, установленным для взыскания недоимок с физических лиц, при рассмотрении исков о взыскании недоимок с юридических лиц» [2]. Как видно из приведенного примера, решение по аналогии в классическом его понимании не призвано создать новую норму, т.е. заполнить пробел в праве, тем самым заменив волю законодателя. В отечественном праве создание судами новой нормы признается недопустимым, поскольку это противоречило бы конституционному принципу разделения властей. В случае решения по аналогии, основанном на толковании, следует говорить исключительно о дефекте юридической техники или о «*casus omissus*» («непредвиденный случай», эта категория дел, выделяемая К. Лангенбухером, достаточным образом не регламентирована законодателем без наличия видимой причины или дефекта юридической техники).

С другой стороны, судам необходимо определить, не является ли причиной отсутствия нормы «квалифицированное молчание» («*the negative-answer question*» в терминологии К. Лангенбухера), а не дефект юридической техники или «*casus omissus*». В традиции романо-германского права отсутствие нормы — не всегда пробел в праве, во многих случаях законодатель сознательно не предусматривает отдельную норму, так как вопрос эффективно регулируется более общей нор-



мой, либо вопрос попросту исключен из сферы правового регулирования, как, например, в случае определения свободы слова в США (где свобода слова ограничивается исключительно возможностью немедленной реализации слов в противоправной деятельности) [1, с. 31–54]. Иными словами, следуя теории разделения властей, судья не может вторгаться в сферу законодательного регулирования и поэтому при толковании закона обязан установить, не было ли «предполагаемое право» сознательно исключено из закона. Но, продолжая вышеописанное рассуждение, возникает вполне резонный вопрос: разве суд полномочен определять настолько базовые составляющие закона?

Официально, однако, в отечественном праве закреплён именно такой подход, и даже Конституционный Суд не является здесь исключением. Не смотря на специфику полномочий Конституционного суда (речь здесь идет о нормативности решений КС РФ, что прямо предусмотрено в ст. 79 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»), номинально его деятельность по восполнению пробелов в праве (что наиболее часто выражено в решениях по аналогии) заключается лишь в толковании нормы и сопоставлении нормы с конституцией РФ. В ходе указанных действий осуществляется выявление истинного (должного) смысла правовой нормы, что, очевидно, не имеет цели создания новых норм и не должно иметь последствий в виде их создания (хотя и зачастую «подразумеваемая» воля законодателя оказывается шире «литеральной»). Тем не менее, суждение о том, что во всех случаях толкование лишь раскрывает заложенный в норме смысл и не создает новых нормативных предписаний, имеет мало общего с актуальной судебной практикой. Фактически многие решения Верховного и Конституционного судов содержат в себе нормативную новизну. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 октября 2006 г. № 471-О является отличным примером введения, де-факто, специальной нормы в обход воли законодателя. Согласно п. 3 ст. 27 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», ставшей предметом рассмотрения Конституционным Судом, лицам, проработавшим на соответствующих видах работ, дающих право на назначение пенсии досрочно, менее половины требуемого срока, а также принятым для выполнения этих работ после 1 января 2003 г., устанавливаются профессиональные пенсии, регулируемые соответствующим федеральным законом. Суд

установил, что, хотя само введение нового условия не противоречит Конституции и не умаляет конституционные права, отсутствие специального закона, по своей сути, является основанием отказа в досрочном предоставлении пенсии, что, очевидно, ограничивает конституционное право граждан на социальное обеспечение. Разумеется, законодатель не желал допустить такого пробела в праве, равно как и не желал исключать досрочное предоставление пенсии в указанных случаях из поля нормативного регулирования. Но даже в случае обнаружения столь явного пробела Конституционный Суд лишь «выявляет конституционно-правовой смысл нормы», согласно которому «соответствующие периоды работы должны засчитываться в стаж профессиональной деятельности независимо от того, в какой период — до или после 1 января 2003 г. — выполнялась работа с особыми условиями труда». Де-факто, Суд вводит нормативную новизну и заменяет необходимый к принятию специальный закон, де-юре, суд «выявил» конституционно-правовой смысл п. 3 ст. 27 ФЗ «О трудовых пенсиях».

Схожим с вышеупомянутым примером может служить пробел в § 904 Гражданского Уложения ФРГ. § 904 гласит: «собственник вещи не вправе запретить другому лицу воздействовать на эту вещь, если такое воздействие необходимо для предотвращения реальной опасности и предполагаемый вред существенно превысит вред, нанесенный собственнику вследствие воздействия на вещь» [6]. Таким образом, если на А. напала стая собак, то для обороны А. вправе использовать метлу, которая принадлежит дворнику Г. Ч. 2 § 904 говорит, что «собственник может потребовать возмещения причиненных ему убытков», однако в § 904 не устанавливается на ком лежит обязательство возместить ущерб. В описанном выше примере это очевидно, но что если бы А. защищал не себя, а третье лицо Б.? Этот пример не относится к категории квалифицированного молчания, законодатель здесь попросту не предвидел такого случая («casus omissus»). В этом примере судья обязан решать с кого взыскать убытки, вводя так или иначе нормативную новизну. Таких примеров можно найти достаточно большое количество. Однако рационально ли в таком случае говорить о теории разделения властей?

В противовес вышеописанному примеру, наличие в тексте закона прямого указания на квалифицированное молчание также не всегда гарантирует его



реальность. ГГУ позволяет претендовать на возмещение ущерба из деликта, если причинен вред «жизни, телесной неприкосновенности, здоровью, свободе, собственности или иному праву другого лица» (п. 1 § 823 ГГУ) [7]. Федеральный верховный суд Германии истолковал это положение широко и допустил возможность защиты неприкосновенности частной жизни в соответствии с п. 1 § 823 ГГУ [5], что в будущем привело к возможности толкования § 847 ГГУ по схожему пути. § 847 ГГУ позволяет компенсировать ущерб за причиненные боль и страдания посредством деликтных исков исключительно в случае «причинения телесных повреждений или вреда здоровью, а также в случае лишения свободы». О праве на неприкосновенность частной жизни здесь не сказано ни слова, более того в § 253 устанавливается, что возмещение причиненного неимущественного вреда может быть истребовано лишь в случае телесных повреждений. Не тяжело представить истца А., бизнесмена, который обнаруживает в непристойной рекламе свою фотографию на коне, которую сняли без его ведома (представить это не трудно, ведь именно такое дело предстояло решить Верховному Суду по гражданским искам ФРГ (BGHZ 26, 394)) [4]. Не потерпев морального вреда, А. подает иск на компенсацию. Дело явно не охватывается упомянутой нормой Уложения. Несмотря на то, что в данном иске предусмотрен ограниченный перечень случаев, при которых возможно требовать компенсации, а § 253 ГГУ подтверждает это квалифицированное молчание, оговаривая, что такая компенсация не может быть истребована за исключением случаев, прямо предусмотренных законом. Суд в своем решении не признает описанные выше нормы. В данном деле Суд установил, что последовательное толкование Основного закона и Гражданского Уложения требует приращения компенсации. Главным аргументом в этом решении стала эффективность защиты основных прав, основанная на ст. 1 и 2 Основного закона ФРГ. Таким образом, § 253 ГГУ был интерпретирован в обход явной воли законодателя. Не смотря на явно предписанное законом квалифицированное молчание (что, следуя теории разделения властей, исключает возможность применения аналогии) суд решил иначе и, очевидно, вынес справедливое решение. Описанное решение суда гораздо более полно отвечает интересам общества, чем ожидание соответствующего закона от парламента.

Однако и в Германии, и в России имеются случаи, когда вполне рационально установлен прямой запрет на применение аналогии. Нарушение принципа «nulla poena sine lege» — первый случай, противоречие с принципом верховенства права — второй. Так § 1 Уголовного уложения Германии и п. 2 ст. 3, ст. 10 Уголовного кодекса России, а также конституции названных стран, закрепляют принцип законности, в соответствии с которым в отношении лица может быть применено наказание лишь на основании действующего на момент совершения деликта законом, как следствие суд не может применять аналогию в уголовном праве. Причина такого запрета, как представляется, кроется в воле законодателя, направленной на защиту населения от неправомерного преследования государством. С другой стороны, такой запрет, хотя и исключает возможность «произвола» судами, снижает эффективность уголовного права. К примеру, Уголовное уложение Германии запрещает кражу, устанавливая в п. 1 § 242, что «тот, кто отнимает чужие вещи», будет наказан в соответствии с положениями, следующими далее. Но, будут ли обвиняемые, которые незаконно использовали не принадлежащую им электроэнергию, виновны в краже или в любом ином преступлении, предусматривающем завладение чужим имуществом? Ни один судья ФРГ не мог быть уверен в этом, ведь параграфы УУГ предусматривали хищение вещей, а признавать электричество вещью, не смотря на очевидное сходство с точки зрения права, суды не могли — это нарушало бы § 1 Уголовного уложения. Длительное время этот вопрос оставался нерешенным именно из-за запрета аналогии в уголовном праве. Позднее вопрос, касающийся кражи электроэнергии был урегулирован положениями § 248с, но «позднее» есть «позднее».

В российском же уголовном праве все еще нет устоявшейся судебной практики относительно кражи электроэнергии, суды в основном применяют ст. 165 УК РФ (Причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием), однако п. 1 ст. 165 устанавливает метод причинения вреда — обман или злоупотребление доверием. Здесь же представляется очевидным, что большинство дел с хищением электроэнергии не подпадают под этот критерий. Ст. 7.19 КоАП РФ в свою очередь говорит только о самовольном подключении, что не охватывает схожие отношения, предусмотренные, например, УУ



ФРГ. Анализируя механизм принятия судами РФ решений по аналогии, несложно предположить, что не будь установлен запрет на применения уголовного закона по аналогии, суды бы квалифицировали хищение электроэнергии по соответствующей статье действующего уголовного законодательства.

Резюмируя все вышесказанное, следует отметить, что в настоящее время аналогия как метод решения судебных дел хотя и не является универсальным средством — может служить эффективным способом к заполнению многих пробелов в праве, что подтверждается правоприменительной практикой как в ФРГ, так и в РФ. Представляется, что было бы рациональным со стороны парламента в необходимых случаях законодательно ограничивать применение аналогии, но только ради повышения уровня законности и недопущения произвольного толкования права. В иных же случаях следует позволить судам, когда это необходимо, т. е. присутствует очевидный пробел в праве, требующий немедленного урегулирования, применять решения по аналогии, даже если такое решение будет вводить нормативную новизну. Это позволит повысить уровень актуальности законодательства и увеличит эффективность правоприменительной деятельности.

Однако данное предложение не будет актуально для отечественной правоприменительной практики, если не будет изменен подход к принятию решений по аналогии. В Германии судья решает свою задачу, если это необходимо, не только путем изучения законодательства с предполагаемым пробелом и законодательства смежного с ним, но и путем изучения подготовительных законопроектных материалов и целей, обусловивших принятие закона, иными словами — социально-политического и экономического контекста [3]. Формирование схожей с Германской традицией рассмотрения дел — необходимое условие введения в оборот «полноценных» решений по аналогии.

Список источников

1. Билль о правах / Борис Палант. М. : Мысль, 2019.
 2. Вестник ВАС РФ. 2001. № 7.
 3. Лангенбухер К. Аргументация по аналогии в европейском праве // Cambridge Law Journal. 1998. № 57 (3). С. 481–521.
 4. Решения Верховного федерального суда ФРГ по гражданским искам (Entscheidungen des BGH in Zivilsachen 26, 394).
 5. BGHZ 13, 334.
 6. Larenz & Canaris, Methodenlehre (n. 6 above), p. 193 and Canaris, Die Feststellung von Lucken im Gesetz, 2nd ed. Berlin, 1983.
 7. Гражданское уложение Германии (Deutsches Buergerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz): введ. закон к Гражд. уложению; / пер. с нем. В. Бергман. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Wolters Kluwer Russia, 2008.
- ## References
1. Bill of Rights / Boris Palant. M. : Thought, 2019.
 2. Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. 2001. No. 7.
 3. Langenbuffer K. Argumentation according to the law in European law // Cambridge Law Journal. 1998. No. 57 (3). P. 481–521.
 4. The Return of the Supreme Court for Civil Claims (BGH Meeting in Siwilsachen, 26, 394).
 5. BGHZ 13, 334.
 6. Lorenz and Kanaris, Methodenlehre (paragraph 6 above), p. 193 and Canaris, Die Feststellung von Lucken im Gesetz, 2nd ed. Berlin, 1983.
 7. German Civil Code (Deutsches Buergerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz): introduction. the law to the Civil Code; / translated from German by V. Bergman. 3rd ed., reprint. and additional M. : Wolters Kluwer Russia, 2008.
- ## Библиографический список
1. Завадский А. В. К учению о толковании и применении гражданских законов. М. : ЮрИнфоР, 2008.
 2. Зайферт А. Ю. Некоторые проблемы в сфере трудовых отношений: стабильность законодательства и аналогия права и закона // Аллея науки. 2021. Т. 1. № 9 (60). С. 240–243.
 3. Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 4–6.
 4. Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2009.
 5. Ким Ю. В. Проблемы теории и практики разделения властей в современной России // Социогуманитарный вестник Кемеровского института (филиала) РГТЭУ. 2008. № 1 (2). С. 100–103.



6. Кузнецова Е. В. Способы устранения законодательных пробелов органами конституционной юстиции в Российской Федерации // Бизнес, менеджмент и право. 2014. № 2 (30). С. 164–168.

7. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М. : Юридическая литература, 1974.

8. Микрюков В. А. Аналогия закона и аналогия права в позициях высших судов Российской Федерации // Современное право. 2019. № 11. С. 53–57.

9. О духе законов / Шарль Луи Монтескье; [сост., пер. и коммент. примеч. авт. А. В. Матешук]. М. : Мысль, 1999.

10. Тихонравов Е. Ю. История законодательного санкционирования и судебного применения юридической аналогии в зарубежном европейском уголовном праве: теоретический анализ и некоторые уроки на будущее // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011. № 2 // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/istoriya-zakonodatelnogo-sanktsionirovaniya-i-sudebnogo-primeneniya-yuridicheskoy-analogii-v-zarubezhnom-evropeyskom-ugolovnom-prave>.

Bibliographic list

1. Zavadsky A. V. To the doctrine of the interpretation and application of civil laws. M. : Yurinform, 2008.

2. Seifert A. Yu. Some problems in the field of labor relations: stability of legislation and analogy of law and law // Alley of Science. 2021. Vol. 1. No. 9 (60). P. 240–243.

3. Zorkin V. D. The precedent nature of the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation // Journal of Russian Law. 2004. No. 12. P. 4–6.

4. Kaufman M. A. Gaps in criminal law and ways to overcome them: diss. ... doct. Jurid. M., 2009.

5. Kim Yu. V. Problems of theory and practice of separation of powers in modern Russia // Socio-humanitarian bulletin of the Kemerovo Institute (branch) of RGTEU. 2008. No. 1 (2). P. 100–103.

6. Kuznetsova E. V. Ways to eliminate legislative gaps by the bodies of constitutional justice in the Russian Federation // Business, management and law. 2014. No. 2 (30). P. 164–168.

7. Lazarev V. V. Gaps in law and ways to eliminate them. M. : Legal literature, 1974.

8. Mikryukov V. A. Analogy of law and analogy of law in the positions of the supreme courts of the Russian Federation // Modern law. 2019. No. 11. P. 53–57.

9. On the spirit of laws / Charles Louis Montesquieu; [comp., trans. and comment. author A. V. Matshuk]. M. : Mysl, 1999.

10. Tikhonravov E. Y. The history of legislative authorization and judicial application of legal analogy in foreign European criminal law: theoretical analysis and some lessons for the future // Bulletin of the Perm University. Legal sciences. 2011. № 2 // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/istoriya-zakonodatelnogo-sanktsionirovaniya-i-sudebnogo-primeneniya-yuridicheskoy-analogii-v-zarubezhnom-evropeyskom-ugolovnom-prave>.

Информация об авторах

М. Д. Лабин — студент 3-го курса Института технологий управления Российского технологического университета — МИРЭА;

М. В. Саудаханов — доцент кафедры государственного и административного права Российского технологического университета — МИРЭА, кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors

M. D. Labin — 3rd year Student of the Institute of Management Technologies of the Russian Technological University — MIREA;

M. V. Saudakhanov — Associate Professor of the Department of State and Administrative Law of the Russian Technological University — MIREA, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor.

Вклад авторов: все авторы сделали эквивалентный вклад в подготовку публикации. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Contribution of the authors: the authors contributed equally to this article. The authors declare no conflicts of interests.

Статья поступила в редакцию 20.10.2023; одобрена после рецензирования 15.11.2023; принята к публикации 05.12.2023.

The article was submitted 20.10.2023; approved after reviewing 15.11.2023; accepted for publication 05.12.2023.