На правах рукописи

НИКУЛЕНКО Андрей Вячеславович

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ: КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ

Специальность 12.00.08 – уголовное право и криминология;
уголовно-исполнительное право

АВТОРЕФЕРАТ ДИССЕРТАЦИИ

на соискание учёной степени доктора юридических наук

Санкт-Петербург – 2019

2

Работа выполнена на кафедре уголовного права ФГКОУ ВО «Санкт-Петербургский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации».

Научный консультант: **Милюков Сергей Фёдорович**
доктор юридических наук, профессор

Официальные оппоненты: **Меркурьев Виктор Викторович**
доктор юридических наук, профессор, заведующий отделом научного обеспечения прокурорского надзора и укрепления законности в сфере федеральной безопасности, межнациональных отношений, противодействия экстремизму научно-исследовательского института ФГКОУ ВО «Университет прокуратуры Российской Федерации»

Бабурин Василий Васильевич
Заслуженный работник высшей школы Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры криминологии, психологии и педагогики ФГКОУ ВО «Омская академия МВД России»

Арямов Андрей Анатольевич
доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия»

Ведущая организация: ФГАОУ ВО «Северо-Кавказский федеральный университет»

Защита состоится «31» мая 2019 года в 11 ч. 00 мин. на заседании диссертационного совета Д 203.012.02 по защите докторских и кандидатских диссертаций при ФГКОУ ВО «Санкт-Петербургский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации» по адресу: 198206, Санкт-Петербург, ул. Летчика Пилютова, дом 1, зал заседаний ученого совета.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке ФГКОУ ВО «Санкт-Петербургский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации», а также на официальном сайте: университет.мвд.рф.
Автореферат разослан «____» _____ 2019 г.

Учёный секретарь
диссертационного совета Д 203.012.02
кандидат юридических наук, доцент Э.В. Лантух

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертационного исследования обусловлена необходимостью повышения уровня правовой культуры населения, большая часть которого видит в уголовном праве лишь карательное начало и не учитывает позитивного содержания норм, регулирующих условия правомерности обстоятельств, исключающих преступность деяния, содержащихся в главе 8 Уголовного кодекса РФ, а также иных нормативных правовых актах. Ряд норм главы 8 УК РФ вообще не находят применения, в том числе и потому, что отсутствует единая система их построения и согласованность с другими нормами Общей и Особенной частей уголовного, а также иного законодательства.

Коренного изменения требует и правовое мышление сотрудников правоохранительных органов, которое, в первую очередь, должно быть ориентировано на обеспечение прав человека, прежде всего, потерпевших, в сфере уголовной юстиции.

Зачастую сотрудники полиции, а также граждане, стремясь совершить общественно полезные действия, пресечь совершение преступлений и иных общественно опасных деяний, задержать лиц, их совершивших, осуществить акт крайней необходимости или достичь социально значимой общественно полезной цели, вынуждены сами совершать поступки, причиняющие вред ценностям, в принципе охраняемым уголовным законом. Юридическая оценка подобных действий неочевидна, поскольку по своим внешним признакам они совпадают с соответствующими деяниями, предусмотренными уголовным законом.

Необходимая оборона, задержание лица, совершившего преступление или иное общественно опасное деяние, крайняя необходимость и другие обстоятельства, указанные в главе 8 Уголовного кодекса Российской Федерации, представляют собой, несомненно, общественно полезную деятельность (за исключением, обстоятельств, предусмотренных ст. ст. 40 и 42 УК РФ). Право на ее осуществление имеют все без исключения граждане, а для сотрудников правоохранительных органов (МВД, ФСБ, Росгвардии и других) является прямой обязанностью, возложенной на них законами и иными нормативными актами.

Неоднократные изменения уголовного законодательства, потеря им системности, серьёзные внутри и внешне политические события, затрагивающие сами основы нашего государства, заставляют пересмотреть подходы к уголовной политике России, ставят научное сообщество перед необходимостью обратиться к мысли о подготовке нового уголовного законодательства (последние 10 лет широко обсуждается его реформа). В полной мере это относится и к институту обстоятельств, исключающих преступность деяния, которые требуют совершенствования.

С момента вступления в силу действующего уголовного закона прошло более 20 лет, однако следственная, прокурорская и судебная практика применения норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, до сих пор не выработала единых подходов по ряду принципиальных вопросов.

Небезупречны с точки зрения законодательной техники и соответствующие законодательные формулировки статей, содержащихся в главе 8 Уголовного кодекса Российской Федерации. Кроме того, проблемным вопросом остается согласование положений нормативных правовых актов, регламентирующих правомерное причинение вреда охраняемым законом интересам, с нормами УК РФ (в частности, Федеральных законов «О полиции», «О противодействии терроризму», «О Федеральной службе безопасности» и других). Это регулятивное законодательство также подвержено изменениям. Например, в 2015 г. были расширены полномочия сотрудников ФСБ России на применение силы, специальных средств и оружия.[1]

Важно и то, что нормы об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, являются в большинстве своем дозволительными, т.е. рассчитанными на их активную реализацию, как гражданами, так и должностными лицами, однако без достаточных юридических познаний, дополнительных разъяснений, остаются малоприменимыми как сотрудниками правоохранительных органов, так и, тем более, обычными гражданами.

Наряду с развитием уголовного законодательства продолжает формироваться соответствующая, не всегда единообразная, судебно-следственная практика, также требующая анализа в целях выработки мер по оптимизации правоприменения (прежде всего – правильной правовой оценки обстоятельств, исключающих преступность деяния и назначения наказания за соответствующие эксцессы).

Несмотря на выход в свет целого ряда специальных монографических исследований, в том числе диссертационного формата, посвященных рассматриваемой проблематике, уже после вступления в силу УК РФ 1996 г., большая часть из поставленных вопросов осталась неразрешенной, а предложенные решения противоречивы и/или недостаточно аргументированы.

Кроме того, статистика не свидетельствует об однозначном улучшении ситуации в рассматриваемой сфере: например, в 2010 г. в России по статье 108 УК РФ зарегистрировано 473 преступления, выявлено лиц, совершивших преступление – 631, в 2011 г. соответственно 389 и 415, в 2012 г. – 351 и 377, в 2013 г. – 408 и 448, в 2014 г. – 280 и 426, в 2015 – 308 и 462, в 2016 г. – 292 и 449, в 2017 г. – 244 и 388. По статье 114 УК РФ в 2010 г. зарегистрировано 1067 преступлений, выявлено лиц, совершивших преступление – 1313, в 2011 г. соответственно 1123 и 1406, в 2012 г. – 1117 и 1386, в 2013 г. – 1224 и 1389, в 2014 г. – 1094 и 1296, в 2015 г. – 1297 и 1528, в 2016 г. – 1272 и 1499, в 2017 г. – 1143 и 1321.

Таким образом, на фоне значительного сокращения количества зарегистрированных убийств с привилегированным составом (ст. 108 УК РФ), количество деяний, связанных с причинением вреда здоровью, предусмотренных ст. 114 УК РФ, остается практически неизменным. Разумеется, указанная статистика не может в полной мере отразить

[1] О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации : [Федеральный закон от 30.12.2015 № 468-ФЗ (вст. в силу с 10.01.2016)] // Собрание законодательства РФ. 04.01.2016. № 1 (часть I). Ст. 88.

действительное положение дел, в том числе, динамику данных преступлений, что также породило необходимость проведения досконального изучения.

Следует констатировать, что на сегодняшний день нельзя признать полностью сформированной концепцию правомерного причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, отсутствует единая система построения норм главы 8 УК России и их взаимосвязь с другими нормами и институтами уголовного закона.

Все это обусловило необходимость комплексного исследования на уровне докторской диссертации проблем эффективности законодательства и правоприменительной деятельности в сфере обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Степень научной разработанности проблемы. Длительный период в отечественном уголовном законодательстве были закреплены лишь два обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния – необходимая оборона и крайняя необходимость. В настоящее время их количество увеличилось. В науке уголовного права выделяются и иные, не включенные в законодательный перечень, обстоятельства (например, согласие потерпевшего, выполнение специального задания, оперативный эксперимент и др.). Кроме того, положения иных нормативных правовых актов позволяют включить в этот перечень еще ряд обстоятельств, исключающих преступность деяния.

В научной литературе проблемы квалификации деяний, совершенных при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, долгое время рассматривались зачастую лишь в рамках тех из них, которые были закреплены законодательно. Государство не стремилось передавать функцию силового противодействия общественно опасному поведению в руки граждан. Так, например, причинение вреда задерживаемому лицу в уголовно-правовом аспекте рассматривалось с позиций положений о необходимой обороне (иногда, крайней необходимости), что, конечно же, не могло не сказаться на их прикладной ценности.

Сегодня же, когда вопросы защиты прав граждан от разного рода посягательств стоят наиболее остро, повышается уровень юридического сознания и правовой активности граждан, имеющихся работ по данной проблематике оказывается явно недостаточно. В них затрагиваются, как правило, лишь отдельные аспекты существующих проблем, зачастую повторяются давно известные в науке суждения. Монографические же труды единичны и не всегда отражают быстро меняющуюся криминальную действительность.

Исторический анализ становления рассматриваемого уголовно-правового института позволяет сделать вывод о том, что он еще до конца не изучен. Многие авторы, в частности: А.А. Арямов, Ю.В. Баулин, С.В. Борисов, В.Н. Борков, В.Б. Боровиков, С.В. Бородин, Г.В. Бушуев, В.А. Владимиров, З.А. Вышинская, Д.А. Гарбатович, М.С. Гринберг, В.П. Диденко, Н.Д. Дурманов, Н.И. Загородников, И.Э. Звечаровский, Э.В. Кабурнеев, А.И. Каплунов, С.Г. Келина, А.Г. Кибальник, Н.Т. Куц, В.Ф. Кириченко,

А.Н. Красиков, В.Н. Кудрявцев, Б.А. Куринов, Г.С. Курбанов, В.Н. Козак, Ю.И. Ляпунов, А.И. Марцев, С.Ф. Милюков, В.А. Никонов, В.В. Орехов, Т.Ю. Орешкина, Н.Н. Паше-Озерский, А.А. Пионтковский, Э.Ф. Побегайло, А.Н. Попов, Л.Л. Попов, В.П. Ревин, Б.В. Сидоров, И.И. Слуцкий, И.С. Тишкевич, Ю.М. Ткачевский, В.И. Ткаченко, А.Н. Трайнин, Н.Н. Турецкий, Т.Г. Шавгулидзе, М.И. Якубович, П.С. Яни и ряд других, затрагивали в своих работах положения норм, регламентирующих данный институт. Произведения этих и других ученых имеют, безусловно, важное научное и практическое значение, содержащиеся в них выводы и рекомендации направлены на обеспечение прав и интересов личности и должны быть учтены при дальнейшем совершенствовании уголовного закона и практики его применения.

Рассматриваемый уголовно-правовой институт (применительно как к отдельным обстоятельствам, так и всему институту в целом) получил непосредственное отражение в диссертациях таких ученых, как: В.Ф. Антонов, Т.Ш. Атабаева, В.В. Бабурин, М.В. Балалаева, Е.А. Баранова, П.А. Береснев, В.А. Бикмашев, В.А. Блинников, Е.Г. Веселов, Н.Г. Вольдтмарова, Н.В. Голубых, А.П. Дмитренко, Е.В. Донец, Т.К. Донцова, Д.А. Дорогин, Ю.Е. Духовник, А.В. Заря, В.Л. Зуев, А.Б. Иванов, Н.Г. Кадников, Н.Ш. Козаев, О.В. Кондрашова, И.В. Коробицин, И.А. Королева, В.В. Меркурьев, О.В. Мизина, В.И. Михайлов, С.В. Пархоменко, Д.В. Перцев, И.Г. Плэмэдялэ, В.Е. Пономарь, К.И. Попов, А.С. Рабаданов, М.Н. Ронина, Е.А. Русскевич, А.Л. Савенок, А.В. Савинов, А.В. Савинский, Э.Л. Сидоренко, И.Р. Сичинава, А.И. Ситникова, Л.Н. Смирнова, И.Г. Соломоненко, Ю.В. Старостина, С.М. Старых, А.В. Сумачев, И.В. Талаев, Н.Н. Турецкий, Е.Д. Шелковникова, Г.С. Шкабин, С.Н. Шрамко, А.С. Шумков, С.А. Якунина, М.А. Якуньков и др.

Однако у этих ученых не сложилось общего мнения относительно содержания и сущности рассматриваемых обстоятельств, их значения, а также места каждого из них в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния. Обоснованно полагаем, что в доктрине уголовного права не сформировался единый комплекс знаний об обстоятельствах, исключающих преступность деяния.

Несмотря на значительную научную и практическую значимость в уголовном законодательстве норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, они еще не начали действовать в полную силу и требуют существенной модернизации.

Цель диссертационного исследования заключается в изучении проблем уголовно-правовой политики в сфере применения обстоятельств, исключающих преступность деяния и их значении в деятельности правоохранительных органов Российской Федерации, а также разработка предложений de lege lata и de lege ferenda и прикладных рекомендаций правоприменителям.

Для достижения указанной цели был поставлен ряд задач:

– изучить генезис уголовного законодательства России об обстоятельствах, исключающих общественную опасность и/или противоправность деяния;

– раскрыть теоретические основы обстоятельств, исключающих преступность деяния;

– исследовать действующее зарубежное уголовное законодательство, регулирующее правомерное причинение вреда при обстоятельствах, исключающих общественную опасность и противоправность деяния;

– определить значение института обстоятельств, исключающих преступность деяния, в деятельности правоохранительных органов Российской Федерации;

– изучить соотношение положений норм главы 8 Уголовного кодекса Российской Федерации и «отраслевых» нормативных правовых актов, регламентирующих основания и условия причинения вреда общественным отношениям охраняемым уголовным законом с целью устранения существующих противоречий между ними;

– выявить отличительные особенности (сходства и различия) обстоятельств, исключающих преступность деяния, в действующем уголовном законодательстве и проблемы их квалификации;

– сформулировать предложения по совершенствованию уголовно-правовых норм главы 8 Уголовного кодекса Российской Федерации, а также законодательному закреплению в ней новых обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Объектом исследования выступают явления социальной и правовой действительности, выражающиеся в причинении вреда охраняемым уголовным законом интересам, при обстоятельствах, исключающих преступность деяния.

Предметом исследования являются исторические и теоретические аспекты развития отечественного и зарубежного законодательства об обстоятельствах, исключающих общественную опасность и/или противоправность деяния; уголовно-правовые нормы, регулирующие основания и условия причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, а также предусматривающие ответственность за превышение мер правомерного причинения вреда; практика их применения; качественно-количественные показатели в сфере правомерной защиты личности, общества и государства от преступных и иных общественно опасных посягательств, позволяющие оценить эффективность действия норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния.

Научная новизна работы заключается в том, что на монографическом уровне, на основании выполненных диссертантом творческих изысканий осуществлено системное исследование неразрешенных в теории и на практике вопросов, связанных с правомерным причинением вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, оснований исключения признаков преступления в таковых деяниях, сходств и отличий обстоятельств, исключающих преступность деяния и ответственности за превышение мер, необходимых для правомерного причинения вреда. Диссертантом разработана совокупность новых теоретических положений, направленных на совершенствование уголовно-правовой и иной нормативной базы,

регламентирующей обстоятельства, исключающие преступность деяния, вносящих определенный вклад в развитие доктрины уголовного права в области дозволительных и управомочивающих норм, содержащихся в Уголовном кодексе Российской Федерации. Тщательному анализу подвергнуты новейшие нормативные акты в сфере правомерного причинения вреда.

В диссертации предлагается авторская теоретическая концепция, которая может быть положена в основу нормативного регулирования правомерного причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния. Решение этой сложной уголовно-правовой задачи, имеет важное значение в правоприменительной практике. Даны научно обоснованные рекомендации по правовой оценке наиболее проблемных ситуаций, возникающих при квалификации деяний, связанных с правомерным причинением вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния. Разработаны теоретические основы обстоятельств, исключающих преступность деяния, а также уголовно-правовой охраны личности, общества и государства путем правомерного причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам.

Теоретическая и практическая значимость результатов исследования состоит в том, что его положения и выводы могут быть использованы в развитии теории уголовно-правового регулирования в целом, и обстоятельств, исключающих преступность деяния, в частности; при совершенствовании уголовного законодательства в части регламентации таких деяний; в правоприменительной практике; в образовательном процессе высших образовательных организаций различной ведомственной принадлежности при преподавании ряда юридических дисциплин, в первую очередь, уголовного права; в системе повышения квалификации сотрудников правоохранительных органов; при разработке законопроектов и подзаконных нормативных правовых актов; в правоприменительной деятельности правоохранительных органов; в научно-исследовательской работе по дальнейшему углубленному изучению актуальных проблем института обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Методология и методика исследования. Методологической основой диссертационного исследования являются: 1) диалектический метод познания социально-правовых явлений, в соответствии с которым обстоятельства, исключающие преступность деяния, рассматриваются в единстве их социального содержания и юридической формы; 2) исторический – при рассмотрении законодательства (от истоков до наших дней), регламентировавшего право на правомерное причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам; 3) системный анализ фактических ситуаций правомерного причинения вреда и отражающей его нормы; 4) лонгитюдный – при изучении практики привлечения к уголовной ответственности за нарушение условий правомерности того или иного обстоятельства, исключающего преступность деяния; 5) сравнительно-правовой – при соотношении норм УК РФ с нормами иных нормативных правовых актов, регулирующих правомерное причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам. В работе применяются частно-научные методы: логико-

семантический, аксиологический, социологический, грамматический, интервьюирования, анализ документов, непосредственного наблюдения, контент-анализ сообщений в СМИ (в том числе электронных).

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Апогеем концепции правомерного причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, выступает разумная необходимость расширения прав законопослушных граждан. Нормы об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, должны формироваться и излагаться в законе основываясь преимущественно на казуистическом (формальном) способе их закрепления в уголовном законодательстве, т.к. они являются управомачивающими (дозволительными) и представляют собой возможные варианты правомерного поведения и, таким образом, должны быть предельно ясны и понятны субъектам применения таковых норм. Традиционный подход к правовой оценке правомерного причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, оправдавший себя на протяжении многих десятилетий, позволил нам сконцентрироваться на устоявшемся методе анализа условий правомерности того или иного обстоятельства. Поскольку таковые обстоятельства имеют ярко выраженную общественно полезную и социально значимую окраску, следует скорректировать условия их правомерности максимально комфортно для адресата этих положений – не только и не столько для правоохранителя (полицейского, следователя, прокурора, судьи), но и для простого гражданина, далекого от догматических построений юридических конструкций, понятных лишь подготовленному специа.листу. Формулирование этих условий, на наш взгляд, требует максимальной казуистичности, т.к. только твёрдая уверенность в законности совершаемых поступков, может сподвигнуть граждан и правоохранителей на активные социально значимые действия.

2. Нормы, регламентирующие обстоятельства, исключающие преступность деяния, появлялись, сохранялись и совершенствовались, исчезали и возникали вновь на протяжении длительного временного периода от становления российской государственности до наших дней. Основываясь на отечественном историческом опыте, следует:

а) возвратить в законодательное поле нормы о выплате вознаграждения государством лицам, осуществивших общественно полезную деятельность по необходимой обороне, задержанию лица, совершившего общественно опасное деяние и при других обстоятельствах, исключающих преступность деяния, а также за сообщения о готовящемся, совершаемом или совершенном преступлении, что даст возможность своевременно предупреждать преступления;[1]

[1] Об утверждении Положения о назначении и выплате полицией вознаграждения за помощь в раскрытии преступлений и задержании лиц, их совершивших : [Приказ МВД России от 06.06.2018 № 356 (Зарегистрирован в Минюсте России 15.08.2018 № 51903)] [Электронный ресурс] // Государственная система правовой информации : Официальный интернет-портал правовой информации. URL : http://www.pravo.gov.ru. 2018. 16 авг.

б) воспринять (естественно с учётом современных достижений юридической техники) нормы, предусмотренные ст. ст. 8, 88–91 главы XXI Соборного Уложения 1649 г. «О разбойных и татийных делах», позволяющие, по сути, защищать свое жилище любыми доступными способами. В настоящее время это открывает возможность правомерной установки различных устройств для недопущения проникновения в дома и квартиры посторонних лиц и применения к ним силового воздействия вплоть до лишения их жизни;

в) учесть, что ещё Воинские Артикулы 1715 г. устанавливали ответственность за бездействие по противодействию преступным проявлениям со стороны «должностных лиц». Современному уголовному законодательству известна лишь одна общая норма – ст. 293 УК – «халатность», которая в таких случаях применяется редко и недостаточно эффективно. Применение же ст. 285 УК – «злоупотребление должностными полномочиями», при нынешнем уровне морально-волевой и правовой подготовки представителей правоохранительных органов весьма маловероятно.

3. Современное российское законодательство уделяет больше внимания регламентации правомерного причинения вреда, нежели большинство изученных зарубежных нормативных правовых актов. Однако отсутствие в ряде зарубежных стран, так называемого «отраслевого» дополнительного нормативного регулирования отношений, связанных с правомерным причинением вреда (примером здесь выступает уголовное законодательство США) позволяет установить равные требования к оценке правомерности его причинения, как для граждан, так и правоохранителей, что, безусловно, способствует и гражданской инициативе, и активным действиям полицейских.

4. Наличие обстоятельств, исключающих преступность деяния, в иных, нежели Уголовный кодекс РФ, нормативных правовых актах, в том числе, не имеющих статус закона, на наш взгляд, порождает несколько проблем. Во-первых, снижается статус самого уголовного законодательства, исключительной прерогативой которого выступает определение преступности и наказуемости деяний, а также их непреступности. Во-вторых, отражение в «отраслевом» или специальном законодательстве порождает коллизии между различными законами, что, в конечном счете, приводит к проблемам их правоприменения. В-третьих, наконец, подобная «бланкетность» и неудобна, и нелогична. Чтобы признать поведение лица правомерным, необходимо обратиться не к единому нормативному правовому акту – Уголовному кодексу, а проверить его на соответствие нормам, прямо не устанавливающим уголовную ответственность и наказание.

5. Правовое регулирование правомерного причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, будет развиваться следующими путями: 1. Продолжат размываться основы кодифицированного построения уголовного права. В «отраслевых» законах будут появляться самостоятельные обстоятельства, исключающие преступность деяния. 2. Произойдёт сближение уголовно-правовых и специально-отраслевых видов правомерного причинения вреда. 3. Принцип системности права будет соблюден и все законодательные конструкции, предусматривающие

возможность правомерного причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, получат своё отражение в Уголовном кодексе РФ, в соответствии с ч. 1 ст. 1 УК. Кроме того, в случае конкуренции норм главы 8 УК РФ с иными нормативными актами, уголовно-правовые нормы должны сохранять над ними свой приоритет. Законы, согласно ч. 3 ст. 2 Федерального закона от 13.06.1996 г. № 64-ФЗ «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации», должны применяться лишь «в части, не противоречащей Уголовному кодексу Российской Федерации». Являясь последовательными приверженцами соблюдения принципа системности в праве, тем более уголовном, концентрирующем в себе карательное начало, мы полагаем, что обстоятельства, исключающие преступность деяния, могут выделиться в самостоятельную подотрасль, которая будет содержать в своей структуре все обстоятельства, исключающие преступность деяния, в том числе те, которые в настоящее время урегулированы иными нормативными правовыми актами или не урегулированы вообще.

Положения уголовного законодательства о правомерном причинении вреда при всех обстоятельствах, исключающих преступность деяния, должны в полной мере распространяться на специально уполномоченных должностных лиц (в т.ч., сотрудников полиции и других правоохранительных органов) без каких-либо изъятий и дополнительной уголовно-правовой или иной регламентации.

6. Автор предлагает привести в соответствие с Уголовным кодексом ряд законов и подзаконных актов в данной сфере, в частности, Федеральные законы: «О полиции», «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы», «О противодействии терроризму», Постановление Правительства РФ от 30 июня 2010 г. № 491 «Об обеспечении служебным оружием и специальными средствами должностных лиц специально уполномоченных государственных органов по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира и среды их обитания», Постановление Правительства РФ от 24 февраля 2010 г. № 80 «Об утверждении Правил применения оружия и боевой техники при охране государственной границы Российской Федерации, исключительной экономической зоны и континентального шельфа Российской Федерации», и ряд других, в части предоставления содержащимися в них нормами прав на причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам.

К тому же, несомненно, справедливо, если во всех спорных вопросах главенствующую роль будет занимать исключительно уголовный закон, ибо только он призван решать вопрос о преступности или правомерности деяния.

7. Разработка теоретических основ обстоятельств правомерного причинения вреда и обобщение признаков обстоятельств, исключающих преступность деяния, позволило выработать определение обстоятельств, исключающих преступность деяния, которое, на наш взгляд, в дальнейшем должно получить соответствующее закрепление в уголовном законодательстве. Законодательное закрепление подобного определения, как своеобразного

эпиграфа к главе 8 Уголовного кодекса Российской Федерации, позволит положить конец спору о юридической природе указанных обстоятельств, позволит сместить акцент в сфере действия норм, закрепленных в иных нормативных правовых актах в уголовно-правовое русло, а также даст возможность оценивать совершенные при указанных обстоятельствах, деяния, исключительно с точки зрения уголовного законодательства.

«Обстоятельства, исключающие преступность деяния – это предусмотренные уголовным законом, объективные основания правомерного причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам, совершаемые для защиты иных более значимых правоохраняемых интересов или достижения общественно полезных целей».

8. Физическое и психическое принуждение, как обстоятельство, исключающее преступность деяния, должно быть исключено из действующего уголовного законодательства, т.к. указанные нормы являются вторичными (по сути – дублирующими) положения о крайней необходимости и невиновном причинении вреда. Норма ч. 1 ст. 40 УК РФ относится к случаям непреодолимого физического принуждения, полностью лишающего человека возможности реализовать свободу воли в конкретном поведении. Налицо – непреодолимая сила, лишающая человека возможности руководить своими действиями (бездействие), т.е. ситуация, которую следует рассматривать в рамках учения об объективной стороне состава преступления и его нормативном воплощении.

Принципиально иная ситуация предусмотрена ч. 2 ст. 40 УК, в которой, по существу, речь идет о частных случаях крайней необходимости и потому, рассмотрение таковых случаев следует производить исключительно на основе положений ст. 39 УК.

Коренного пересмотра или уточнения требуют нормы о необходимой обороне, причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление, крайней необходимости, обоснованном риске, исполнении обязательного приказа или распоряжения, которые несмотря на более чем 20-летний период действия Уголовного кодекса России так и не заработали в полную силу.

Заблуждение лица, относительно фактических свойств деяния исключает предвидение возможности причинения явно чрезмерного вреда охраняемым уголовным законом интересам и, таким образом, должно рассматриваться по правилам о фактической ошибке, т.е. как невиновное причинение вреда. В связи с этим, следует дополнить гл. 8 УК РФ статьей 42^1 «Ошибка в наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния».

Необходимость дополнения уголовного законодательства новыми обстоятельствами, исключающими общественную опасность деяния, не вызывает сомнений. В том числе за счёт устранения конкуренции между уголовным законом и достаточно большим массивом нормативных правовых актов, почему-то автономно регулирующих правомерное причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам.

Предлагаем изменить нынешнее название главы 8 УК РФ на «Обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния»,

с изъятием из нее чужеродных в этом отношении обстоятельств, указанных сейчас в ч. 1 ст. 40 и ст. 42 УК РФ.

9. С учетом растущего значения в следственно-судебной практике разъяснений Верховного Суда РФ по вопросам применения уголовного законодательства, целесообразно принять специальное постановление, касающееся *всех* обстоятельств, исключающих преступность деяния. Верховному суду целесообразно сориентировать правоприменителей на учёт личностных характеристик посягающего (задерживаемого, рискующего, отдающего или исполняющего приказ и т.д.) лица, определить временные рамки, ориентировать следственные органы и суд на учёт внешних (объективных) факторов обстановки, а также указать на главенствующую роль уголовного законодательства по сравнению с отраслевыми нормативными правовыми актами, регулирующими основания и порядок применения физической силы, спецсредств и оружия сотрудниками правоохранительных органов и гражданами.

10. Одной из особенностей уголовной ответственности за превышение пределов крайней необходимости является то, что Особенная часть УК РФ не содержит специальной нормы, аналогичной превышению пределов необходимой обороны или мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление (ст. ст. 108, 114 УК РФ). Следует дополнить Особенную часть соответствующей привилегированной нормой. Более того, целесообразно произвести корректировку ст. ст. 61 и 62 УК РФ дабы минимизировать возможные риски назначения чрезвычайно строгого наказания для лиц, занимающих активную гражданскую позицию и превысивших пределы правомерного причинения вреда при всех рассматриваемых обстоятельствах.

11. Предложения de lege ferenda:

«Статья 37. Необходимая оборона.

1. Не является преступлением причинение вреда посягающему лицу в состоянии необходимой обороны, т.е. при защите личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства от общественно опасного посягательства, если это посягательство было направлено на жизнь, здоровье, личную свободу, половую свободу или половую неприкосновенность, неприкосновенность жилища, помещения или иного хранилища. Указанные условия правомерности распространяются также на случаи совершения посягательства на государственные и (или) общественные интересы, если это посягательство было сопряжено с причинением или угрозой причинения вреда вышеуказанным общественным отношениям, охраняемым уголовным законом, а также случаи совершения группового посягательства или посягательства с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия.

2. Защита от посягательства, не сопряженного с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия, является правомерной, если при этом не было допущено превышения пределов необходимой обороны, т.е. умышленных

действий, явно не соответствующих характеру и опасности посягательства. Указанные положение не распространяются на случаи, предусмотренные в ч. 1 настоящей статьи.

3. При оценке правомерности причинения вреда при необходимой обороне учитываются, наряду с характером и степенью общественной опасности совершенного посягательства, данные о личности посягающего, способы посягательства, разумная необходимость в причинении вреда при оборонительных действиях, место и обстановка посягательства, силы и возможности обороняющегося, его психическое состояние и иные обстоятельства, связанные с фактом обороны.

4. Не подлежит уголовной ответственности лицо, которое в силу неожиданности посягательства, замешательства, испуга, страха или по другим обстоятельствам, находилось в состоянии душевного волнения, и потому превысило пределы мер необходимой обороны.

5. Провокация посягательства не порождает состояния необходимой обороны, за исключением случаев, когда она выразилась в правомерных действиях, предусмотренных ст. 39^1 настоящего Кодекса.

6. Превышением пределов необходимой обороны признается умышленное применение обороняющимся лицом от общественно опасного посягательства, указанного в части второй настоящей статьи, такого способа защиты (характера вреда), применение которого явно, очевидно для обороняющегося, не вызывалось характером и опасностью посягательства, когда посягавшему, без необходимости, умышленно был причинен тяжкий вред здоровью или смерть.

7. Положения настоящей статьи в полной мере распространяются на всех лиц независимо от их профессиональной или иной специальной подготовки или служебного (должностного) положения, а также независимо от возможности избежать общественно опасного посягательства или обратиться за помощью к другим лицам или органам власти. В случае противоречия содержания норм других законодательных или подзаконных нормативных правовых актов применяются положения настоящей статьи».

«Статья 38. Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние.

1. Не является преступлением причинение вреда лицу, совершившему общественно опасное деяние, при его задержании для передачи органам власти и (или) пресечения возможности совершения им новых преступлений и иных общественно опасных деяний, если иными средствами задержать такое лицо в данной ситуации не представлялось возможным и при этом не было допущено превышения необходимых для этого мер, т.е. умышленных действий, явно не соответствующих характеру и степени общественной опасности совершенного им деяния и личности виновного.

2. При оценке правомерности причинения вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние, учитываются, наряду с характером и степенью общественной опасности совершенного деяния, данные о его личности, способы уклонения от задержания, место и обстановка задержания,

разумная необходимость в причинении вреда для достижения целей задержания, силы и возможности задерживающего, его психическое состояние и иные обстоятельства, связанные с фактом задержания.

3. Не подлежит уголовной ответственности лицо, которое в силу неожиданности посягательства, замешательства, испуга, страха или по другим обстоятельствам, находилось в состоянии душевного волнения, и потому превысило пределы мер, необходимых для задержания лица, совершившего общественно опасное деяние.

4. Пресечение насильственного сопротивления задерживаемого лица оценивается по правилам ст. 37 настоящего Кодекса.

5. Положения ч. ч. 1–4 настоящей статьи в полной мере распространяются на всех лиц независимо от их профессиональной или иной специальной подготовки или служебного (должностного) положения. В случае противоречия содержания норм других законодательных или подзаконных нормативных правовых актов применяются положения настоящей статьи».

«Статья 39. Крайняя необходимость.

1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам в состоянии крайней необходимости, в целях устранения опасности, угрожающей личности и правам данного лица или иных лиц, охраняемым законом интересам общества или государства, если эта опасность не могла быть устранена без причинения вреда и при этом не было допущено превышения пределов крайней необходимости, т.е. умышленных действий, явно не соответствующих характеру и степени угрожавшей опасности, когда указанным интересам был причинен вред равный или более значительный, чем предотвращенный.

2. При оценке правомерности причинения вреда при крайней необходимости, учитываются, наряду с характером и степенью угрожавшей опасности, место и обстановка, разумная необходимость в причинении вреда для устранения опасности, силы и возможности субъекта крайней необходимости, его психическое состояние и иные обстоятельства, связанные с фактом причинения вреда при устранении опасности.

3. Не подлежит уголовной ответственности лицо, которое в силу неожиданности опасности, замешательства, испуга, страха или по другим обстоятельствам, находилось в состоянии душевного волнения, и потому превысило пределы мер, необходимых для устранения опасности.

4. Крайней необходимостью признается также такое состояние, при котором деяние, совершенное с целью устранения угрожающей опасности неизбежного причинения вреда правоохраняемым интересам, не достигло этой цели и предотвращаемый вред наступил, несмотря на усилия лица, добросовестно рассчитывающего его предотвратить путем причинения менее значительного вреда.

5. Превышение пределов крайней необходимости влечет уголовную ответственность только в случаях умышленного причинения вреда.

6. Крайняя необходимость не является основанием для отказа от выполнения юридической обязанности или исполнения служебного долга,

состоящих в действиях по устранению опасности».

«Статья 39[1]. Правомерная провокация

1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам в результате правомерной провокации для изобличения виновного в совершении преступления и пресечения возможности совершения им новых общественно опасных деяний, если иными средствами изобличить такое лицо (лиц) в данной ситуации не представлялось возможным и при этом не было допущено превышения необходимых для этого мер, т.е. умышленных действий, явно не соответствующих характеру и степени общественной опасности совершенного им деяния и личности виновного.

2. При оценке правомерности причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам учитываются, наряду с характером и степенью общественной опасности совершенного деяния, личность, способы уклонения от ответственности, разумная необходимость в причинении вреда для достижения целей провокации и иные обстоятельства, связанные с фактом осуществления провокационных действий.

3. Превышением пределов правомерной провокации признается причинение вреда, явно несоответствующего характеру и степени угрожавшей опасности совершённого (совершаемого) провоцируемым лицом деяния. Такое превышение влечёт за собой уголовную ответственность только в случаях умышленного причинения вреда.

4. Положения ч. ч. 1–3 настоящей статьи в полной мере распространяются на всех лиц независимо от их профессиональной или иной специальной подготовки или служебного (должностного) положения. В случае противоречия содержания норм других законодательных или подзаконных нормативных правовых актов применяются положения настоящей статьи».

«Статья 41. Обоснованный риск.

1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам при обоснованном риске.

2. Обоснованным риском признаётся вид правомерного поведения граждан, основанный на управомочивающих нормах уголовного права и проявляющийся в совершении в условиях неопределенности действия (бездействия) для достижения общественно полезной цели при осознанной субъектом возможности выбора варианта поведения с учетом вероятности причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам.

3. Риск признается обоснованным, если совершенное деяние соответствует современным научно-техническим знаниям и опыту и лицо, допустившее риск, предприняло все, достаточные, по его мнению, и возможные, с учётом конкретной обстановки, меры для предотвращения возможного вреда охраняемым уголовным законом интересам.

4. Риск не признается обоснованным, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни многих людей, с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия».

«Статья 42. Исполнение приказа (распоряжения).

1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным

законом интересам лицом, совершающим деяние во исполнение обязательных для него приказа (распоряжения) в рамках возложенных на него служебных (должностных) обязанностей и не осознающим незаконность (общественную опасность) такового.

2. Уголовную ответственность за причинение такого вреда несет лицо, отдавшее незаконный приказ (распоряжение).

3. Приказ (распоряжение) – это официальное властное (обязательное) указание начальника (руководителя, командира) подчиненному исполнить какое-либо деяние (действие или бездействие).

4. Лицо, умышленно причинившее вред охраняемым уголовным законом интересам во исполнение заведомо незаконного приказа (распоряжения) несёт уголовную ответственность в качестве исполнителя преступления. Лицо, отдавшее незаконный приказ (распоряжение), подлежит уголовной ответственности как организатор или подстрекатель.

5. Неисполнение незаконного приказа (распоряжения) исключает уголовную ответственность».

«Статья 42[1]. Ошибка в наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния.

1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам при ошибке в наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния, когда обстановка давала обоснованные основания полагать, что имеет место то или иное обстоятельство, и лицо не осознавало, не должно было или не могло осознавать ошибочности своего предположения и если при этом не было допущено превышения мер, необходимых при реальном наличии такового обстоятельства. Вопрос о вине в таких случаях разрешается в соответствии с ч. 1 ст. 28 настоящего Кодекса.

2. Если лицо не осознавало мнимости своего предположения, но по обстоятельствам дела должно было и могло это осознавать, то оно должно нести ответственность по соответствующим статьям Особенной части настоящего Кодекса, за совершение указанного деяния по неосторожности в соответствии с ч. 2 ст. 24 настоящего Кодекса.

3. Превышением необходимых мер признаются умышленные действия, явно не соответствующие условиям правомерности конкретного обстоятельства, исключающего преступность деяния. Ответственность в таких случаях наступает по правилам, предусмотренным ст. ст. 37–42 настоящего Кодекса.

4. В случае причинения вреда с косвенным умыслом ответственность наступает в соответствии с частью третьей статьи 25 настоящего Кодекса. При этом мотивы и цели совершения такого деяния могут быть расценены в качестве обстоятельства, смягчающего наказание.

5. При определении правомерности причинения вреда следует учитывать положения ст. 41 настоящего Кодекса».

Пункт «ж» ч. 1 ст. 61 УК РФ изложить в следующей редакции:

«ж) совершение преступления при нарушении условий правомерности обстоятельств, исключающих преступность деяния»;

Дополнить пунктом «ж[1]»:

«ж[1]) причинение в состоянии крайней необходимости вреда равного предотвращенному»;

Внести изменения в ст. 62 УК РФ, изложив ч. 1 в следующей редакции:

«1. При наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных пунктами «и», «к», «ж» и (или) «ж[1]» части первой статьи 61 настоящего Кодекса, и отсутствии отягчающих обстоятельств срок или размер наказания не могут превышать одной второй максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса».

Статьи 108 и 114 УК РФ изложить в следующей редакции:

«Статья 108. Убийство, совершенное при превышении пределов необходимой обороны, при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего общественно опасное деяние либо при превышении пределов крайней необходимости.

1. Убийство, совершенное при превышении пределов необходимой обороны,

– наказывается исправительными работами на срок до двух лет, либо ограничением свободы на срок до двух лет, либо принудительными работами на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок.

2. Убийство, совершенное при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего общественно опасное деяние,

– наказывается ограничением свободы на срок до трех лет, либо принудительными работами на срок до трех лет, либо лишением свободы на тот же срок.

3. Убийство, совершенное при превышении пределов крайней необходимости,

– наказывается ограничением свободы на срок до четырех лет, либо принудительными работами на срок до четырех лет, либо лишением свободы на тот же срок».

«Статья 114. Умышленное причинение вреда здоровью при превышении пределов необходимой обороны либо при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего общественно опасное деяние либо при превышении пределов крайней необходимости.

1. Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, совершенное при превышении пределов необходимой обороны,

– наказывается исправительными работами на срок до одного года, либо ограничением свободы на срок до одного года, либо принудительными работами на срок до одного года, либо лишением свободы на тот же срок.

2. Умышленное причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью, совершенное при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего общественно опасное деяние,

– наказывается исправительными работами на срок до двух лет, либо ограничением свободы на срок до двух лет, либо принудительными работами

на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок.

3. Умышленное причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью, совершенное при превышении пределов крайней необходимости,

– наказывается исправительными работами на срок до трех лет, либо ограничением свободы на срок до трех лет, либо принудительными работами на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок».

Степень достоверности и апробации результатов.

Теоретическая часть исследования выполнялась на основе положений уголовно-правовой науки в комплексе с позиций научного знания иных наук (криминологии, общей теории права, философии, логики, социологии, психологии, уголовно-процессуального права, административного права, административной деятельности, оперативно-разыскной деятельности).

Практическая часть исследования выполнена на основе обширного эмпирического материала, который составили:

1. Статистические данные о преступлениях, совершенных при нарушении условий правомерности причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния.

2. Материалы судебной и следственной практики за период с 2011 по 2018 гг.:

– было изучено 188 материалов, по которым вынесены постановления об отказе в возбуждении и прекращении уголовных дел в связи с наличием обстоятельств, исключающих преступность деяния;

– 47 уголовных дел, по которым были вынесены оправдательные приговоры по тем же основаниям;

– 242 уголовных дела, связанных с эксцессом обстоятельств, исключающих преступность деяния.

3. Изучены определения и постановления по применению норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, опубликованные в Бюллетенях Верховных судов СССР, РСФСР, РФ за период с 1961 г. по н.в.

4. Материалы 44 предварительных (служебных) проверок по фактам применения огнестрельного оружия, специальных средств или физической силы сотрудниками правоохранительных органов за период 2011–2018 гг.

5. Результаты авторских анкетных опросов и иных социологических опросов: Автором проведены социологические исследования по важнейшим проблем обстоятельств, исключающих преступность деяния. Опрошено 320 специалистов, в числе которых научно-педагогические работники в области уголовного права, криминологии и правоохранительной деятельности и практики – следователи ОВД и СК РФ, прокурорские работники, судьи федеральных судов и судов субъекта РФ, а также 112 обычных граждан;

6. Аналитические обзоры и справки за период 2011–2017 гг.

7. Отчеты федеральных и местных органов исполнительной власти, правоохранительных органов за период 2011–2017 гг.;

8. Контент-анализ средств массовой информации за период 2000–2018 гг.

При подготовке работы использовались результаты эмпирических исследований, полученные другими авторами при разработке данной

и смежных тем.

Успешное сочетание теоретического и практического направлений позволило сформулировать достоверные выводы, основанные как на научных положениях, так и эмпирического их подтверждения.

Диссертация подготовлена на кафедре уголовного права ФГКОУ ВО «Санкт-Петербургский университет МВД России» и рассматривалась на её заседаниях.

Результаты диссертационного исследования проходили апробацию в виде докладов и сообщений соискателя на 112 научно-практических и иных форумах (из которых 61 международного и всероссийского уровня, включая Российский конгресс уголовного права в МГУ им. М.В. Ломоносова) в Москве (2011, 2013, 2015, 2018), Санкт-Петербурге (2011–2018), Казани (2011, 2012, 2014), Екатеринбурге (2012), Симферополе (2017, 2018), Волгограде (2016, 2017, 2018), Ростове (2018), Курске (2016, 2017, 2018), Калининграде (2011, 2013, 2015, 2018), Новосибирске (2016, 2017), Липецке (2014, 2015, 2016, 2018).

Положения диссертации также обсуждались на мероприятиях, проводимых совместно с практическими сотрудниками правоохранительных органов и судьями, представителями иных органов власти и органов местного самоуправления (в их числе, круглый стол с представителями судейского сообщества «Уголовный закон: вопросы теории и практики применения», г. Санкт-Петербург, 2012 г.). Основные выводы диссертационного исследования опубликованы в 23 статьях в ведущих рецензируемых научных журналах, входящих в перечень ВАК Министерства образования и науки РФ, монографии, двух учебниках, трёх учебных пособиях, курсе лекций по уголовному праву, научно-практическом пособии, комментарии к Уголовному кодексу РФ (в трёх томах), учебнике, в которых соискатель являлся научным редактором, и других работах. Всего 122 работы общим объёмом 129,55 п.л.

Результаты исследования внедрены в образовательный и научный процесс Санкт-Петербургского университета МВД России, Волгоградской академии МВД России, Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена, а также в практическую деятельность правоохранительных органов и судов (Следственный Департамент при Министерстве внутренних дел Российской Федерации, Главное следственное управление при ГУ МВД России по г. Санкт-Петербургу и Ленинградской области, Санкт-Петербургский городской суд), о чём имеются соответствующие акты внедрения. **Структура работы** определяется её целями и задачами. Диссертация состоит из введения, 4 глав, включающих 13 параграфов, заключения, библиографического списка и приложений.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ ДИССЕРТАЦИИ

Во **введении** обосновывается актуальность темы исследования, характеризуется степень ее разработанности, определяются цель и задачи исследования, его объект и предмет, методологическая основа, научная новизна, указываются положения, выносимые на защиту, приводятся сведения о теоретической и практической значимости результатов исследования, а также о степени их достоверности и апробации.

Глава 1 «Генезис института обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве России и зарубежных стран» состоит из трёх параграфов.

В Параграфе 1 «Теоретические основы обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве» рассматриваются способы законодательного регулирования и научного толкования обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Констатируется, что эффективная защита личности, общества и государства от общественно опасного посягательства обеспечивается не только установлением соответствующих уголовно-правовых запретов, но и путем регламентации правомерного причинении вреда при защите от общественно опасных посягательств, задержании лиц, совершивших общественно опасные деяния, и при устранении опасности. Тем самым обеспечивается реализация положений ч. 2 ст. 45 Конституции РФ, согласно которой каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Кроме того, уголовный закон исключает ответственность лиц и в ряде иных случаев причинения вреда, связанных с принуждением, исполнением приказа или распоряжения, а также с обоснованным риском.

В тоже время, с момента закрепления в УК РФ института обстоятельств, исключающих преступность деяния, возникли и до сегодняшнего дня остаются нерешенными целый ряд проблем как правотворческого, так и правоприменительного характера, устранение которых необходимо для организации правильного отправления правосудия и укрепления законности в правовом обществе, обеспечения защиты прав граждан от преступных и иных общественно опасных посягательств.

Представлены несколько теорий, касающихся природы обстоятельств, исключающих преступность деяния. Согласно первой, наиболее известной и общепринятой теории, преступность деяния исключается ввиду того, что отсутствует материальный признак такой преступности: общественная опасность совершённого деяния; при этом вред, который причиняется деянием рассматривается как «общественно нейтральный» или даже «общественно полезный». Данная концепция была разработана ещё советской уголовно-правовой доктриной (И.И. Слуцкий и др.).

В последнее время учёными предпринимаются попытки создать новые объяснения юридической природы таких обстоятельств. Интерес представляет, например, теория «внешнего фактора», согласно которой исключается признак не общественной опасности деяния, а его противоправности: причинённый

вред считается допустимым при наличии предусмотренных законом оснований такой допустимости (В.А. Блинников и др.).

Согласно ещё одному мнению, обстоятельства данной категории исключают ответственность в силу социальной полезности деяний, совершаемых в предусмотренных законом условиях (С.В. Пархоменко и др.).

Наконец, некоторые специалисты указывают, что основания исключения преступности деяния носят комплексный характер: отказ государства от уголовного преследования (исключение противоправности) в данной ситуации связано с отсутствием общественной опасности деяния, а также с возможным отсутствием вины лица в его совершении (В.В. Меркурьев).

Существуют и другие концепции, рассматривающие указанные обстоятельства (А.И. Ситникова, В.И. Михайлов).

Нетрадиционной является концепция состава обстоятельств, исключающих преступность деяния. По аналогии с составом преступления и его элементами, предлагал в свое время разрешать вопрос о правомерности или неправомерности содеянного А.А. Пионтковский. Состав оборонительных действий видел при необходимой обороне В.И. Ткаченко. Объективную сторону обороны исследовал Э.Ф. Побегайло, выделял объективную и субъективную сторону Т.Г. Шавгулидзе.

Состав правомерного поступка, исключающего преступность деяния, разработал в своё время Ю.В. Баулин, включив в него объект, субъект, объективную сторону и субъективный контроль совершаемого поступка.

Еще дальше пошел Г.С. Курбанов, предлагая использовать понятие «состав» к любому юридическому факту, в том числе к обстоятельствам, исключающим преступность деяния.

Последовали их примеру Г.В. Назаренко, развивший идею состава необходимой обороны, крайней необходимости и задержания, В.Н. Винокуров, пришедший к выводу, что использование состава правомерного деяния позволит детально описать законность причинения вреда, выявить наиболее существенные признаки действий по устранению опасности и совершенствовать правоприменительную деятельность.

Значительным событием в развитии института необходимой обороны сыграла монография В.В. Меркурьева, который предложил модель необходимой обороны аналогично с элементами состава преступления. Мы солидарны с его мнением о том, что таковая модель позволит отграничить правомерную оборону от её эксцесса и простых составов преступлений против личности.

В свою очередь, А.И. Ситникова, полагает «ввести в научный оборот понятие «состав правомерного (непреступного) причинения вреда» в качестве общей модели обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Несмотря на, казалось бы, положительные стороны вышеупомянутых концепций, на наш взгляд, все они грешат громоздкостью конструкций, а в конечном итоге сводятся к условиям правомерности причинения вреда. Разумеется, в научном плане «состав правомерного причинения вреда» чрезвычайно важен, однако применять его в реальной жизни вряд ли возможно.

Тем более, что, если уж усвоение элементов и признаков состава преступления будущими правоведами (полицейскими, следователями, прокурорами, адвокатами и судьями) на юридических факультетах различных ВУЗов страны оставляет желать лучшего, что говорить о составе правомерного поступка. То же относится и к формированию концептуальных схем составов отдельных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Являясь приверженцем традиционного похода к правовой оценке правомерного причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, позволим усомниться в действенности вышеперечисленных предложений и сконцентрироваться на устоявшемся подходе анализа условий правомерности того или иного обстоятельства. Поскольку таковые обстоятельства имеют ярко выраженную общественно-полезную и социально значимую окраску, на наш взгляд, следует скорректировать условия их правомерности максимально «комфортно» для адресата этих положений – не только и не столько правоохранителя (полицейского, следователя, судью), но и простого гражданина, далекого от догматических построений юридических конструкций, понятных лишь узкому специалисту.

Эти условия традиционного подразделяются на две группы: характеризующие опасность (угрозу, проблему, которую необходимо разрешить и т.п.); и характеризующие поведение лица по реализации своих прав (обязанностей), путём причинения вреда в принципе охраняемым уголовным законом интересам.

Обусловливается необходимость применения формально-оценочного способа описания в законе при изложении дозволительных (управомачивающих) уголовно-правовых предписаний к коим, несомненно, относятся нормы об обстоятельствах, исключающих преступность деяния.

Как показывает наше исследование, «излишняя», на первый взгляд, казуистичность в случаях причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, будет способствовать гражданской инициативе, т.к. тем самым обеспечивается доступность для понимания сущности этих норм обычными гражданами, добросовестному исполнению должностных обязанностей правоохранителями, прежде всего, полицейскими, а также значительному облегчению вопросов правовой оценки содеянного со стороны следователя и суда. Как мы полагаем, при конструировании указанных норм, акцент должен быть сделан на применении формального способа описания в законе возможных вариантов поведения.[1] Именно такой способ избирают, прежде всего, представители цивилистического направления правовой науки, занимающиеся совершенствованием регулирования позитивного поведения. По этой же причине Гражданский кодекс России состоит из четырёх частей и более чем полутора тысяч статей, которые постоянно дополняются.

[1] Не случайно, учебный план магистров юридического факультета Алтайского государственного университета содержит в себе такую дисциплину как «Юридическая казуистика», изучаемую в объёме 120 ч., из которых 60 ч. отведены аудиторным занятиям и заканчивающуюся экзаменом.

Подчеркнём, что небезупречность с точки зрения законодательной техники соответствующих законодательных формулировок статей, содержащихся в главе 8 Уголовного кодекса Российской Федерации усугубляется проблемой согласования с ними положений иных нормативных правовых актов, регламентирующих причинение вреда охраняемым законом интересам (в частности, Федеральных законов «О полиции», «О противодействии терроризму», «О Федеральной службе безопасности» и др.).

При оценке действий военнослужащих, сотрудников правоохранительных органов и иных лиц, в результате которых причинён вред интересам, охраняемым уголовным законом, судами нормы главы 8 УК в России практически не применяются.

На сегодняшний день, с учетом «небывалого», по мнению Генеральной Прокуратуры РФ, за последние годы снижения уровня преступности – на 9,6 %, с 2 388 476 до 2 160 063 преступлений в прошлом году и продолжающейся тенденции к снижению в нынешнем и, однако, все нарастающей угрозы со стороны различных террористических и экстремистских организаций на первый план выходит концепция, которая получила название – право безопасности.

Термин «меры безопасности» был употреблен Д.А. Шестаковым.[1] Кроме него, вопросами о мерах безопасности активно занимается на протяжении уже довольно длительного времени профессор Н.В. Щедрин. Право безопасности предусматривает возможность причинения любого вреда для обеспечения общественной безопасности и личной безопасности причинителя вреда. В последнее время, как в России, так и за рубежом, мы видим множество примеров уничтожения «боевиков», иных опасных и организованных преступников. Причем задерживать их явно никто и не собирался. Ни у большинства правоведов, надзирающих органов, ни у подавляющей части населения страны это не вызывает ни малейших вопросов.

О внесудебном способе расправы (правда, не называя его правом безопасности) в свое время говорили Д.А. Корецкий и С.Ф. Милюков. Кроме того, право на причинение вреда прямо предоставлено ст. 22 Федерального закона «О противодействии терроризму», ст. 16 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», Федеральным законом «О полиции». О праве безопасности говорят нормы и других федеральных законов, в частности, регламентирующих основания применения оружия.

Однако формальное соответствие этих фактов причинения вреда Уголовному кодексу РФ даже не рассматривается. Дается лишь ответ на вопрос – правомерно применено оружие или нет. Остальное (имеется в виду соответствие нормам УК) незначимо!

На наш взгляд, это вопиющая несправедливость – уголовное законодательство становится вторичным по отношению к «ведомственному».

---

[1] Шестаков Д.А. Еще раз о праве безопасности в связи с правом противодействия преступности // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2014. № 1 (32). С. 13–14.

К тому же на деле оказывается, что оно написано лишь для граждан (в части обстоятельств, исключающих преступность деяния) (В.И. Михайлов), а, на сотрудников «силовых» структур, распространяется лишь когда их необходимо привлечь к уголовной ответственности за нарушение правил применения оружия.

Разумеется, мы не подвергаем сомнению право государства на вооруженный отпор агрессору, в том числе путем его физического уничтожения. Даже если таковым «агрессором» выступают собственные граждане, объединившиеся в преступные террористические или экстремистские организованные группы. С целью обеспечения общественной безопасности мы всецело поддерживаем жесткие силовые методы противодействия им. Однако, на наш взгляд, таковой способ реагирования не вполне укладывается в рамки правового поля и потому не может служить универсальным основанием для правомерного причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам.

Прогноз возможного развития правового регулирования правомерного причинения вреда выступает в качестве положения, выносимого на защиту. Являясь последовательными приверженцами соблюдения принципа системности в праве, тем более уголовном, представляющем собой карательное начало, мы обоснованно полагаем, что обстоятельства, исключающие преступность деяния, могут выделиться в самостоятельную подотрасль, которая будет содержать в своей структуре все обстоятельства, исключающие преступность деяния, в том числе те, которые в настоящее время урегулированы иными нормативными правовыми актами. Глава 8 УК РФ получит название «Обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния», а также их законодательное определение.

Параграф 2 посвящен генезису уголовного законодательства России об обстоятельствах, исключающих общественную опасность и противоправность деяния. Отмечается, что таковые существовали на протяжении всего периода российской государственности. Исторический экскурс отечественного законодательства, касающегося вопросов правовой оценки причинения вреда при таковых обстоятельствах позволил нам проследить основные пути развития и становления соответствующих правовых норм и взять на вооружение те положительные моменты в правовой регламентации норм главы 8 УК РФ, которые обоснованы требованиями современной жизни российского общества (положение № 2, выносимое на защиту).

Параграф 3 раскрывает мировой (зарубежный) опыт регламентации указанной сферы общественных отношений. В зарубежном уголовном законодательстве наблюдается универсализация обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, что может быть объяснено сближением правовых систем современного мира.

Заслуживает внимания и положительной оценки криминалистов подробная регламентация действий граждан и сотрудников правоохранительных органов при правомерном причинении вреда в уголовном

законодательстве США, опыт которых, на наш взгляд, следует учитывать отечественному законодателю несмотря на коренные противоречия наших стран на международной арене.

Глава 2 «Проблемы реализации обстоятельств, исключающих преступность деяния, в деятельности правоохранительных органов».

Параграф 1 «Обстоятельства, исключающие преступность деяния в современном российском законодательстве» представляет современную картину уголовно-правовой регламентации причинения вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния.

Мы полагаем целесообразным дать более точное название главе 8 УК РФ: «Обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния» и отнести к таковым необходимую оборону, крайнюю необходимость, причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, обоснованный риск, а также физическое и психическое принуждение, оцениваемое с точки зрения крайней необходимости (ч. 2 ст. 40 УК). Возможно и дополнение этого круга обстоятельств.

Опрошенные нами сотрудники ОВД высказывают соображения о необходимости расширения границ правомерного причинения вреда лицам, совершившим (совершающим) общественно опасные деяния, а также при их задержании, если они пытаются скрыться или оказывают сопротивление, независимо от того преступления, которое они совершили (81 % опрошенных). Только 18 % респондентов ответили, что не следует расширять в уголовном законодательстве возможность причинения вреда посягателям. И лишь 1 % считают необходимым ограничить возможность причинения вреда лицам, совершившим (совершающим) общественно опасные деяния, при необходимой обороне или их задержании.

Выработано авторское определение: «Обстоятельства, исключающие преступность деяния – это предусмотренные уголовным законом объективные основания правомерного причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам, совершаемые для защиты иных более значимых правоохраняемых интересов или достижения общественно полезных целей».

Законодательное закрепление подобного определения, как своеобразного эпиграфа к главе 8 УК РФ, возможно позволит, наконец, положить конец спору о юридической природе указанных обстоятельств, а также позволит сместить акцент в сфере действия норм, закрепленных в иных нормативных правовых актах в уголовно-правовое русло.

В **Параграфе 2** говорится о значении института обстоятельств, исключающих преступность деяния, в деятельности сотрудников правоохранительных органов и иных должностных лиц.

Для сотрудников правоохранительных органов (МВД, ФСБ и других) активное применение норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, является, прежде всего, прямой обязанностью, возложенной на них рядом законов и иных нормативных правовых актов.

Отметим, что в настоящее время очевидны противоречия между Уголовным, Уголовно-процессуальным и Уголовно-исполнительным

кодексами, а также законами, регламентирующими правоохранительную и даже иную деятельность.

На недостатки законодательного регулирования обстоятельств, исключающих преступность деяния и оснований применения оружия указывали опрошенные нами работники правоохранительных и судебных органов (федеральные судьи в большинстве испытывали трудности при применении норм главы 8 УК РФ – 79 %; сотрудники полиции при применении норм гл. 5 ФЗ «О полиции» – 97 %).

Следует подчеркнуть, что законодательство и следственно-судебная практика далеко не всегда лояльны к сотрудникам правоохранительных органов, которые применяют физическую силу, специальные средства и, тем более, огнестрельное оружие, осуществляя функции по охране общественного порядка и обеспечению общественной безопасности. Эта дискриминация ярко выражена и в законодательных нормах, регулирующих деятельность сотрудников полиции и других должностных лиц при применении оружия.

Подобные ограничения сводят почти на нет разумную инициативу полицейских и представителей других правоохранительных ведомств, которые и так избегают случаев применения оружия в ущерб собственной безопасности.

На наш взгляд, это обусловливает необходимость выработки единого подхода к квалификации случаев применения оружия сотрудниками «силовых» ведомств, возможно единых оснований и порядка его применения, способных удовлетворять потребностям правоприменительной деятельности.

Из проведенного анализа материалов проверок видно, что применение сотрудниками табельного оружия имело место только в случаях необходимой обороны, когда жизни и здоровью сотрудника угрожала реальная опасность. Ничтожное число правомерных (и не только) выстрелов полицейских свидетельствует об их вопиющей неготовности (в том числе, психологической) полностью использовать имеющийся арсенал средств в борьбе с преступностью. Причиной этого, на наш взгляд, является, в том числе, отсутствие четко прописанных в законе научно осмысленных правовых оснований применения оружия, не позволяющих произвольно оценивать действия сотрудников полиции. Налицо, тем самым, противоречие некоторых важных в практическом смысле положений Федерального закона РФ «О полиции» действующему уголовному законодательству.

Следует исключить из ряда нормативных правовых актов основания причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам, оставив таковую возможность лишь для случаев, прямо предусмотренных уголовным законом. Лишь уголовный закон легитимен признавать то или иное деяние преступным или правомерным. Реализация развиваемой нами концепции приведёт к тому, что причинение правомерного вреда при выполнении правоохранительной функции сотрудниками «силовых» структур или гражданами будет подлежат исключительно уголовно-правовой оценке и проверяться лишь на соответствие нормам Уголовного кодекса.

Глава 3 «Особенности квалификации обстоятельств, исключающие преступность деяния» состоит из четырёх параграфов.

Параграф 1 «Особенности квалификации необходимой обороны». Проведенный в рамках исследования опрос как граждан, так и сотрудников правоохранительных органов показал, что действующие формулировки нормы о необходимой обороне не отвечают современным реалиям и слишком размыты, и, таким образом, сложны для практического применения – 79 %. И лишь 6 % полностью удовлетворены сложившейся ситуацией. Среди представителей следственных и судебных органов таковых 81 % и 11 %.

Понятие «размытости» проявляется, прежде всего, в том, что норма сформулирована слишком «обще» и, тем самым, предоставляет широкий простор для судебно-следственного усмотрения. Что, в свою очередь, ставит перед обороняющимся гражданином, и так находящимся в состоянии сильного душевного волнения, непосильную задачу определения пределов правомерности причинения вреда. Должно же быть наоборот – гражданин полностью уверен в правомерности своих действий и, главное, в отсутствии для него негативных правовых последствий.

В связи с этим, целесообразен последовательный переход к «перечневой» системе описания благ, при защите которых возможно причинение любого вреда посягающему. К таковым, разумеется, следует отнести жизнь, здоровье, свободу, половую свободу и половую неприкосновенность, защиту от противоправного насильственного вторжения в жилище или помещение, а также случаи группового и вооруженного нападения и т.п.

Вполне возможной и правомерной мы считаем оборону против действий душевнобольных, и лиц, не достигших возраста уголовной ответственности, т.е. от таких общественно опасных деяний, которые в силу различных причин не являются преступными. Самый высококвалифицированный судебный психиатр, следователь, прокурор или судья, даже оказавшийся непосредственно на месте происшествия, не вправе, да и не в состоянии определить вменяемо то или иное лицо, даже если доподлинно известно, что оно состоит на учете в психоневрологическом диспансере.

Требует законодательного закрепления возможность осуществления необходимой обороны против ненасильственного общественно опасного посягательства – например, кражи, мошенничества, уничтожения или повреждения чужого имущества, словесного оскорбления и т.п.

Следует законодательно урегулировать вопрос о причинении вреда при мнимой обороне, а также право граждан на установление устройств и приспособлений для защиты имущества, жилища от общественно опасных посягательств и рассматривать случаи причинения ими вреда посягающему по правилам необходимой обороны, а невиновному – по правилам фактической ошибки.

Аналогично мы подходим и к вопросу о защите от неосторожных преступлений, которые, кстати, совершаются не только путем действия, но и бездействия. В частности, защита возможна против преступлений, связанных с нарушением различных требований (правил) безопасности.

Как говорит В.В. Меркурьев, «для общества, по большому счету, одинаково полезна деятельность граждан, направленная на отражение как умышленных, так и неосторожных преступных посягательств».[1] Более того, во многих случаях, обороняющемуся довольно трудно определить субъективную сторону совершаемого деяния, зато очевидна его общественная опасность. Чрезвычайно актуален вопрос о возможности необходимой обороны от иных правонарушений, не являющихся преступлениями – прежде всего, административных правонарушений и гражданско-правовых деликтов. Это весьма важно в современных условиях, когда в сфере действия данной отрасли права оказалось множество опасных проступков, часть из которых в прошлом (в том числе недалёком), влекла уголовную ответственность. Назовем лишь некоторые из них: нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортного средства, повлекшее причинение по неосторожности легкого или средней тяжести вреда здоровью (ст. 12.24 КоАП РФ); невыполнение требования о предоставлении транспортного средства или об остановке транспортного средства (ст. 12.25); неповиновение законному распоряжению сотрудника полиции, военнослужащего, сотрудника органов федеральной службы безопасности, сотрудника органов государственной охраны, сотрудника органов, осуществляющих федеральный государственный контроль (надзор) в сфере миграции, либо сотрудника органа или учреждения уголовно-исполнительной системы либо сотрудника войск национальной гвардии Российской Федерации (ст. 19.3); мелкое хулиганство (ст. 20.1); пропаганда и публичное демонстрирование нацистской атрибутики и символики (ст. 20.3); нарушение требований режима чрезвычайного положения (ст. 20.5); установка на гражданском или служебном оружии приспособления для бесшумной стрельбы или прицела (прицельного комплекса) ночного видения (ст. 20.9); стрельба из оружия в отведенных для этого местах с нарушением установленных правил или в не отведенных для этого местах (ст. 20.13); оскорбление (5.61); нарушение правил безопасности эксплуатации воздушных судов (ст. 11.5); действия, угрожающие безопасности движения на водном транспорте (11.6) и др. Тем более, в этом плане следует учитывать наметившуюся тенденцию к декриминализации.[2] Отметим, что большинство авторов (Э.Ф. Побегайло, Н.Н. Турецкий, Д.В. Перцев, В.В. Меркурьев и др.) поддерживают мнение о минимизации числа условий правомерности необходимой обороны и задержания лица, совершившего преступление. На наш взгляд, условий правомерности необходимой обороны всего четыре – два из них характеризуют посягательство, два – защиту от него.

Параграф 2 раскрывает отличительные свойства правомерности причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление или иное общественно опасное деяние.

---

[1] Меркурьев В.В. Состав необходимой обороны. СПб : Юрид. центр Пресс, 2004. С. 96.

[2] Проект № 612292-7 от 19 декабря 2018 г. Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением понятия уголовного проступка» [Электронный ресурс] // Система обеспечения законодательной деятельности. URL : http://www.duma.gov.ru.

Поскольку задержание лица, наряду с необходимой обороной и другими обстоятельствами, исключающими преступность деяния, связано с причинением значительного физического (вплоть до лишения жизни), а также в совокупности или альтернативно имущественного и морального вреда, задерживающий должен соблюдать определенные условия, закрепленные в законе. Их количество и классификация на протяжении десятилетий вызывает полемику среди отечественных ученых-юристов.

Последовательно придерживаясь линии на максимальную минимизацию числа условий правомерности причинения вреда при задержании, ввиду преимущественной скоротечности ситуации задержания и зачастую стрессового ее характера ограничимся выделением пяти условий, объединив их в две группы – относящиеся к основанию задержания и причинению вреда в процессе такового.

Отмечая трудности в определении того, является ли задерживаемое лицо именно преступником, нами уже давно было предложено заменить законодательную формулировку ст. 38 УК на «лицо, совершившее общественно опасное деяние». В контексте нашей работы нельзя не затронуть весьма важный вопрос о применении мер задержания к длящимся преступлениям. На наш взгляд, во всех случаях побега из-под стражи, уклонения от отбывания наказания, совершения преступлений, связанных с незаконным оборотом оружия, наркотиков, бандитизма, функционирования преступного сообщества должны действовать правила необходимой обороны. Данное относится и к периодам пассивного поведения преступников (наркотики и оружие хранятся в отдаленном тайнике, бандиты и члены других ОПГ отдыхают, проходят лечение, прячутся и т.п.). Это принципиально важно, т.к. условия правомерности необходимой обороны значительно лояльнее к лицу, пресекающему противоправные действия, нежели к задерживающему.

Оценивая опасность, которую может представлять незаконно вооруженный, в том числе и холодным оружием (нож, кастет, кистень, дубина), человек, следует учитывать не только категорию преступления, предусмотренного ст. 222 УК РФ, но и те общественно опасные деяния, которые он может совершить в условиях конкретной ситуации.

Высказывается обоснованное мнение о том, что понятия «превышение мер, необходимых для задержания», и «явное несоответствие» по своей юридической природе являются оценочными: в каждом конкретном случае окончательное решение принимается субъектом правоприменения с учетом всей совокупности объективных и субъективных признаков (Н.Г. Кадников). Оперирование же оценочными понятиями на практике связано со значительными трудностями. С ним соглашаются 68 % опрошенных нами сотрудников ОВД, указывая на необходимость изменения содержания этой статьи в части более четкого определения условий и пределов причинения вреда лицу, совершившему преступление, при его задержании, а 23 % респондентов считают, что содержание ст. 38 УК следует полностью изменить, т.к. оно несовершенно, «размыто» и не выполняет задачи по стимулированию действий, связанных с задержанием лиц, совершивших преступления.

В последнем случае на полное изменение содержания указывали более опытные сотрудники, имеющие стаж работы в ОВД более 5 лет (72 %), либо от 3 до 5 лет (18,7 %). Среди всех опрошенных лишь 8,6 % полагают, что содержание ст. 38 УК РФ изменять нет необходимости, т.к. оно полностью соответствует требованиям практики ОВД по задержанию преступников.[1]

Адекватно определить, было ли превышение, позволяет установление того, могли ли быть достигнуты цели задержания, которое требовало применения насильственных мер к преступнику, путем причинения ему менее тяжкого вреда (с обязательным учетом личности задерживаемого и обстановки задержания), т.е. всех обстоятельств, которые указываются в постановлении Пленума Верховного суда РФ от 27 сентября 2012 г. № 19. Об учете особенностей личности говорят многие ученые (В.А. Казакова, А.Ф. Истомин, И.М. Тяжкова, С.Ф. Милюков и др.), хотя законодатель, к сожалению, об этом пока молчит. Это условие тесно связано с требованием закона о невозможности произвести задержание иными средствами, не связанными с причинением вреда. Однако достаточность и минимальность вреда в данном случае нельзя отождествлять – это разные понятия. Безусловно, лучше если этот вред будет минимальным либо вообще отсутствовать. Но, в условиях реальной ситуации задержания, вред должен быть именно достаточным, с точки зрения задерживающего, для достижения указанных целей, а никак не минимальным. Тем более что в уголовном законе такое требование минимизации вреда ни прямо, ни косвенно не указано.[2]

Целесообразно дополнить ст. 38 УК указанием на состояние волнения лица, осуществляющего задержание так же, как уже сделано в отношении необходимой обороны (ч. 2^1 ст. 37 УК). Это представляется особенно актуальным в случаях, когда задержание осуществляет потерпевший или его близкие, пусть даже не непосредственно после совершения в отношении них преступления, а по прошествии времени, случайно встретив обидчика (насильника, грабителя, разбойника и т.д.) на улице или в другом месте.

Вместе с тем, многие опрошенные нами сотрудники ОВД высказывают соображения о необходимости расширения границ правомерного причинения вреда лицам, совершившим преступления, при их задержании, если они пытаются скрыться или оказывают сопротивление, независимо от того, какое преступление они совершили (81 % опрошенных). Только 18 % респондентов ответили, что не следует расширять в уголовном законодательстве возможность причинения вреда задерживаемым лицам. И лишь 1 % считают необходимым ограничить возможность причинения вреда лицу, совершившему преступление, при его задержании.

В литературе не утихает давний спор о том, допустимо ли лишение лица жизни при его задержании. Противники такого допущения обычно ссылаются на то, что цель задержания – доставление преступника органам власти, а убийство исключает ее достижение (Т.Г. Шавгулидзе, В.И. Ткаченко,

---

[1] Никуленко А.В. Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08 / Никуленко Андрей Вячеславович. СПб., 2011. С. 103-104.

[2] Подобное требование содержится, например, в ч. 3 ст. 19 Федерального закона РФ «О полиции».

Ю.М. Ткачевский, Г.В. Назаренко, В.Д. Иванов, В.А. Казакова). И.С. Тишкевич, Г.В. Бушуев, С.В. Бородин, В.Н. Козак, С.Ф. Милюков, А.В. Наумов, Э.Ф. Побегайло, В.В. Орехов и другие ученые правомерно полагают, что убийство опасного преступника при отсутствии возможности взять его живым является правомерным, тем самым обеспечивается достижение цели – пресечение новых, ещё более опасных преступлений.

Параграф 3 раскрывает особенности установления крайней необходимости, одного из древнейших институтов уголовного права.

Учитывая экстремальность ситуации крайней необходимости, число условий должно быть минимальным. Исходя из положений ст. 39 УК РФ, к первой группе условий (относящихся к опасности) можно отнести два, а ко второй (характеризующих собственно защиту) – три условия.

Опасность, угрожающая личности и правам данного лица или иных лиц, охраняемым законом интересам общества или государства по своей сути должна быть именно *общественно* опасной. В законе не раскрывается понятие ни источника опасности, ни ее характера и степени. Наука уголовного права признает источниками грозящей опасности, как действия человека, так и действия иных факторов: технических средств, вышедших из-под контроля человека; веществ и предметов, представляющих опасность для окружающих; действия сил природы, различных стихий, аномально низких или высоких температур; болезненное состояние человека или животных; нападения животных (насекомых) и другие.

В этом плане вызывает интерес вопрос о действиях человека. Одни авторы считали, что лишь общественно опасные, противоправные действия человека являются источником опасности (С.А. Домахин), другие же утверждали, что не «…менее часто… состояние крайней необходимости создается действиями человека, не являющимися общественно опасными» (Н.Н. Паше-Озерский). При этом большинство ученых указывают, что действия человека могут быть виновными (умышленными или неосторожными), так и невиновными. В современных условиях особенно актуальны террористические взрывы в местах скопления людей, подрывы крупных зданий, газо- и нефтепроводов, железнодорожных путей, поджоги лесных массивов. Они требуют привлечения больших контингентов спасателей, специальной техники, в т.ч. тяжелой. В ходе спасательных работ причиняется значительный ущерб инфраструктуре, транспортным средствам и имуществу граждан.

В научной литературе, на наш взгляд, не вполне обоснованно, ограничиваются рамки наличности. К сожалению, законодатель сам создает почву для такого рода суждений, характеризуя опасность как *непосредственно* угрожающую. Между тем, особая обстановка крайней необходимости, при которой лицо вынужденно действует, исходит из оценки возникающего опасного состояния, т.е. опасность возможна и через определенный отрезок времени. Так, альпинисты, отрезанные в горах лавиной, имеют ограниченный запас продовольствия, окруженные бандформированием военнослужащие получили несколько часов на выполнение ультимативных требований и т.п.

В состоянии крайней необходимости «своевременность» определяется тем, что вред причиняется с момента возникновения опасности до момента ее устранения (отпадения). Этот временной отрезок может быть различным и зависит от того, сколько длится состояние, угрожающее личности, обществу или государству.

Причинение вреда – единственное средство избежать (нейтрализовать) опасность при крайней необходимости. Выбирая подходящее средство устранения опасности, лицо находится в ограниченных временных рамках, и может просто не осознавать наличие иного средства. Нельзя не учитывать и стрессовый характер ситуации, а также личностные особенности (опыт, образование, пол, возраст, состояние здоровья и т.п.). Условием причинения вреда в состоянии крайней необходимости выступает невозможность ее устранения другими средствами. Сознавая это, лицо выбирает таковое средство, которое, *по его мнению*, достаточно для устранения возникшей опасности, связанное с причинением вреда другим правоохраняемым интересам.

Следует отметить, что и закон не требует выбирать самое безвредное средство, главное, чтобы оно причинило меньший вред, чем предотвращенный. Таким образом, лицо должно стремиться к причинению не наименьшего, а разумного вреда. Даже если человек осознает возможность избежать опасности менее опасным способом, он не подлежит уголовной ответственности, если не превысил пределы крайней необходимости.

Вред причиняется, как правило, третьим лицам. Это требование, вытекающее из законодательной формулы, знает некоторые исключения, не всегда учитываемые в специальной литературе. Так, пожарные, разрушающие надворные постройки, принадлежащие владельцу дома, который сам же его поджег, действуют в состоянии крайней необходимости, хотя вред при этом наносится не посторонним, а лицу, создавшему указанную опасность. Сотрудники полиции, останавливая движущийся с грубым нарушением правил, автомобиль, стреляют по его колесам, несмотря на то что водитель сам является источником опасности для других участников движения. Врач ампутирует наркоману руку, получившему гангрену конечности ввиду пользования грязным шприцем. Разумеется, эти исключения встречаются на практике не так часто, и, в основном, вред причиняется именно третьим лицам, что и определяет значительно более жесткие требования, предъявляемые к поведению в состоянии крайней необходимости.

По непонятной причине законодатель не закрепил специфику уголовной ответственности за превышение пределов крайней необходимости. Дело в том, что, что Особенная часть УК РФ не содержит специальной нормы (привилегированного состава), как это предусмотрено за превышение необходимой обороны или мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление (ст. ст. 108, 114 УК).

Поэтому во всех случаях превышения пределов крайней необходимости, квалификация будет осуществляться по соответствующим статьям Особенной части УК, предусматривающим ответственность за совершенное преступное

деяние. В тоже время, это должно учитываться в качестве смягчающего обстоятельства при рассмотрении дела судом, а в некоторых случаях может быть положено в основу освобождения виновного от уголовной ответственности, что, однако, представляется недостаточным для должной дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности и наказания.

Параграф 4 «Особенности квалификации иных обстоятельств, исключающих преступность деяния», затрагивает особенности правомерности причинения вреда при физическом или психическом принуждении, обоснованном риске и исполнении приказа или распоряжения.

Действующая формулировка названия главы 8 УК РФ «Обстоятельства, исключающие преступность деяния», позволила объединить в себе весьма разнородные по своей социально-правовой природе обстоятельства. На совокупное отсутствие общественной опасности таковых законодатель не указывает и, думается не случайно. Как уже отмечалось нами в прошлом, такой подход таит в себе опасность затушевывания сущности рассматриваемых институтов, переноса центра тяжести проблемы с социологической в формально-правовую плоскость.

Говоря о социальной полезности указанных обстоятельств, нельзя не отметить, что не все они «одинаково полезны». Так, если необходимая оборона, причинение вреда преступнику при его задержании носят ярко выраженный общественно полезный характер, желательны как для государства, общества в целом, так и отдельных граждан, то причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам в результате физического принуждения, даже если оно лишает субъекта возможности руководить своими действиями (ч. 1 ст. 40 УК РФ), отнюдь не является полезным и желательным.

Как обстоятельство, исключающее преступность деяния, физическое или психическое принуждение впервые включено в действующее уголовное законодательство России, хотя в прежней следственной и судебной практике, конечно, имели место случаи, когда лицо совершало преступление под влиянием внешнего принуждения. Такие случаи рассматривались, с точки зрения института крайней необходимости или непреодолимой силы, а также как обстоятельство, смягчающее уголовную ответственность (п. 3 ст. 38 УК РСФСР 1960 г.).

Физическое принуждение — это такое внешнее незаконное воздействие на человека (его телесную неприкосновенность или свободу), при котором он лишается возможности действовать, не может руководить своими действиями (бездействием). Физическое принуждение может осуществляться как с помощью физического насилия, например, путем причинения принуждаемому лицу побоев, физической боли, вреда здоровью различной тяжести, лишения пищи, воды, введения наркотических средств, использования определенных видов энергии для парализации воли (воздействие сильным светом, отравление газом, прижигание огнем и т.д.), так и совершением других действий, ограничивающих движение или лишающих свободы лица, например путем связывания, запирания в изолированном помещении, погребе и др.

Следует различать непреодолимое и преодолимое физическое

принуждение. Не влекущим уголовной ответственности, на наш взгляд, можно считать лишь вред, причиненный в состоянии непреодолимого физического принуждения. Скажем, если рукой захваченного преступниками человека насильно приводится в действие взрывное устройство, его действия вряд ли кто-либо сможет назвать полезными, т.к. в результате произведенного взрыва погибли люди, было разрушено здание и причинен иной вред.

Под психическим принуждением следует понимать различные действия, которые могут воздействовать на волю принуждаемого лица, вызывать у него страх, служить основанием реального опасения осуществления угроз в отношении его самого или близких, знакомых, собственности, благополучия и др., например, высказывание угрозы убийством или демонстрация жеста, свидетельствующего об угрозе, показ оружия и т.д.

Сторонники идеи самостоятельности указанного института (Е.Г. Веселов и др.), приводят высказывание: «Лицо, действующее под влиянием физического принуждения или непреодолимой силы, как правило, полностью лишено возможности выбора того или иного решения. Лицо же, действующее в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости и других подобных обстоятельств, сохраняет в известной мере возможность выбора того или иного поступка» (И.И. Слуцкий). Думается, что это не совсем так: вряд ли есть основание отождествлять физическое принуждение и непреодолимую силу, хотя в некоторых сегментах они, конечно, совпадают.

Нисколько не умаляя значения «принуждения» в уголовном праве, тем более что посредством насилия совершается большинство преступлений против личности и других общественно опасных посягательств, тем не менее позволим усомниться в практической значимости законодательного шага, позволившего смешать устоявшиеся в науке понятия. Подчеркнем, что в судебно-следственной практике не встречается ни одного случая признания деяния правомерным или освобождения от уголовной ответственности или даже наказания на основании указанного обстоятельства.

Сказанное выше дает основание поддержать мнения о переносе нормы, предусмотренной частью первой статьи 40 в статью УК РФ о непреодолимой силе, с включением ее в главу третью после понятия преступления. Роль нормы, предусмотренной ныне частью второй указанной статьи, вполне может заменить статья «Крайняя необходимость», в соответствии с правилами которой и разрешается вопрос о правомерности причинения вреда при преодолимом принуждении.

В юридической литературе еще в середине прошлого века поднимался вопрос о введении в уголовное законодательство нормы о деяниях, связанных с риском, как обстоятельства, исключающего преступность деяния (А.В. Омельченко, И.И. Слуцкий, М.С. Гринберг – один из первых советских криминалистов, успешно защитивших диссертацию по проблемам обоснованного риска, В.В. Бабурин, Н.П. Берестовой, С.Г. Келина, Н.Ш. Козаев, С.Ф. Милюков, В.И. Самороков, А.Б. Сахаров). Отметим, что в УК РФ риск был назван именно «обоснованным», т.к. указание на профессиональный и хозяйственный виды риска излишне детализирует и

необоснованно ограничивает сферу обоснованно рискованной деятельности. Значение данной нормы заключается еще в том, что, прогресс в любой сфере человеческой деятельности немыслим без применения новых, нетрадиционных способов и методов ее осуществления, экспериментирования.

Возникает вопрос о субъекте риска. Одни считали, что право на риск имеют только профессионалы, способные обеспечить условия правомерности. Другие, что запрет совершать рискованные действия непрофессионалами снизил бы их социальную и творческую активность, привел бы к трудностям в оценке рискованных действий в любительском спорте или при эксплуатации транспортных средств. На наш взгляд, для определения обоснованности риска следует исходить из содержания поведения, а не из статусных характеристик субъекта. Буквальное толкование ст. 41 УК позволяет сделать вывод – право на риск имеет любой гражданин.

В связи с интересующей нас темой представляется актуальным выделение в качестве самостоятельного вида риска – риск в правоохранительной деятельности. Таковой возможен, прежде всего, в ситуациях необходимой обороны и задержания, применения огнестрельного оружия и специальных средств группового (массового) поражения, освобождения заложников, а также при проведении оперативно-разыскных мероприятий. Причинение вреда при обоснованном риске непреступно, т.к. в этом случае отсутствует признак общественной опасности деяния. Одним из оснований причинения вреда при обоснованном риске – невозможность достигнуть общественно полезной цели не связанными с риском действиями. Правда, это условие, весьма сомнительно применимо к риску и потому должно быть исключено.

Следует отметить еще одно условие правомерности риска, вызывающее споры среди ученых – рискующее лицо должно предпринять достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам. На наш взгляд, необходимо исходить из субъективной оценки рискующего лица о мерах, способных, по его мнению, устранить возможный вред. Так, если лицо убеждено, что избрало единственный возможный вариант поведения и его сознанием не охватывается, не должна была и/или не могла охватываться возможность иных, менее рискованных, но не менее эффективных, вариантов поведения, то следует говорить о соблюдении условия невозможности достижения цели действиями, не связанными с риском, пускай *объективно* такая возможность и существовала. Еще одна новелла, появившаяся в 1996 г., выражается во введении института, заключенного в ст. 42 УК РФ.[1]

В теории уголовного права нет единого понимания юридической природы и сущности указанного обстоятельства (И.Г. Соломоненко). Следует отметить, что немалые споры вызывает толкование терминов, используемых при формулировке норм ст. 42 Уголовного закона, таких как: «приказ», «распоряжение», «незаконный», «заведомость».

---

[1] Российскому законодательству досоветского периода также было знакомо указанное обстоятельство: Воинские Артикулы Петра I, Уголовное уложение 1813 г., Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., Уголовное уложение Российской империи 1903 г.

Большинство ученых-административистов различают данные понятия как самостоятельные нормативные акты управления, отмечая, что, например, министр может издать и приказ, и распоряжение. Хотя и то, и то другое обязательны для исполнения, лишь имеют разную юридическую значимость. Только распоряжение, в отличие от приказа не создает правовых норм, т.е. не является источником права.

Со своей стороны отметим, что в уголовно-правовом смысле указанные термины следует использовать как синонимы, хотя бы с учетом сложившейся и устоявшейся тенденции в уголовной науке и юридической практике.

Что касается понятий «законности» и «незаконности» приказа, то и в данном случае нет единого мнения. Следует определить критерии законности приказа: приказ отдан компетентным органом (лицом); приказ не противоречит закону по форме и по существу; приказ отдается во имя достижения цели закона; соблюдены процессуальные и иные правила отдачи приказа. Кроме того, законность приказа должна устанавливаться в каждом конкретном случае, в том числе и путем анализа тех или иных законов (подзаконных нормативных правовых актов), определяющих компетенцию лица, отдавшего соответствующий приказ.

Вызывает споры и понятие «заведомости» в отношении преступности исполнения приказа или распоряжения. Поскольку во времени отдача приказа и его исполнение не могут существовать одномоментно, и исполнение всегда (пусть даже с небольшим разрывом) следует за отдачей приказа, то вполне допустима ситуация, когда исполнитель в момент получения приказа не знает или однозначно не уверен в его преступности. Такое осознание или уверенность могут прийти позднее. Ситуация, когда лицо фактически начало совершать объективно преступное деяние во исполнение приказа, но осознает его преступность только в процессе исполнения вызывает определенные сложности. Такое осознание преступности будет характеризоваться не заведомостью, т.к. заведомость – это осведомленность до начала совершения преступления. В рассматриваемом случае объективно преступное деяние становится преступлением (его стадией), причем заведомым субъективное отношения лица к содеянному назвать нельзя. Сразу заметим, что лицо, конечно может отказаться от доведения преступления до конца и не подлежать уголовной ответственности. Исполнителю, зачастую не обладающему обширными и (или) глубокими юридическими познаниями, трудно дать верную уголовно-правовую оценку полученного приказа (например, при неочевидном превышении должностных полномочий).

Если должностное лицо, выполняя обязательный для него приказ или распоряжение, превышает полномочия, но не осознает этого, вопрос об ответственности за превышение должностных полномочий не возникает в силу отсутствия состава преступления. Если же лицо, выполняя незаконный приказ или распоряжение, явно превышает должностные полномочия, уголовная ответственность за это (превышение полномочий) наступает на общих основаниях.

Глава 4 «Модернизация института обстоятельств, исключающие преступность деяния» состоит из 4-х параграфов, 3 из которых посвящены совершенствованию законодательного регулирования необходимой обороны (§ 1), причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление (§ 2) иных, закрепленных в законе, обстоятельств (§ 3).

На основе проведённого исследования предложены авторские формулировки норм о необходимой обороне, причинении вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние, крайней необходимости, выносимые на защиту.

О необходимости внесения коренных изменений, расширяющих права и конкретизирующих условия правомерности причинения вреда, в ст. 37 УК РФ с нами согласились 69 % опрошенных нами представителей судейского сообщества и 72 % сотрудников иных правоохранительных органов (ОВД РФ, СК РФ).

Для совершенствования нормы УК о необходимой обороне и практики её применения, как мы уже говорили, необходим, прежде всего, переход к перечневой системе защищаемых благ, при которых возможна, так называемая, «беспредельная» оборона. В этот «перечень» должны входить: здоровье, личная свобода, половая свобода и половая неприкосновенность, защита от противоправного насильственного вторжения в жилище или помещение, а также случаи группового и вооруженного нападения и т.п. На наш взгляд, не стоит опасаться казуистичности такого подхода. Ведь за каждым из таких случаев стоит человеческая судьба.

На тех же позициях мы настаиваем и при формулировке нормы ст. 38 УК.

Помимо состояния необходимой обороны и задержания в жизни складываются ситуации, когда, во-первых, источник опасности, угрожающей правоохраняемым интересам, коренится не только и не столько в порицаемом обществом поведении человека, сколько в иных процессах и явлениях; во-вторых, избирается принципиально иной способ защиты социально значимых благ – не путем причинения вреда посягающему (задерживаемому), а за счет ущемления других законных интересов общества, государства и граждан.

Мы полагаем, что недопустимо оправдывать состоянием крайней необходимости невыполнение правовой обязанности, например, чтобы не погибнуть, пожарный отказывается тушить огонь, солдат – идти в атаку. Такие действия (если быть точнее – бездействие) влекут за собой уголовную ответственность по ст. 285 УК или образуют состав воинского преступления. Соглашаясь с тем, что ситуация крайней необходимости возможна и при пассивной форме поведения человека, мы считаем, что «положения ст. 39 УК не распространяются на лиц, которые в силу своей юридической обязанности или служебного долга должны бороться с угрожающей опасностью».

Что же касается физических и психических особенностей лица, действующего в экстремальной ситуации, то здесь необходимо учитывать целый ряд факторов – образовательный уровень, наличие профессиональных навыков, возрастную, половую, демографическую принадлежность, медицинские показатели и др. Кроме того, при возникновении малейшего

сомнения в полноценности восприятия лицом имевшей место ситуации или способности адекватного поведения предлагается проведение освидетельствования и экспертизы. Кроме того, предлагаем четко закрепить в самом законе цель крайней необходимости – устранить грозящую опасность.

Следует признать, что в уголовном законе отсутствует привилегированная норма, предусматривающая уголовную ответственность не только за превышение пределов крайней необходимости, но и иных обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Т. к. в Особенной части Уголовного кодекса России отсутствует таковая норма (как это сделано для необходимой обороны и причинении вреда при задержании), предлагаем дополнить соответствующей частью ст. ст. 108 и 114 УК РФ. Возможно распространение этой практики на другие обстоятельства, исключающие преступность деяния, пока не получившие поддержки законодателя в Особенной части УК. Следует усовершенствовать ст. 61 УК РФ включением самостоятельного обстоятельства, смягчающего наказание: «причинение в состоянии крайней необходимости вреда равного предотвращенному».

Статья 41 УК не содержит определения риска, а в научной литературе по этому вопросу высказываются различные суждения. Правоприменитель зачастую не знает в каких сферах деятельности возможно применение норм об обоснованном риске. В русском языке «риск» определяется как возможность опасности, неудачи, как действие наудачу, в надежде на счастливый случай.[1] Указанное несовершенство устраняется закреплением определения риска в УК, что позволит не только шире применять его в следственно-судебной практике, но и раскроет дополнительные возможности для потенциальных субъектов рискованной деятельности.

Применение рассматриваемого института особенно актуально в настоящее время, когда, с одной стороны, в обществе широко распространилось демонстративное пренебрежение к элементарным правилам безопасности на производстве и в быту, что приводит к взрывам, авариям, пожарам, крушениям и другим техногенным катастрофам, а с другой стороны, представители власти постоянно являют примеры нерешительности, вялости, а то и просто трусости в критических ситуациях, что также ведет к большим людским и материальным потерям.

Излишним представляется существующее ограничение, содержащееся в ч. 2 ст. 41 УК РФ. Представляется, что рискованное действие возможно в тех случаях, когда оно заведомо для субъекта риска прямо не запрещено законом применительно к конкретной обстановке либо ситуация вообще нормативно не урегулирована (предлагаемую нами норму ст. 41 УК см. С. 15 автореферата).

Исполнение обязательных приказов, распоряжений – непременное условие нормальной работы в любых сферах. Более того, в ряде областей деятельности беспрекословное, точное и своевременное исполнение приказов – залог успешной и безопасной их деятельности (транспорт, авиация, связь,

[1] Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М. : ИТИ Технологии, 2005. С. 679.

военная служба и др.). Так, приказ командира (начальника) в армии – закон для подчиненного. Приказ должен выполняться беспрекословно, точно и в срок. Ряд статей УК в разделе о воинских преступлениях предусматривает уголовную ответственность за неисполнение приказа начальника, за неповиновение ему.

Понятия приказ и распоряжение в уголовном праве считаются синонимами. При этом приказ представляет собой официальное властное (обязательное) указание начальника подчиненному выполнить какое-либо действие или воздержаться от его выполнения. В зависимости от нормативной основы приказа, характера действий, выполняющего приказ лица, приказ может издаваться в устной или письменной форме. Обязательность приказа в отношении категорий граждан регулируется законами, уставами, правилами внутреннего распорядка и т.д. Дабы избежать ошибок в правоприменении, понятие приказа (распоряжения) требует закрепления в уголовном законодательстве (см. С. 17 автореферата).

Поскольку в ст. 42 УК не определяется, какой приказ следует считать законным, а какой незаконным, то этот вопрос решается в каждом конкретном случае. В науке уголовного права приказ (распоряжение) рассматриваются законными, если они не противоречат действующим нормативным правовым актам и носят обязательный характер, что обеспечивается наступлением юридической ответственности (дисциплинарной, административной, уголовной) в случаях их невыполнения.

Исполнитель, получивший приказ, должен иметь определенную степень свободы «разумного выбора» для определения законности (или незаконности) полученного приказа.

Отметим, что правомерность исполнения приказа заключается в отсутствии общественной опасности в деянии лица, исполнившего приказ. Именно отсутствие опасности или хотя бы осознания таковой позволяет расценивать даже причинение вреда как правомерное поведение.

Закон предусматривает уголовную ответственность на общих основаниях для исполнителя лишь тогда, когда он, во-первых, исполняет заведомо незаконный приказ, и, во-вторых, совершает при этом умышленное преступление. Лицо, отдавшее таковой приказ, признается организатором или подстрекателем преступления.

Представляется, что при формулировании законодательных конструкций ст. 42 УК, нормативные установления должны носить максимально понятный характер для непосредственного исполнителя.

Параграф 4 затрагивает проблему модернизации главы 8 УК РФ путём включения в её состав новых обстоятельств.

Приоритет уголовного законодательства перед нормами других отраслей можно сделать и исходя из толкования Постановления Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 г. № 13-П,[1] которое подтверждает верховенство норм УПК

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 4.

России над нормами иных федеральных законов и подзаконных актов. В основу данного решения положен, в том числе и предмет правового регулирования, который является критерием построения российского законодательства (п. «о» ст. 71, ч. 1 ст. 76 Конституции РФ).

Таким образом, мы настаиваем, чтобы обстоятельства, при которых возможно причинение вынужденного правомерного вреда регулировались исключительно уголовным законом.

Предлагаем включить в состав главы 8 УК такое обстоятельство, как провокация, дополнив ее ст. 39[1] УК («Правомерная провокация») (С.А. Сандаковский, С.Н. Радачинский, С.Ф. Милюков и др.).

Такая провокация может быть направлена на побуждение преступника выдать себя для последующего его задержания, включая силовое. Не случайно, самым действенным способом изобличения педофилов является так называемая ловля «на живца», когда под видом ребенка с вероятным преступником в контакт вступает доброволец или сотрудник правоохранительных органов.

Говоря о провокации, нельзя не отметить позицию ЕСПЧ. Отграничивая провокацию от допустимого поведения, Европейский суд дал ее определение, согласно которому: «Полицейская провокация случается тогда, когда задействованные должностные лица, являющиеся или сотрудниками органов безопасности, или лицами, действующими по их указанию, не ограничивают свои действия только расследованием уголовного дела по существу неявным способом, а воздействуют на субъект с целью спровоцировать его на совершение преступления, которое в противном случае не было бы совершено, с тем чтобы сделать возможным выявление преступления, т.е. получить доказательства и возбудить уголовное дело…».[1] Есть и противники легитимации указанной нормы (П.С. Яни).

Однако, на наш взгляд, давно назрела необходимость введение нормы о «правомерной провокации» в Уголовный кодекс РФ. В ней следует четко закрепить правомочия должностных лиц, осуществляющих ОРД, а также лиц, оказывающих им содействие, в том числе на конфиденциальной основе. Это позволит шире использовать оперативное внедрение в организованные преступные группы с целью их последующего задержания и изобличения в содеянном, а также разложения и даже ликвидации организованной группы.

По нашему мнению, только активные, в том числе, «провокационные» действия правоохранителей способны переломить существующую ситуацию. Потому предложенная нами норма о «правомерной» провокации может быть успешно использована гражданами и способствовать активизации действий должностных лиц правоохранительных органов при осуществлении провокации необходимой обороны.

Согласно ч. 4 ст. 16 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 г. «При защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения

---

[1] П. 37 Постановления Европейского Суда по правам человека от 4 ноября 2010 г. Дело «Банникова против России» [Bannikova v. Russia] (жалоба № 18757/06) (I Секция) [Электронный ресурс] // ИПП Гарант. URL : http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/12086429/#ixzz5afjpVsJu.

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 долга». По своей сути данная норма представляет собой обстоятельство, исключающее преступность деяния при осуществлении оперативно-разыскной деятельности, которое не нашло отражения в уголовном законе (О.А. Вагин, А.П. Исиченко, А.Е. Чечетин, Н.С. Железняк, А.В. Петровский, Ю.В. Астафьев, И.И. Крапива, А.В. Савинский, Г.С. Шкабин и др.) Очевидно, что указанный Закон допускает совершение деяний, объективно содержащих признаки какого-либо преступления, однако УК России по этому поводу молчит. Принимая во внимание важность уголовно-правовой легитимации, Г.С. Шкабин предложил включить соответствующую норму в ст. 39[1] «Статья 39.1. Причинение вреда при проведении оперативно-разыскного мероприятия».[1] К сожалению, излишняя лапидарность при формулировании таковой, не позволит успешно использовать её в правоприменительной деятельности, т.к. оставляет широкие возможности для следственно-судейского усмотрения.

Еще одним обстоятельством, которое хотя и не содержится в Уголовном законе, но, тем не менее, фактически признается в теории и на практике (Е.А. Оденгая, А.П. Дмитренко), является «осуществление своего права», например, на воспитание несовершеннолетних детей.

Проведенное А.П. Дмитренко исследование, позволило ему сформулировать соответствующую норму: «Осуществление принадлежащего лицу права. Правомерным признается деяние, причинившее вред охраняемым уголовным законом отношениям лицом, при осуществлении права, предусмотренного нормами Особенной части настоящего кодекса, Конституции РФ или Федерального закона РФ».[2]

Отметим, представленная норма констатирует лишь возможность осуществления гражданином своего права, но не устанавливает ни пределов возможного вреда, ни ответственности за их превышение и, таким образом, не укладывается в контекст нашего исследования.

Повышенный интерес представляет согласие потерпевшего, как обстоятельство, исключающее преступность деяния, вокруг которого не утихают многочисленные споры (Н.С. Таганцев, М.Д. Шаргородский, И.И. Слуцкий, А.А. Пионтковский, А.Н. Красиков, И.И. Карпец, А.Н. Сумачев, А.А. Арямов, Ю.В. Баулин, В.А. Блинников, А.Б. Кирюхин, Е.К. Газданова, Ю.И. Антонов, Т.Ю. Орешкина, Л.Л. Кругликов, Б.А. Куринов, А.Б. Сахаров, С.Ф. Милюков и др.).

В контексте настоящего исследования данное обстоятельство может

---

[1] Шкабин Г.С. Уголовно-правовое обеспечение оперативного внедрения : монография. М. : ИД «Юриспруденция», 2018. С. 235–236.

[2] Дмитренко А.П. Институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве России: основы теории, законодательной регламентации и правоприменения : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Дмитриенко Андрей Петрович. М., 2010. С. 469.

представлять определенный интерес. Так, в процессе осуществления того или иного обстоятельства, исключающего преступность деяния, могут возникнуть ситуации, при которых лицо, например, при крайней необходимости, соглашается на ограничение свободы передвижения (связывание и т.п.), передает имущество (транспорт, средства связи) в пользование задерживающего, соглашается претерпеть голод, холод, жажду, физическую боль.

Однако даже в указанных случаях вопрос о пределах возможного вреда при согласии потерпевшего остаётся открытым. Являясь противником эвтаназии, мы исключаем возможность легитимации данной нормы в УК, впрочем, вопрос о включении согласия потерпевшего в число обстоятельств, исключающих преступность деяния, может и должен решаться не вообще, а лишь применительно к конкретным составам преступлений, как это сделано, например, в ст. 122 УК.[1] Отметим, что 84 % опрошенных полагают необходимым закрепление этой нормы в УК.

Нельзя оставить без внимания и возможные случаи причинения вреда при добросовестном заблуждении лица о наличии того или иного обстоятельства, исключающего преступность деяния. В целях правового разрешения указанной проблемы нами предлагается закрепить в уголовном законодательстве норму об ошибке в наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния (С. 16 автореферата). С этим мнением согласны 78 % респондентов.

Представим и позицию против включения в действующий УК России иных обстоятельств, исключающих преступность деяния (В.И. Омигов). С ним соглашаются 26 % опрошенных нами респондентов.

В **заключении** сформулированы основные выводы по диссертационному исследованию и обозначены перспективы дальнейшей разработки данной темы. В **приложениях** к диссертации содержатся результаты анкетирования.

Список работ, опубликованных автором по теме диссертации:

Статьи в рецензируемых научных изданиях, указанных в Перечне Высшей аттестационной комиссии при Министерстве образования и науки Российской Федерации:

1. Никуленко, А. В. Правовое регулирование причинения вреда преступнику при его задержании в УК некоторых зарубежных государств / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. Серия: Гуманитарные и общественные науки. – 2010. – № 9. – С. 81–90 (0,5 п.л., авторство не разделено).

2. Никуленко, А. В. Актуальные проблемы необходимой обороны и причинения вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние / А.В. Никуленко // Научный портал МВД России. – 2011. – № 1 (13). – С. 50–52 (0,4 п.л.).

[1] Примечание к ст. 122 УК РФ: «Лицо, совершившее деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, освобождается от уголовной ответственности в случае, если другое лицо, поставленное в опасность заражения либо зараженное ВИЧ-инфекцией, было своевременно предупреждено о наличии у первого этой болезни и добровольно согласилось совершить действия, создавшие опасность заражения».

3. Никуленко, А. В. Применение огнестрельного оружия при охране объектов животного мира и среды их обитания / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Уголовное право. – 2011. – № 1. – С. 26–32 (0,6 п.л., авторство не разделено).

4. Никуленко, А. В. Силовое противодействие преступному поведению: анализ модернизации нормативной базы / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Уголовное право. – 2012. – № 6. – С. 41–47 (0,5 п.л., авторство не разделено).

5. Никуленко, А. В. Об обоснованности включения в УК России новых обстоятельств, исключающих преступность деяния / А.В. Никуленко // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2012. – № 3 (55). – С. 90–95 (0,5 п.л.).

6. Никуленко, А. В. Рецензия на монографию: Перцев Д.В. «Уголовно-правовые и криминологические проблемы необходимой обороны» / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Азиатско-тихоокеанский регион: Экономика, политика, право. – 2012. – Т. 14. – № 1. – С. 84–93 (0,8 п.л., авторство не разделено).

7. Никуленко, А. В. Перспективы совершенствования уголовного законодательства по борьбе с преступностью / А.В. Никуленко // Вопросы управления. – 2012. – № 1 (18). – С. 323–328 (0,5 п.л.).

8. Никуленко, А. В. Соотношение отдельных положений Федерального закона «О полиции» и норм главы VIII Уголовного кодекса РФ / А.В. Никуленко // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2013. – № 3 (59). – С. 56–60 (0,5 п.л.).

9. Никуленко, А. В. Проблемы квалификации обоснованного риска в правоохранительной деятельности / А.В. Никуленко // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2014. – № 3 (63). – С. 59–62 (0,5 п.л.).

10. Никуленко, А. В. Управление правовой регламентацией действий сотрудников полиции при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние / А.В. Никуленко // Вопросы управления. – 2014. – № 5 (30). – С. 199–205 (0,6 п.л.).

11. Никуленко, А. В. Некоторые направления уголовно-правовой политики в сфере силового противодействия преступности / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Библиотека уголовного права и криминологии. – 2014. – № 2 (6). – С. 86–99 (1,2 п.л., авторство не разделено).

12. Никуленко, А. В. Перспективы реформирования уголовного законодательства России / А.В. Никуленко // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2015. – № 1 (39). – С. 23–25 (0,5 п.л.).

13. Никуленко, А. В. Проблемы уголовно-правового регулирования обстоятельств, исключающих общественную опасность деяния / А.В. Никуленко // Научный вестник Омской академии МВД России. – 2016. – № 4 (63). – С. 13–15 (0,5 п.л.).

14. Никуленко, А. В. Необходимая оборона: проблемы теории и правоприменительной практики / А.В. Никуленко, Э.К. Кутуев // Мир юридической науки. – 2016. – № 6. – С. 43–48 (0,5 п.л., авторство не разделено).

15. Никуленко, А. В. Провокация в борьбе с коррупцией: диалектическое противоречие и пути выхода из него / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Актуальные проблемы экономики и права. – 2016. – Т. 10. – № 4 (40). – С. 45–53 (0,6 п.л., авторство не разделено).

16. Никуленко, А. В. Роль обстоятельств, исключающих преступность деяния, в современных реалиях противодействия преступности / А.В. Никуленко // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2017. – № 2 (74). – С. 103–107 (0,5 п.л.).

17. Никуленко, А. В. Новые подходы к оценке обстоятельств, исключающих преступность деяния / А.В. Никуленко // Журнал правовых и экономических исследований. – 2017. – № 4. – С. 54–61 (0,5 п.л.).

18. Никуленко, А. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в зарубежном законодательстве / А.В. Никуленко // Вестник Волгоградской академии МВД России. – 2018. – № 2 (45). – С. 62–70 (0,6 п.л.).

19. Никуленко, А. В. Провокация обороны: от безоговорочного отрицания к взвешенной оценке / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Научный вестник Омской академии МВД России. – 2018. – № 1 (68). – С. 8–14 (0,5 п.л., авторство не разделено).

Монографии, пособия, комментарий, курс лекций:

20. Никуленко, А. В. Тема № 11 «Обстоятельства, исключающие преступность деяния» // Уголовное право (Общая часть) : курс лекций / под ред. Л.В. Готчиной, А.В. Никуленко, С.Л. Никоновича. – Тамбов – Санкт-Петербург – Липецк : Изд-во Першина Р.В., 2015. – С. 153–179 (31,8/2,6 п.л.).

21. Никуленко, А. В. Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко. – Ассоциация Юридический центр. – СПб. : Юридический центр, 2015. – 560 с. (35 п.л., авторство не разделено).

22. Никуленко, А. В. Глава 15. «Обстоятельства, исключающие преступность деяния» / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Уголовное право. Общая часть : учебник / Под общ. ред. С.А. Денисова, Л.В. Готчиной, А.В. Никуленко. Изд.-во Санкт-Петербургского университета МВД России. – СПб. : ООО «Р-КОПИ», 2017. – С. 181–203 (21/2,1 п.л., авторство не разделено).

23. Никуленко, А. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния : научно-практическое пособие. / А.В. Никуленко. – СПб. : Изд-во СПб ун-та МВД России, 2018. – 88 с. (5,5 п.л.).

24. Никуленко, А. В. Тема № 11 «Обстоятельства, исключающие преступность деяния» / А.В. Никуленко // Уголовное право. Общая и Особенная части : учебное пособие / под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.В. Готчиной, к.ю.н., доц. А.В. Никуленко. – Санкт-Петербург, 2018. – С. 96–106 (32,75/2,1 п.л.).

Иные научные работы:

25. Никуленко, А. В. Зарубежное законодательство об обстоятельствах, исключающих преступность деяния / А.В. Никуленко // Правда и закон. – 2018. – № 2 (4). – С. 40–48 (1 п.л.).

26. Никуленко, А. В. Новый взгляд на провокацию обороны / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XV Международной научно-практической конференции. – М., 2018. – С. 122–127 (0,5 п.л., авторство не разделено).

27. Никуленко, А. В. О необходимости теоретических основ силового противодействия общественно опасному поведению / А.В. Никуленко // Криминологические основы уголовного права : материалы X Российского конгресса уголовного права. – М., 2016. – С. 188–192 (0,3 п.л.).

28. Никуленко, А. В. Перспективы развития института причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление / А.В. Никуленко // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию : Материалы VI Российского конгресса уголовного права; Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. – М., 2011. – С. 152–154 (0,3 п.л.).

29. Никуленко, А. В. Перспективы совершенствования уголовно-правовых норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния / А.В. Никуленко // Проблемы кодификации уголовного закона: история, современность, будущее (посвящается 200-летию проекта Уголовного уложения 1813 года) : Материалы VIII Российского конгресса уголовного права. – М., 2013. – С. 172–177 (0,3 п.л.).

30. Никуленко, А. В. Перспективы уголовной политики в сфере законодательного закрепления новых обстоятельств, регламентирующих правомерное причинение вреда / А.В. Никуленко // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Российского конгресса уголовного права. – М., 2012. – С. 186–191 (0,3 п.л.).

31. Никуленко, А. В. Право безопасности и обстоятельства, исключающие преступность деяния / А.В. Никуленко // Обеспечение национальной безопасности – приоритетное направление уголовно-правовой, криминологической и уголовно-исполнительной политики : материалы XI Российского Конгресса уголовного права, посвященного памяти доктора юридических наук, профессора Владимира Сергеевича Комиссарова. – М. : Юрлитинформ, 2018. – С. 187–191 (0,3 п.л.).

32. Никуленко, А. В. Проблемы совершенствования правового регулирования причинения вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние / С.Ф. Милюков, А.В. Никуленко // Проблемы взаимодействия международного и национального уголовного права в условиях глобализации : Материалы V Международной научно-практической конференции, посвященной М.И. Ковалёва; Уральская государственная юридическая академия. – Екатеринбург, 2011. – С. 122–129 (0,4 п.л., авторство не разделено).

33. Никуленко, А. В. Проблемы согласованности положений ст. 38 УК России и главы 5 Федерального закона «О полиции» / А.В. Никуленко // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XII международной научно-практической конференции; Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА). – М., 2015. – С. 232–237 (0,3 п.л.).

34. Никуленко, А. В. Совершенствование уголовного законодательства об обстоятельствах, исключающих преступность деяния / А.В. Никуленко // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XIV международной научно-практической конференции. – М., 2017. – С. 232–236 (0,3 п.л.).