

На правах рукописи

ТАЛАЕВ Илья Владимирович

**ОБОСНОВАННЫЙ РИСК, ИСПОЛНЕНИЕ ПРИКАЗА ИЛИ
РАСПОРЯЖЕНИЯ И ОТПРАВЛЕНИЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ
ФУНКЦИЙ В УСЛОВИЯХ ВОЕННОЙ СЛУЖБЫ**

**12.00.08 - уголовное право и криминология;
уголовно-исполнительное право**

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Москва - 2015

Диссертация выполнена на кафедре уголовного права в Федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования "Российский государственный университет правосудия"

Научный руководитель: **Арямов Андрей Анатольевич**
доктор юридических наук, профессор

Официальные оппоненты: **Дмитренко Андрей Петрович**
доктор юридических наук, профессор,
заместитель начальника кафедры уголовного права
ФГКОУ ВПО "Московский университет
Министерства внутренних дел
Российской Федерации имени В.Я. Кикотя"

Трунцевский Юрий Владимирович
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой уголовно-правовых и
специальных дисциплин АНО ВПО
"Московский гуманитарный университет"

Ведущая организация: ФГКВООУ ВПО "Военный университет" Министерства обороны Российской Федерации

Защита состоится 19 мая 2015 г. в 14.00 часов на заседании диссертационного совета Д 170.003.01, созданного на базе Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Российский государственный университет правосудия" по адресу: 117418, Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69, ауд. 910.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Российский государственный университет правосудия".

Диссертация и автореферат размещены на официальном сайте Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Российский государственный университет правосудия" по адресу www.rgur.ru

Автореферат разослан "___" _____ 2015 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета

С. П. Ломтев

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Вопрос об отграничении преступного поведения от не преступного является одним из главных в уголовно-правовом регламентировании, так как не любое деяние, внешне сходное с преступлением, будет являться уголовно-правовым деликтом. Для защиты интересов граждан в УК РФ существует гл. 8 «Обстоятельства, исключаяющие преступность деяния». Особое значение эта глава имеет для лиц, проходящих военную службу.

Глава 8 УК РФ адресована общему субъекту причинения вреда, а Федеральный закон №76-ФЗ от 27.05.1998 в редакции от 30.12.2012 "О статусе военнослужащих" провозглашает особый статус военнослужащих, обусловленный спецификой военной службы, что предполагает особенности применения гл. 8 УК РФ к военнослужащим.

В рамках уголовного закона рассматриваются только те деяния военнослужащих, которые создают общественную опасность, однако в рамках военной службы любое отклонение от нормы приобретает определенную общественную опасность, так как военнослужащие вооружены, и их служба направлена на вооруженную защиту Российской Федерации, именно поэтому для военнослужащих существует отдельная глава в УК РФ "Преступления против военной службы" (гл. 33 УК РФ). Специфика статуса военнослужащих предполагает необходимость изучения особенностей применения к ним обстоятельств, исключаяющих преступность деяния.

В 1996 г., с принятием нового УК РФ, перечень обстоятельств, исключаяющих преступность деяния, существенно расширился. Появились такие обстоятельства как обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и др. Однако законодательного закрепления при формировании нового УК РФ не получил такой институт, как причинение вреда при отправлении профессиональных функций. Стоит отметить, что уголовное право состоит не только из уголовного закона, но и из практики его применения и уголовно-правовой доктрины. Об институте причинения вреда при отправлении профессиональных функций вёл речь ещё Н. С. Таганцев, и тем не менее данный

институт так и не нашел своего отражения в действующем уголовно-правовом законодательстве России. Между тем, он имеет крайне важное значение для лиц, проходящих военную службу. Ведь они часто вынуждены причинять вред именно при исполнении профессиональных функций. Иные обстоятельства, исключающие преступность деяния, главы 8 УК РФ в их буквальном толковании не способны решить вопрос о регламентировании такой формы правомерного причинения вреда. Таким образом, необходимо исследовать возможность включения в гл. 8 УК РФ такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как отправление профессиональных функций.

Анализ отечественного уголовного законодательства, уголовно-правовой доктрины позволяет сделать вывод, что остаются открытыми многие вопросы о правовой природе обстоятельств, исключающих преступность деяния, в частности, обоснованного риска, исполнения приказа или распоряжения и причинения вреда при отправлении профессиональных функций, их понятия и содержания. В настоящее время в отечественной уголовно-правовой доктрине каждое из данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, рассматривается отдельно, их взаимодействие рассматривается только с точки зрения разграничения данных явлений. Вопрос о взаимопроникновении и взаимообусловленности обстоятельств, исключающих преступность деяния, не решен, что противоречит диалектическому принципу детерминизма о взаимосвязи и взаимообусловленности явлений в мире. Учитывая, что детерминистический подход широко применяется в отечественном уголовном праве, в частности с его помощью рассматриваются такие явления, как совокупность преступлений, множественность преступлений и др., представляется целесообразным рассмотреть взаимодействие обстоятельств, исключающих преступность деяния, в соответствии с принципом детерминизма.

Следует отметить взаимосвязь таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как причинение вреда при отправлении профессиональных функций, обоснованный риск и исполнение приказа или распоряжения, и их особое значение для лиц, проходящих военную службу. Так, военнослужащие, исполняя свои профессиональные функции, вынуждены идти на риск при испытании новой техники, на что они получают соответствующий приказ. Следовательно, необходимо учитывать взаимосвязь обозначенных явлений применительно к

лицам, проходящим военную службу, что обуславливает необходимость исследования взаимодействия данных обстоятельств и специфики их применения к военнослужащим. Изложенное предполагает актуальность исследования взаимообусловленности таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций. С тем, что применение данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, для военнослужащих будет носить определенную специфику, связанную с особенностями военной службы, согласны 90,5 % анкетированных судей.

С 2008 по 2014 годы во всех органах федеральной исполнительной власти, где по закону предусмотрено прохождение военной службы и в которых военные следственные органы СКП РФ осуществляют свою деятельность, военнослужащими совершено около 40 тысяч преступлений. 40% из них составили преступления против военной службы. Эти цифры говорят о достаточно широком распространении данного вида преступлений. Трудно предположить, что все эти деяния реализовывались вне связи с исполнением приказов, отправлением профессиональных функций и не содержали элементов риска, поскольку военная служба предполагает высокую долю вероятности в проявлении данных факторов в поведении каждого военнослужащего. При этом автору исследования в архивах гарнизонных военных судов не удалось найти ни одного оправдательного приговора по основаниям, предусмотренным гл. 8 УК, в частности, и по обоснованному риску и по исполнению приказа или распоряжения. Опрос 35 судей военных судов также показал, что в их практике подобных дел не было. Анализ материалов доследственных проверок (за 2008 - 2014 гг.) и следственной практики (военно-следственными отделами Следственного комитета России в Москве и Московской области с 2010 по 2013 г. было сначала возбуждено, а затем прекращено 17 подобных дел), опрос 20 следователей ФСБ и ВСУ показали, что подобные дела прекращаются на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ (отсутствие в деянии состава преступления). Анкетирование 128 судей судов общей юрисдикции показало, что 70% из них никогда в своей практике не применяли положений главы 8 УК РФ, при этом ст. 41 УК РФ (Обоснованный риск) и ст. 42 УК РФ (Исполнение приказа или распоряжения) никем из анкетированных не применялись вообще. Более

того, 51% анкетированных судей среди причин не востребоваемости гл. 8 УК РФ выделили такую причину, как нечеткость положений данной главы. Данная ситуация говорит о низкой эффективности положений гл. 8 УК РФ в её нынешней редакции в принципе, и в частности - применительно к военнослужащим, что делает необходимым исследование возможности усовершенствования положений гл. 8 УК РФ.

Проблемы, касающиеся обозначенных обстоятельств, исключающих преступность деяния, носят фундаментальный характер, требующий решения на системном уровне в теории уголовного права.

Степень разработанности темы исследования. Общетеоретические вопросы данных институтов были рассмотрены следующими авторами: Ю.В. Баулиным, В.В. Долежаном, О.А. Кабышевым, В.И. Колосовой, М.Н. Кузнецовой, В.О. Маляевой, Г.В. Овчинниковой, П.П. Побигаевым, А.В. Серовой, Н.И. Чуньковым, Т.К. Щегловой и другими.

Уголовно-правовые аспекты данных институтов в разное время были рассмотрены в работах В. И. Акопова, С. С. Алексеева, А. В. Андреева, П. П. Андрушко, А. А. Арямова, В. В. Арестова, А. В. Астахова, Х. М. Ахметшина, В. В. Бабурина, Ю. В. Баулина, Н. П. Берестового, А. Г. Блинова, В. А. Блинникова, Ф. С. Бражника, Д. В. Веденина, М. С. Гринберга, А. Ю. Девятко, А. П. Дмитренко, С. С. Захаровой, А. А. Ильюхова, М. А. Кауфмана, С. Г. Келиной, Н. Ш. Козаева, В. И. Колосовой, К. Д. Лиховидова, Ю. И. Ляпунова, П. В. Мазина, Е. О. Маляевой, С. Ф. Милюкова, В. И. Михайлова, Г. В. Овчинниковой, В. В. Орехова, Т. А. Орешкиной, С. В. Пархоменко, А. А. Пионтковского, А. М. Плешакова, Г. Пономарева, В. И. Саморокова, С. Н. Сарницкого, А. Б. Сахарова, А. В. Серовой, И.И. Слуцкого, Л.Н. Смирновой, И.Г. Соломенко, Ю.В. Старостиной, О. А. Судорогина, А. А. Тер-Акопова, Ю. В. Трунцевского, Н. В. Томилиной, А. Ю. Шурдумова, А. С Шумкова, Т. К. Щегловой и других ученых.

Объектом данного исследования являются регламентируемые УК РФ правоотношения, возникающие, изменяющиеся или прекращающиеся в связи с реализацией права (либо исполнением обязанностей) на причинение вреда в состоянии обоснованного риска, исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций.

Предмет исследования составляет отечественное законодательство, регламентирующее уголовную ответственность и освобождение от уголовной ответственности лиц, проходящих военную службу, в ситуациях исполнения ими приказа или распоряжения, действиях в условиях риска и/или отправления профессиональных функций, а также нормы международного права, уголовное законодательство некоторых зарубежных стран, правоприменительная практика, отечественная уголовно-правовая доктрина в данной области.

Цель исследования – на основе изучения взаимодействия (в условиях военной службы) таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций, раскрыть содержание данных понятий в призме их взаимообусловленности, что придаст новый импульс развитию института обстоятельств, исключающих преступность деяния, в целом.

Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие **задачи**:

- 1) проанализировать историю появления и развития в отечественном законодательстве таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как исполнение приказа или распоряжения, обоснованный риск и отправление профессиональных функций.
- 2) на основе анализа проведенных ранее другими учеными исследований дать общую характеристику обозначенным обстоятельствам, исключающим преступность деяния. Проанализировать состояние отечественного законодательства, содержащего уголовно-правовые и иные нормы, которые регламентируют деятельность лиц, проходящих военную службу в состоянии исполнения приказа или распоряжения, обоснованного риска и отправления профессиональных функций.
- 3) выявить признаки обоснованного риска, исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций, на основании чего уточнить ранее данные другими учеными определения указанным обстоятельствам, исключающим преступность деяния. Определить условия, при которых деяние, внешне схожее с обоснованным риском, исполнением приказа или распоряжения и отправлением профессиональных функций, не будет признано правомерным, а лицо, его совершившее, должно привлекаться к уголовной ответственности.

- 4) обосновать необходимость законодательного закрепления такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как отправление профессиональных функций.
- 5) исследовать данные обстоятельства во взаимодействии и взаимообусловленности: определить место каждого из них в системе их взаимодействия, выявить системообразующие факторы, внутрисистемные и межсистемные связи, выявить закономерности взаимодействия данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, выявить специфику их применения для лиц, проходящих военную службу.
- 6) с учетом требований законодательной техники, сложившихся форм реализации права и представлений об эффективности уголовного закона разработать отвечающие интересам личности, общества и государства предложения по совершенствованию уголовного законодательства и практики правоприменения в сфере взаимодействия таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как допустимый риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций.

Методология исследования основана на диалектико-материалистическом процессе познания явлений окружающего мира, находящихся в детерминистических связях и зависимостях. Методику исследования составили общенаучные (анализ, синтез, сравнение, обобщение, индукция, дедукция) и специальные (сравнительно-правовой, историко-правовой, формально-логический, исследования документов), социологические (анкетирование, экспертный опрос) методы познания.

Применение принципа детерминизма позволило автору проанализировать данные обстоятельства, исключающие преступность деяния, в их взаимосвязи, взаимообусловленности и взаимодействии. Детерминистический подход также позволил исследовать корреспонденцию положений различных отраслей права.

Теоретическую базу исследования составили труды ученых в области уголовного права и других отраслей права различных периодов: В. А. Абчука, А. А. Арямова, В. В. Бабурина, Ю. В. Баулина, В.А. Блинникова, Д. В. Веденина, В. Я. Григенча, М. С. Гринберга, И. Х. Дворецкого, А. Ю. Девятко, С. С. Захаровой, В. П. Зимина, А. А. Ильюхова, Н. Ш. Козаева, М. А. Котика, К. Д. Лиховидова, Ю. И. Ляпунова, Б. Н. Мерзина, В. И. Михайлова, В. В. Орехова, С. В. Пархоменко,

И. Г. Соломенко, Ю. В. Старостиной, Н. С. Таганцева, А. Ю. Шурдумова, А. С. Шумкова и др.

Нормативную базу исследования составили Конституция Российской Федерации, Уголовный кодекс и другие законодательные и подзаконные акты Российской Федерации. В работе использовано законодательство Российской Империи и законодательство СССР, а также нормы международного права и уголовное законодательство некоторых зарубежных стран.

Кроме того, проанализированы Постановления Пленумов Верховного Суда СССР и Верховного Суда Российской Федерации, касающиеся настоящей работы.

Эмпирическая база исследования. Проведено анкетирование 128 судей судов общей юрисдикции (из них 78 – председатели и заместители председателей судов, 50 – впервые назначенные судьи). Проведен опрос 35 судей военных судов, 20 следователей ФСБ и ВСУ. Изучена следственная практика военно-следственных отделов Москвы и Московской области, Следственного комитета России за 2008 - 2014 гг. в объёме 152 уголовных дел, 17 из которых были прекращены. Изучено 254 материала доследственных проверок (за 2008 - 2014 гг.). Учтены результаты эмпирических исследований, проведенных другими авторами. Материалы и результаты эмпирического исследования использованы в тексте диссертации и в обобщенном виде даны в приложениях к ней.

Научная новизна исследования состоит в том, что в нем на основе анализа структурного содержания института правомерного причинения вреда с использованием принципа детерминизма, во взаимодействии и взаимообусловленности рассматриваются такие обстоятельства, исключающие преступность деяния, как исполнение приказа или распоряжения, обоснованный риск и отправление профессиональных функций, и особое влияние этой связи на лиц, проходящих военную службу. Данные обстоятельства рассмотрены в едином комплексе внутрисистемных и межсистемных связей с позиций корреспондируемости положений главы 8 УК РФ с иными понятиями и институтами уголовного права, а также положениями иных отраслей права. Эти обстоятельства исследованы автором в аспекте специфики их проявления в условиях военной службы в связи с тем, что экстремальные условия прохождения таковой наиболее ярко демонстрируют все проблемные моменты реализации прав

граждан на причинение вреда при исполнении приказа или распоряжения, отправлении профессиональных функций и состоянии риска.

Основные положения, выносимые на защиту.

1) Присутствующий в настоящее время в уголовно-правовой доктрине и нашедший отражение в законодательстве и практике правоприменения подход автономного восприятия обстоятельств, исключающих преступность деяния, не охватывает всего многообразия проявлений обоснованного риска, исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций. Объективная действительность демонстрирует их проявление во взаимодействии и взаимообусловленности.

2) Определение приказа: "Обязательный к исполнению, отданный в установленной форме в определенной обстановке компетентным лицом в рамках служебных полномочий и иерархии правоприменительный акт управления, адресованный конкретному лицу или группе лиц, предписывающий совершение определенного деяния (действия или бездействия)". Приказ и распоряжение являются сходными, но не тождественными понятиями (распоряжение не обладает признаком иерархичности). Определение распоряжения: "Обязательный к исполнению, отданный в установленной форме компетентным лицом в рамках служебных полномочий правоприменительный акт управления, адресованный конкретному лицу или группе лиц, предписывающий совершение определенного деяния (действия или бездействия)".

3) На основе синтеза доктрин "пассивного послушания" и "умных штыков" предлагается ч. 2 ст. 42 УК РФ "Исполнение приказа или распоряжения" изменить, дополнив новым пунктом, в котором предусмотреть, что военнослужащий должен освобождаться от ответственности даже за исполнение заведомо незаконного приказа, полученного в боевой обстановке. Дополнить данную норму примечанием, в котором указать, что боевой обстановкой считается участие в бою, когда лицо субъективно уверено, что его жизни и/или жизни других лиц грозит опасность. А также, что приказ, полученный в боевой обстановке, должен быть

выполнен беспрекословно, точно и в срок только в случае его соответствия профессиональным функциям военнослужащего.

4) В целях устранения противоречия между ст. 42 УК РФ и ст. 332 УК РФ предлагается ч.1 ст. 332 УК РФ "Неисполнение приказа" изменить, заменив формулировку "...приказа начальника, отданного в установленном порядке..." на "...законного приказа начальника...", а также дополнить ссылкой на возможность причинения вреда не только интересам службы, но и третьим лицам. Саму ст. 332 УК РФ необходимо дополнить двумя новыми нормами следующего содержания:

а) "Неисполнение подчиненным приказа начальника, отданного в установленном порядке в боевой обстановке (за исключением приказов, выходящих за рамки профессиональных функций военнослужащего), причинившее существенный вред интересам службы или третьим лицам...";

б) "То же деяние, совершенное группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, а равно повлекшее тяжкие последствия...".

5) Дополнить главу 8 УК РФ статьёй 42-1 "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций" в следующей редакции: «Признается правомерным причинение вреда охраняемым уголовным законом благам и интересам в процессе отправления профессиональных или должностных функций, если они осуществлялись в соответствии с правилами конкретной профессии, компетенцией и полномочиями должности и в установленных законом формах при условии, что занятие данной профессией и должности разрешено (не запрещено) законом действующему лицу».

6) В целях оптимизации положений ст. 41 УК РФ законодательно закрепить переход с позиций "обоснованного риска" на позиции "допустимого риска". Предлагается следующая редакция ст. 41 УК РФ "Допустимый риск":

«1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам при допустимом риске, когда лицо, осознавая возможность причинения вреда, реализует возможность выбора варианта поведения, преследуя общественно полезную цель.

2. Риск признается допустимым, если лицо предприняло все возможные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам.

3. Риск не признаётся допустимым, если он заведомо был сопряжен с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия. Риск, сопряженный с угрозой для жизни людей, признается допустимым только в случае согласия каждого из них на такой риск».

7) Дополнить Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.12 №19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление" п. 28.1, в котором предусмотреть решение спорных вопросов, связанных со спецификой военной службы, в частности, вопросов, возникающих при одновременном действии допустимого риска, исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций. Само название данного Постановления Пленума также представляется возможным заменить на "О судебной практике по применению обстоятельств, исключающих преступность деяния".

Теоретическая значимость исследования заключается в том, что выводы и рекомендации, содержащиеся в работе, могут способствовать развитию научных представлений о взаимосвязи обстоятельств, исключающих преступность деяния, понятии, признаках, условиях правомерности риска, приказа, распоряжения и отправления профессиональных функций.

Практическая значимость исследования заключается в том, что материалы диссертации могут быть использованы при совершенствовании действующего уголовного законодательства и практики его применения, других нормативных актов, преподавании уголовного права по темам "Обстоятельства, исключающие преступность деяния", "Преступления против военной службы". Результаты исследования могут быть использованы для дальнейших научных изысканий по данной или смежным темам.

Апробация результатов исследования. Рецензирование и обсуждение диссертация проводилось на кафедре уголовного права ФГБОУ ВО "Российский государственный университет правосудия". Основные положения работы нашли своё отражение в 6 научных статьях, в том числе в 3 статьях, размещенных в изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве образования и науки Российской Федерации. Кроме того, результаты исследования были апробированы в ходе выступления автора на научных конференциях: Второй

ежегодной итоговой научной конференции аспирантов и соискателей "Право и суд в современном мире" 2011 г., Третьей научно-практической конференции аспирантов и соискателей "Общетеоретические и отраслевые проблемы российского правосудия" 2012 г. Отдельные результаты диссертационного исследования внедрены в процесс повышения уровня профессиональной подготовки офицерского состава 231 военной прокуратуры гарнизона.

Структура работы определяется целями и задачами исследования. Диссертация состоит из введения, двух глав, объединяющих шесть параграфов, заключения и приложения.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы исследования, формулируются его цели и задачи, определяется объект и предмет, характеризуются нормативные, теоретические и эмпирические источники исследования, конструируются положения, выносимые на защиту, приводятся сведения об апробации исследования, теоретической и практической значимости.

Глава I "Обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и причинение вреда при исполнении профессиональных функций в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)" состоит из трёх параграфов.

В §1 "Обоснованный риск в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)" проводится историко-правовой анализ и исследование современного состояния такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как обоснованный риск. Отмечается, что обоснованный риск - довольно новый институт, получивший закрепление в отечественном уголовном законодательстве только в 1996 году, но, несмотря на это, исследования данного явления проводились еще во времена СССР. Первые упоминания риска в отечественном гражданском законодательстве появляются в 20-ые годы XX века, в 30-ые - 40-ые годы риск исчезает из отечественного законодательства, несмотря на это ссылка на риск встречается в судебной практике тех лет, при этом продолжают теоретические изыскания, в результате которых в УК РФ 1996 г. появляется ст.41 "Обоснованный риск", однако современный отечественный

законодатель даёт разное определение риска в различных отраслях законодательства. В отечественной уголовно-правовой доктрине также не сложилось единого мнения по поводу определения понятия "риск".

Следует разделять понятия риска как социального явления и как законодательного института. Как социальное явление, риск встречается во всех сферах человеческой жизнедеятельности, данную точку зрения поддерживает 77,2% анкетированных в рамках данного исследования судей. Как институт законодательства, риск начинает действовать только в том случае, когда в результате рискованного поведения причиняется вред охраняемым законом интересам. Однако риск, как институт законодательства, все равно остаётся частью риска, как социального явления. Так как риск, как институт законодательства, является частным случаем риска, как социального явления, то к нему в соответствии с диалектическим законом о соотношении общего и частного могут предъявляться и особые требования, не свойственные для риска, как социального явления.

Анализ отечественной уголовно-правовой доктрины позволяет сделать вывод, что риск обладает следующими признаками: а) альтернативность; б) осознанное волевое поведение субъекта; в) направленность на достижение общественно-полезной цели; г) расчет рискующего субъекта на благоприятный исход (ненаступление вредных последствий); д) допустимость.

Следует признать не совсем удачным такое требование законодателя к рискованному поведению, как обоснованность, так как это оценочная категория. Термин "обоснованный" предполагает наличие процесса обоснования, однако законодатель не поясняет, кто и кому должен обосновывать риск. Обоснованность не является содержательным признаком риска, процесс обоснования никак не влияет на степень риска. Не ясен субъект обоснования, не установлена степень обоснованности. Поэтому законодатель, оперируя термином "обоснованный", по сути приравнивает риск к ошибке. Использование термина "допустимый" представляется более целесообразным, так как данный термин устанавливает четкие границы дозволенного поведения. Всё, что выходит за границы данного поведения, является недопустимым риском, при этом, несмотря на то, что обоснованность не является содержательным признаком риска, она может

выступать основанием для определения допустимости риска. Иными словами, допустимый риск - это разрешенный законодателем риск, если проанализировать содержание ст. 41 УК РФ, то можно сделать вывод, что в ней ведётся речь именно о дозволенных рамках поведения, то есть о допустимом риске. Несоответствие названия статьи 41 УК РФ её содержанию явно не идёт на пользу отечественному законодательству. Следует обратить внимание на тот факт, что большинство (72 %) из анкетированных в рамках данного исследования судей разделяют понятия "обоснованный риск" и "допустимый риск", также большинство судей (51,5 %), поддерживая нашу позицию, считают более целесообразным использование в названии ст. 41 УК РФ слова "допустимый", а не "обоснованный" (интерес представляет и тот факт, что среди председателей и заместителей председателей судов процент поддерживающих данное решение выше (59 %), чем среди впервые назначенных судей).

Проблематична формулировка ч. 2 ст. 41 УК РФ: непонятно содержание требования достаточности мер, необходимых для предотвращения последствий рискованного деяния. Если наступили вредные последствия, значит меры, предпринятые лицом, являются недостаточными, любое отрицательное последствие говорит о том, что лицо что-то не учло и меры, им предпринятые, являются недостаточными. Однако уголовно-правовая норма о риске, как и все обстоятельства, предусмотренные главой 8 УК, начинает действовать только в случае наступления вредных последствий. Если никакого вреда не причинено - нет смысла обращаться к нормам УК. Словосочетание же "...предприняло достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам" лишает смысла существования статью "Обоснованный риск" (с таким мнением солидарны 58,6 % анкетированных нами судей, причем среди председателей и заместителей председателей судов процент поддерживающих данную точку зрения выше, чем среди впервые назначенных судей (65,3 %)). Представляется, что проблема утратит свою остроту в случае замены термина "достаточные" на термин "возможные". Субъект рискованного поведения должен предпринять определенные меры для предотвращения неблагоприятных последствий, чтобы его деяние было признано правомерным. И словосочетание "все возможные меры" представляется наиболее удачным, так как семантическое значение слова "возможный" означает

"...мыслимый, осуществимый, допустимый...". Данные критерии более точно выражают уровень необходимых мер противодействия неблагоприятным последствиям и при этом не делают статью неприменимой.

Стоит обратить внимание и на то, что в современном российском законодательстве в каждой отрасли права есть своё определение риска, единый институт риска так и не сложился. Учитывая единство регулятивных и охранительных правоотношений (уголовный закон охраняет те интересы, которые регламентирует, в частности, гражданское право), в одном процессе правоприменения юрисдикционный орган сталкивается с одним институтом, в который вкладывается два диаметрально противоположных содержания. Разное содержание риска в различных отраслях законодательства приводит правоприменителя к путанице, что безусловно служит одной из причин "не востребованности" данного института практикой (анкетирование 128 судей показало, что никто из них никогда за свою практику не применял ст. 41 УК РФ), следовательно необходимо принять единое законодательное понятие риска. Наиболее удачным и универсальным представляется следующее определение: "риск - это сознательное волевое поведение лица, направленное на достижение правомерного положительного результата в ситуации с неоднозначными перспективами развития, предполагающей вероятное наступление неблагоприятных последствий, повлекшее причинение прогнозируемого вреда."

В §2 "Исполнение приказа или распоряжения в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)" проводится историко-правовой анализ и исследование современного состояния в отечественном уголовном праве такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как исполнение приказа или распоряжения.

Первые законодательные упоминания приказа, как обстоятельства, исключающего ответственность лица, в отечественном законодательстве встречаются в Артикулах воинских Петра I, с течением времени данный институт развивается и становится более конкретизированным. В советское время исполнение приказа или распоряжения, как обстоятельство, исключающее преступность деяния, не упоминалось в уголовном законодательстве, однако положения об исполнении приказа или распоряжения, как обстоятельстве,

исключающим дисциплинарную ответственность, сохранились в законодательстве СССР о военной службе, о милиции и др. Продолжились теоретические изыскания по данному вопросу, которые привели к закреплению в УК РФ 1996 г. статьи 42 "Исполнение приказа или распоряжения".

Однако законодатель не даёт в УК РФ определения приказа. Определение приказа, имеющееся в Уставе внутренней службы ВС РФ, не подходит для применения в уголовном праве РФ в связи с его неопределенностью и абстрактностью. Несмотря на то, что в отечественной уголовно-правовой доктрине также нет единого мнения по поводу определения понятия "приказ" и "распоряжение", её анализ позволяет сделать вывод, что приказ обладает следующими признаками: а) обязательность; б) персональность; в) формальность; г) компетентность; д) иерархичность; е) служебность; ж) приказ предписывает совершение определенного деяния (действия или бездействия); з) основанием приказа является определенный нормативно-правовой акт.

Учитывая, что определения приказа, данные современными российскими учеными, характеризуются определенными недостатками, предлагается авторское определение приказа: "Обязательный к исполнению, отданный в установленной форме в определенной обстановке компетентным лицом в рамках служебных полномочий и иерархии правоприменительный акт управления, адресованный конкретному лицу или группе лиц, предписывающий совершение определенного деяния (действия или бездействия)". Распоряжение по своей природе сходно (но не тождественно) с приказом, оно не обладает признаками иерархичности и служебности, исходя из этого предлагается следующее определение распоряжения: "Обязательный к исполнению, отданный в установленной форме компетентным лицом в рамках служебных полномочий правоприменительный акт управления, адресованный конкретному лицу или группе лиц, предписывающий совершение определенного деяния (действия или бездействия)".

Понятия "приказ" и "распоряжение" не являются синонимами, они различаются по сфере применения и характеру содержащихся в них властных требований, а для военнослужащих еще и уровнем ответственности за их неисполнение. Это частично пересекающиеся понятия, связь которых можно охарактеризовать как два пересекающихся круга Эйлера.

В теории уголовного права относительно ответственности военнослужащего существуют две доктрины: "пассивного послушания" и "умных штыков". Каждая из этих доктрин обладает определенными плюсами и минусами. В отечественном законодательстве прослеживается наличие одновременно обеих доктрин, что недопустимо, т.к. они основываются на различных принципах (ст. 42 УК РФ - не освобождает от ответственности за совершение умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного приказа (доктрина "умных штыков"); ст. 332 УК РФ - предусматривает ответственность за неисполнение приказа, **отданного в установленном порядке** (доктрина "пассивного послушания")). Оценив плюсы и минусы доктрин "пассивного послушания" и "умных штыков", диссертантом предлагается синтез данных двух доктрин. В этих целях, учитывая мнение анкетированных в рамках данного исследования судей (70,2% из них согласны с тем, что подчинённый в условиях экстремальной ситуации, когда его жизни и/или жизни его подразделения угрожает опасность и секундное промедление недопустимо, должен выполнить любой приказ командира. Причем среди председателей и заместителей председателей судов доля согласных с данным мнением достигает 76,8%. 61,5% анкетированных судей считают неудачной современную редакцию ч.1 ст. 332 УК РФ) предлагается внести в законодательство следующие изменения:

а) ст. 42 УК РФ "Исполнение приказа или распоряжения"

"1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам лицом, действующим во исполнение обязательных для него приказа или распоряжения. Уголовную ответственность за причинение такого вреда несет лицо, отдавшее незаконные приказ или распоряжение.

2.1 Лицо, совершившее умышленное преступление во исполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения, при условии возможности сознательного выбора, несет уголовную ответственность на общих основаниях. Неисполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения исключает уголовную ответственность.

2.2 Военнослужащий, совершивший умышленное преступление во исполнение заведомо незаконного приказа, при условии возможности сознательного выбора или отсутствия боевой обстановки, несет уголовную

ответственность на общих основаниях. Неисполнение заведомо незаконного приказа, при условии отсутствия боевой обстановки, исключает уголовную ответственность.

Примечание 1: Боевой обстановкой считается ситуация участия в бою, когда лицо субъективно уверено, что его жизни и/или жизни других лиц грозит опасность.

Примечание 2: Приказ, полученный в боевой обстановке, должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок только в случае, если он соответствует профессиональным функциям военнослужащего"

б) ст. 332 УК РФ "Неисполнение приказа"

1. Неисполнение подчинённым законного приказа начальника, причинившее существенный вред интересам службы или третьим лицам...

2. То же деяние, совершенное группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, а равно повлекшее тяжкие последствия....

3. Неисполнение подчиненным приказа начальника, отданного в установленном порядке в боевой обстановке (за исключением приказа, выходящего за рамки профессиональных функций военнослужащего), причинившее существенный вред интересам службы или третьим лицам....

4. То же деяние, совершенное группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, а равно повлекшее тяжкие последствия....

5. Неисполнение приказа вследствие небрежного либо недобросовестного отношения к службе, повлекшее тяжкие последствия...

В §3 "Отправление профессиональных функций в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)" проводится историко-правовой анализ и исследование современного состояния в отечественном уголовном праве такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как отправление профессиональных функций.

Отправление профессиональных функций как обстоятельство, исключающее преступность деяния, впервые встречается в отечественном законодательстве в Артикулах воинских Петра I, далее данное обстоятельство встречается только в отечественной уголовно-правовой доктрине. В настоящее время данное

обстоятельство, исключаящее преступность деяния, по-прежнему продолжает незаслуженно игнорироваться отечественным законодателем, что оставляет без уголовно-правового обеспечения различные группы лиц, в том числе военнослужащих. Необходимость включения данного обстоятельства в главу 8 УК РФ обуславливается имеющим место в уголовном законе и нуждающимся в устранении пробелом, касающимся регламентации освобождения от ответственности в случае причинения вреда здоровью спортсменом сопернику на ринге, или врачом пациенту; причинения смерти часовым (в результате действий, соответствующих требованиям Устава) нарушителю охраняемой территории и др. Существующие нормы главы 8 УК РФ не охватывают данные деяния. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.12 №19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление" не устраняет выявленного пробела и по своему статусу не может его устранить.

Анализ отечественной уголовно-правовой доктрины позволяет сделать вывод, что причинение вреда при отправлении профессиональных функций характеризуется такими признаками как: а) Легальность профессии; б) Разрешенность занятия данным видом деятельности субъекту причинения вреда; в) Соблюдение субъектом причинения вреда установленных правил конкретной профессии; г) Действие субъекта в рамках своей компетенции и полномочий; д) Соблюдение субъектом (при необходимости) определенной формы при причинении вреда; е) Осознанность и волевая направленность поведения субъекта причинения вреда. Факультативный признак: ж) В некоторых случаях у субъекта причинения вреда есть правовая обязанность поступить подобным образом.

Определения профессии, данные в словарях, не подходят для юриспруденции в силу своей размытости. Определения профессии, данные в отечественной уголовно-правовой доктрине, страдают определенными недостатками. Предлагается авторское определение профессии: "это нормативно определенная сфера приложения трудовой деятельности, предполагающая наличие специальной подготовки, обусловленной специальным образованием и (или) стажем работы, обычно предполагающая получение её субъектом дохода".

61% анкетированных в рамках данного исследования судей считают необходимым включение в главу 8 УК РФ новой статьи "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций", в связи с этим представляется целесообразным включение в главу 8 УК РФ статьи 42-1 "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций" в следующей редакции: "Признается правомерным причинение вреда охраняемым уголовным законом благам и интересам в процессе отправления профессиональных или должностных функций, если они осуществлялись в соответствии с правилами конкретной профессии, компетенции и полномочиями должности и установленных законом форм при условии, что занятие данной профессией и должности разрешено (не запрещено) законом действующему лицу".

Глава 2 "Взаимосвязь допустимого риска, исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций" состоит из трёх параграфов.

В §1 "Допустимый риск и исполнение приказа или распоряжения" анализируются взаимосвязь допустимого риска и исполнения приказа или распоряжения, особенности параллельного действия в условиях военной службы данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, внутренние проблемы данных обстоятельств, проявляющиеся при их одновременном действии.

Рассмотрение взаимодействия допустимого риска и исполнения приказа или распоряжения производится по следующим критериям: 1) Основание деяния; 2) Цель и мотив деяния; 3) Субъект причинения вреда; 4) Объект причинения вреда; 5) Характер деяния; 6) Причинно-следственная связь между деянием и наступившими последствиями; 7) Возможность добиться цели в сложившейся ситуации без причинения вреда; 8) Время совершения деяния; 9) Степень подготовленности деяния; 10) Размер возможного вреда, его соотношение с результатом, ожидаемым от действий, обусловленных применением обстоятельства, исключающего преступность деяния; 11) Форма вины при превышении пределов; 12) Условия наступления уголовной ответственности при нарушении условий правомерности.

Отмечаются следующие моменты:

- 1) Основанием деяния для допустимого риска будет выступать общественно-полезная цель, а для исполнения приказа или распоряжения - сам факт получения приказа или распоряжения, однако, возможна ситуация риска во исполнение приказа;
- 2) Несмотря на то, что целью и мотивом допустимого риска является достижение общественно-полезной цели, а целью приказа или распоряжения - выполнение поставленной задачи (мотивы могут быть различны, чаще всего - боязнь наказания), военная служба сама по себе является общественно полезным деянием, в рамках которого лицо обязано исполнять полученные приказы;
- 3) Субъект причинения вреда в рамках допустимого риска может быть любой, а в рамках исполнения приказа или распоряжения - только лицо, обязанное исполнить приказ или распоряжение. Военнослужащий может быть одновременно субъектом исполнения приказа или распоряжения и допустимого риска;
- 4) Невзирая на то, что объектом причинения вреда в условиях исполнения приказа или распоряжения могут быть любые охраняемые уголовным законом интересы, а в условиях допустимого риска установлены определенные запреты, возможна ситуация отдачи приказа в условиях риска;
- 5) Причинно-следственная связь между деянием и наступившими последствиями в условиях риска характеризуется вероятностью неблагоприятных последствий, а в условиях исполнения приказа или распоряжения является непосредственной. Тем не менее, возможна ситуация риска во исполнение приказа, в этом случае причинно-следственная связь будет характеризоваться вероятностью неблагоприятных последствий;
- 6) В случае допустимого риска не предусмотрено ограничений по временным рамкам совершения деяния, а в случае исполнения приказа или распоряжения требование о времени совершения деяния может быть заключено в содержании самого приказа или распоряжения. Однако, возможна ситуация риска во исполнение приказа, в таком случае будут действовать временные рамки, установленные приказом;
- 7) При допустимом риске деяние подготовлено, а при исполнении приказа или распоряжения - нет. При риске во исполнение приказа деяние может быть подготовлено;

8) В условиях исполнения приказа или распоряжения может быть причинен любой вред охраняемым уголовным законом интересам и неважно, как лицо относится к ожидаемым последствиям своего деяния, а в условиях допустимого риска установлено множество ограничений (недопустимо создание угрозы экологической катастрофы или общественного бедствия, риск для жизни людей допустим только в случае согласия каждого из них на такой риск, ожидаемая вероятность и значимость результата рискованного деяния должна быть выше вероятности и опасности наступления неблагоприятных последствий). В условиях военной службы возможна ситуация риска во исполнение приказа, в таком случае действия исполнителя должны квалифицироваться в зависимости от содержания полученного приказа и действий лица, его исполняющего.

Также в данном параграфе обращается внимание на неоптимальную редакцию ст. 41 УК РФ, в частности в ч.2 данной статьи законодатель фактически признает недопустимым рискованное деяние лица, если была возможна безрисковая альтернатива. Однако, не существует сферы человеческой деятельности, не связанной с риском, с этим согласны 77% анкетированных в рамках данного исследования судей. Вызывает вопросы и ч. 3 ст. 41 УК РФ, в которой устанавливается запрет на риск для жизни "многих людей". Не ясно, с какого числа начинается категория "многие". Поэтому предлагается законодательно установить необходимость согласия на подобный риск каждого из рискующих жизнью людей. С учетом изложенного, предлагается следующая редакция ст. 41 УК РФ "Допустимый риск":

«1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам при допустимом риске, когда лицо, осознавая возможность причинения вреда, реализует возможность выбора варианта поведения, преследуя общественно полезную цель.

2. Риск признается допустимым, если лицо предприняло все возможные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам.

3. Риск не признаётся допустимым, если он заведомо был сопряжен с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия. Риск, сопряженный с угрозой для жизни людей, признается допустимым только в случае согласия каждого из них на такой риск».

В целом, содержание данного параграфа позволяет сделать вывод, что в условиях военной службы прослеживается весьма тесная взаимосвязь допустимого риска и исполнения приказа или распоряжения. Несмотря на их различия, они имеют достаточно большую область взаимодействия, характеризуемую тем, что поведение конкретного субъекта может подпадать одновременно под действие нескольких из них. Данную область взаимодействия можно охарактеризовать как три пересекающихся круга Эйлера, где каждый круг пересекается с каждым.

В §2 "Допустимый риск и отправление профессиональных функций" анализируются взаимосвязь допустимого риска и отправления профессиональных функций, особенности параллельного действия в условиях военной службы данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, внутренние проблемы данных обстоятельств, проявляющиеся при их одновременном действии.

Рассмотрение взаимодействия допустимого риска и отправления профессиональных функций производится по тем же критериям, что и в предыдущем параграфе.

Отмечаются следующие моменты:

- 1) Несмотря на то, что основанием деяния для допустимого риска будет выступать общественно-полезная цель, а для отправления профессиональных функций - занятие лицом своей профессиональной деятельностью, возможна ситуация риска во исполнение профессиональных функций, более того, риск может являться профессиональной обязанностью;
- 2) Целью и мотивом допустимого риска является достижение общественно-полезной цели, а целью и мотивом отправления профессиональных функций - выполнение своих профессиональных обязанностей, однако, профессия военнослужащего является общественно полезной;
- 3) Субъект причинения вреда в рамках допустимого риска может быть любой, а в рамках отправления профессиональных функций - только лицо, занимающиеся в рамках своей компетенции и полномочий незапрещенной законом профессиональной деятельностью, при условии, что занятие данной профессией разрешено (не запрещено) законом действующему лицу. Военнослужащий может быть одновременно субъектом отправления профессиональных функций и допустимого риска;

- 4) Объектом причинения вреда в условиях отправления профессиональных функций могут быть любые охраняемые уголовным законом интересы, а в условиях допустимого риска установлены определенные запреты. Тем не менее, риск может являться профессиональной обязанностью, в таком случае объект причинения вреда должен оцениваться по правилам отправления профессиональных функций;
- 5) Невзирая на то, что причинно-следственная связь между деянием и наступившими последствиями в условиях риска характеризуется вероятностью неблагоприятных последствий, а в условиях отправления профессиональных функций является непосредственной, возможна ситуация риска во исполнение профессиональных функций, в этом случае причинно-следственная связь будет характеризоваться вероятностью неблагоприятных последствий;
- 6) В случае допустимого риска не предусмотрено ограничений по временным рамкам совершения деяния, а в случае отправления профессиональных функций деяние должно быть совершено во время выполнения лицом своих профессиональных функций. Возможна ситуация риска во исполнение профессиональных функций, в таком случае будут действовать временные рамки, установленные профессиональными функциями. Кроме того, в рамках военной службы возможно наделение военнослужащего специальным статусом, расширяющим его полномочия (например - часовой), тогда деяние должно быть совершено во время действия этого статуса;
- 7) При отправлении профессиональных функций деяние подготовлено. Возможна ситуация внезапного начала исполнения своих служебных обязанностей (подъём по тревоге), в этом случае деяние все равно подготовлено;
- 8) В условиях отправления профессиональных функций рамки допустимого вреда определяются правилами конкретной профессии, компетенцией и полномочиями лица, и неважно, как лицо относится к ожидаемым последствиям своего деяния, а в условиях допустимого риска рамки допустимого вреда ограничены иными критериями. В условиях военной службы возможна ситуация риска во исполнение профессиональных функций, в таком случае деяние субъекта должно квалифицироваться в зависимости от содержания его профессиональных обязанностей и предпринятых действий.

В целом, содержание данного параграфа позволяет сделать вывод, что в условиях военной службы прослеживается весьма тесная взаимосвязь допустимого риска и отправления профессиональных функций, несмотря на их различия, они имеют достаточно обширную область взаимодействия, характеризуемую тем, что поведение конкретного субъекта может подпадать одновременно под действие обоих обстоятельств. Данную область взаимодействия можно охарактеризовать как два пересекающихся круга Эйлера.

В §3 "Исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций" анализируются взаимосвязь исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций, особенности параллельного действия в условиях военной службы данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, внутренние проблемы данных обстоятельств, проявляющиеся при их одновременном действии.

Рассмотрение взаимодействия допустимого риска и отправления профессиональных функций производится по тем же критериям, что и в предыдущем параграфе.

Отмечаются следующие моменты:

- 1) Несмотря на то, что основания деяний, для исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций различны, военнослужащие обязаны исполнять приказы в силу своих профессиональных функций;
- 2) Цели и мотивы деяния у исполнения приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций различны, однако, первоначальной мотивацией военнослужащего при исполнении приказа будет выполнение своих профессиональных обязанностей;
- 3) Субъектом причинения вреда при исполнении приказа или распоряжения может быть любое лицо, а при отправлении профессиональных функций - только лицо, занимающиеся в рамках своей компетенции и полномочий незапрещенной законом профессиональной деятельностью, при условии, что занятие данной профессией разрешено (не запрещено) законом действующему лицу. Военнослужащий при исполнении приказа одновременно является субъектом отправления профессиональных функций;

4) Объектом причинения вреда и при исполнении приказа или распоряжения и при отправлении профессиональных функций могут выступать любые охраняемые уголовным законом интересы. У военнослужащих возможна ситуация получения приказа, противоречащего правилам профессии. В таком случае должны соблюдаться правила профессии. В боевых же условиях объект причинения вреда должен оцениваться по правилам исполнения приказа;

5) Требования о времени совершения деяния различны у приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций, тем не менее, военнослужащий всегда исполняет приказы во время отправления профессиональных функций. Однако, по приказу возможно наделение военнослужащего специальным статусом, расширяющим его полномочия (часовой), тогда деяние должно быть совершено во время действия этого статуса. Кроме того, в рамках отправления профессиональных функций, круг полномочий военнослужащих может сильно меняться в зависимости от полученных приказов (приказ занять место погибшего командира);

6) При исполнении приказа или распоряжения - деяние не подготовлено, а при отправлении профессиональных функций - деяние подготовлено. В случае исполнения приказа во отправление своих профессиональных функций военнослужащим степень подготовленности деяния зависит от содержания полученного приказа;

7) Невзирая на то, что для исполнения приказа или распоряжения и для отправления профессиональных функций установлены различные критерии допустимости причинённого вреда, возможна ситуация исполнения приказа во отправление профессиональных функций. В таком случае деяние субъекта причинения вреда должно квалифицироваться в зависимости от конкретных обстоятельств дела.

Также в данном параграфе проводится анализ следственной практики, который показывает, что дела, в которых в деянии субъекта причинения вреда прослеживаются признаки допустимого риска, исполнения приказа или распоряжения, отправления профессиональных функций, прекращаются на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ (отсутствие в деянии состава преступления). Данная ситуация говорит о несовершенстве нашего законодательства. Ведь часто

состав преступления в деяниях лиц, в отношении которых дело прекращается на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, на самом деле есть, только они должны освобождаться от ответственности на основании главы 8 УК РФ "Обстоятельства, исключаящие преступность деяния". Однако, глава 4 УПК РФ "Основания отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения уголовного дела и уголовного преследования" не содержит нормы, на основании которой можно было бы отказать в возбуждении или прекратить уголовное дело в связи с тем, что деяние лица подпадает под сферу действия главы 8 УК РФ. Таким образом, в отечественном законодательстве обнаруживается несогласованность норм материального и процессуального права, что свидетельствует о необходимости реформы отечественного законодательства. В целях устранения данной несогласованности предлагается дополнить ч.1 ст. 24 УПК РФ новым пунктом, предусматривающим такое основание отказа в возбуждении уголовного дела или прекращения уголовного дела, как наличие в деянии лица обстоятельств, исключаящих преступность деяния.

В целом, содержание данной главы позволяет сделать вывод, что существующий в отечественной уголовно-правовой доктрине подход автономного рассмотрения обстоятельств, исключаящих преступность деяния, не охватывает всего многообразия их проявлений. Используемый в диссертации детерминистический подход позволяет сделать вывод, что такие обстоятельства, исключаящие преступность деяния как допустимый риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций, имеют определенную специфику для военнослужащих, связанную с особенностями военной службы. С данным заключением согласны 90,5% анкетированных в рамках данного исследования судей. Также, несмотря на свои различия, данные обстоятельства, исключаящие преступность деяния, имеют достаточно обширную область взаимодействия, характеризуемую тем, что поведение конкретного субъекта может подпадать одновременно под действие нескольких из них. Данную область взаимодействия можно охарактеризовать как четыре пересекающихся круга Эйлера, где каждый круг пересекается с каждым.

Учитывая вышеизложенное, в заключении данной главы делается вывод о необходимости дополнить Постановление Пленума Верховного Суда РФ от

27.09.12 №19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление" (при этом, в связи с тем, что предлагаемые в данной работе изменения касаются и других обстоятельств, исключающих преступность деяния, необходимо изменить его название на "О судебной практике по применению обстоятельств, исключающих преступность деяния") пунктом 28.1, в котором указать: " Судам надлежит учитывать специфику военной службы, предполагающей возможность одновременного действия таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как допустимый риск, исполнение приказа или распоряжения и причинение вреда при осуществлении профессиональных функций, в подобном случае должны действовать условия правомерности, наиболее благоприятные для субъекта причинения вреда. Если при одновременном действии данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, нарушены условия правомерности одного из них, то судам необходимо выяснить условия, в которых действовал субъект причинения вреда, требования уставов, положений и иных нормативно правовых актов, устанавливающих правила профессии, а также содержание полученного приказа.

Разъяснить судам, что:

Если приказ получен подчиненным в боевой обстановке, то он не должен нести ответственности за совершенное деяние (за исключением деяний, выходящих за рамки профессиональных функций военнослужащего), даже если нарушены условия правомерности допустимого риска и/или осуществления профессиональных функций. Приказ должен признаваться совершенным в рамках профессиональных функций военнослужащего в случае, если его исполнение входило в обязанности кого-либо из военнослужащих. Действие ч. 2.2, примечания 1 и 2 ст. 42 УК РФ в равной мере распространяется и на военнослужащих, опосредованно (дистанционно) участвующих в бою (войска РЭБ, РВСН, Космические войска и др.);

Если приказ или распоряжение или правила профессии давали возможности подготовиться к рискованному деянию, которыми лицо не воспользовалось, то деяние надлежит квалифицировать по правилам допустимого риска;

Если лицо в рамках полученного приказа или распоряжения или осуществления профессиональных функций предприняло не все возможные меры для предотвращения вреда, но приказ или распоряжение или правила профессии предписывали немедленно приступить к рискованному деянию, и у исполнителя не было времени на достаточную подготовку деяния, то действия лица надлежит квалифицировать по правилам исполнения приказа или распоряжения или осуществления профессиональных функций. Наличие или отсутствие достаточного количества времени на подготовку деяния в каждом конкретном деле должна определять экспертиза;

Если приказ, полученный в отсутствие боевой обстановки, явно противоречит правилам профессии, и у лица есть возможность сознательного выбора, то лицу необходимо следовать правилам профессии. Вред, причиненный в таких случаях, следует оценивать на общих основаниях со ссылкой на ст. 61 УК РФ.

В остальных случаях, при нарушении условий правомерности одного из одновременно действующих обстоятельств, исключающих преступность деяния, судам надлежит оценивать правомерность деяния, исходя из конкретных обстоятельств дела".

В заключении подводятся итоги исследования, формулируются основные выводы и рекомендации.

**Основные положения диссертационного исследования опубликованы в
следующих работах автора:**

*в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных Высшей
аттестационной комиссией при Министерстве образования и науки
Российской Федерации:*

1. Талаев, И. В. Сравнительная характеристика исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций как обстоятельств, исключающих преступность деяния / И. В. Талаев // Российское правосудие. - 2014. - № 1. - С. 67 - 74 (0,5 п.л.)

2. Талаев, И. В. Содержание института освобождения от ответственности военнослужащего за исполнение приказа / И. В. Талаев // Юридический мир. Общероссийский научно-практический журнал. - 2013. - № 7 (199). - С. 8 - 10 (0,3 п.л.)

3. Талаев, И. В. Генезис института исполнения приказа в уголовном законодательстве России / И. В. Талаев // История государства и права. - 2013. - № 16. - С. 59 - 62 (0,3 п.л.)

в иных научных изданиях:

4. Талаев, И. В. Понятие риска в уголовном праве Российской Федерации / И. В. Талаев // Библиотека уголовного права и криминологии. - 2013. - № 1. - С. 105 - 109 (0,3 п.л.)

5. Талаев, И. В. Отправление профессиональных функций как обстоятельство, исключающее преступность деяния / И. В. Талаев // Библиотека уголовного права и криминологии. - 2013. - № 2. - С. 73 - 78 (0,4 п.л.)

6. Талаев, И. В. Проблемы применения института крайней необходимости в условиях военной службы / И. В. Талаев // Право и суд в современном мире. Материалы II ежегодной научной конференции аспирантов и соискателей (1 марта 2011 г., Российская академия правосудия) - М., 2012 - 1 электрон. опт. диск (CD-ROM). (0,2 п.л.)