

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение  
высшего образования  
"Российский государственный университет правосудия"

*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

Диссертация на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Научный руководитель -  
доктор юридических наук,  
профессор Арямов А. А.

Москва - 2015

## Содержание

Введение.....	3
Глава 1. Обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)	
§1. Обоснованный риск в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика).....	15
§2. Исполнение приказа или распоряжения в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика).....	38
§3. Отправление профессиональных функций в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика).....	74
Глава 2. Взаимосвязь допустимого риска, исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций	
§1. Допустимый риск и исполнение приказа или распоряжения.....	89
§2. Допустимый риск и отправление профессиональных функций.....	126
§3. Исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций.....	148
Заключение.....	174
Список использованной литературы.....	189
Приложение.....	198

## Введение

**Актуальность темы исследования.** Вопрос об отграничении преступного поведения от непроступного 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, исключающие 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, исключающих преступность деяния.

В 1996 г., с принятием нового УК РФ, перечень обстоятельств, исключающих 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, исключая 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, исключаящего 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, исключаящих 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, исключаящих преступность деяния, рассматривается отдельно, их взаимодействие рассматривается только с точки зрения разграничения данных явлений. Вопрос о взаимопроникновении и взаимообусловленности обстоятельств, исключаящих 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 отправлении 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 г. 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. Побегаевым, 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. Алексева, 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. Соломоненко, 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 данные ранее 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, исключаящих преступность деяния, выявить специфику их применения для лиц, проходящих военную службу.

- б) 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, исключаящих 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, исключаящие 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. Соломоненко, 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 объеме 152 уголовных дел, 17 из которых были прекращены. Изучено 254 материала доследственных проверок (за 2008 - 2014 г.). 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, исключаяющие 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) Присутствующее 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 ВАК при Минобрнауки России. 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.

# **Глава 1. Обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)**

## **§1. Обоснованный риск в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)**

Обоснованный риск – довольно новый институт, получивший закрепление в нашем законодательстве только в 1996 г., но, несмотря на это, исследования данного явления проводились еще во времена СССР.

Несмотря на то, что обоснованный риск не был закреплен в Уголовном законодательстве СССР, в 20-е гг. XX в. законодательство и юридическая практика достаточно широко стали использовать понятие риска как социально-правовую категорию<sup>1</sup>. Бурный технический прогресс, пришедшийся на это время, требовал рискованных действий, так как без них он (прогресс) невозможен. Однако сам риск предполагает возможность недостижения поставленной цели и причинение ущерба охраняемым законом интересам. Случаи ущерба требовали правовой оценки: являлись ли действия рискующего субъекта смелыми, обдуманными решениями или халатностью? Отсутствие уголовно-правовой регламентации деятельности, связанной с риском, приводило к тому, что данные ситуации разрешались преимущественно с помощью норм гражданского права, которое освобождало работников от имущественной ответственности за ущерб, относящийся к категории нормального производственно-хозяйственного риска<sup>2</sup>. Так, в постановлении ЦИК и СНК от 7 августа 1928 г. "Об

---

<sup>1</sup> Козаев Н.Ш. Обоснованный риск как обстоятельство, исключаящее преступность деяния: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 5.

<sup>2</sup> Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / Под ред. В.Н. Кудрявцева, С.Г. Келиной. М., 1987. С. 134, 135.

организации научно-исследовательской работы для нужд промышленности" предусматривалось выделение предприятиям денежных средств на внедрение в производство научно-технических достижений "с допущением в этих мероприятиях элементов риска"<sup>1</sup>, а Постановлением ЦИК и СНК СССР от 12 июня 1929 г. "Об имущественной ответственности рабочих и служащих за ущерб, причиненный ими нанимателю"<sup>2</sup> в советское законодательство впервые было введено понятие производственного риска. В пункте 7 указанного постановления определялось, что "при установлении судебными органами размеров подлежащего возмещению ущерба должны учитываться не только причинённые убытки, но и та конкретная обстановка, при которой убытки причинены. Не допустимо возложение на работника ответственности за ущерб, который может быть отнесен к категории нормального производственного риска"<sup>3</sup>.

История уголовно-правового понятия риска начинается с 20-30-х гг., когда практика судебно-следственных органов начала сталкиваться с проблемами оценки причинения вреда, допускаемого в ситуации риска в сфере производственно-хозяйственных отношений<sup>4</sup>. Именно тогда народный комиссар юстиции Н.М. Янсон в своем докладе на VI съезде прокурорских, судебных и следственных работников РСФСР призвал точнее определять, является ли то или иное решение, причинившее вред охраняемым уголовным законом интересам, "результатом злого умысла или технических дерзновений, смелости проектировавшего"<sup>5</sup>. В это же время был издан приказ ВСНХ СССР № 991 от 18 июля 1929 г., который установил порядок осуществления предложений рационализаторского характера, связанных с риском. В нём, в частности, оговаривалось, что работник не несет

---

<sup>1</sup> Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам. Т.1. М.: Политиздат, 1967. С. 755.

<sup>2</sup> Свод законов СССР. 1929. № 42. Ст. 367.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> *Козаев Н.Ш.* Обоснованный риск как обстоятельство, исключаящее преступность деяния: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 14.

<sup>5</sup> Еженедельник советской юстиции, 1929. № 9-10. С. 195.



ответственности за отрицательные последствия риска, если при этом не было умысла.

Однако уже в 30-х гг. XX в. научные изыскания по риску прекращаются. Связано это было с тем, что в стране менялась политическая ситуация, происходил отказ от ленинских идей НЭП и переход к полностью административно-командной системе управления, в стране происходила индустриализация, шло масштабное строительство, при этом иностранные разведки и внутривнутриполитические конкуренты правящей партии решили не терять свой шанс и устраивали масштабные диверсии на строящихся объектах, списывая данные случаи на ситуации неудачного риска. Данные действия привели к тому, что риск был объявлен буржуазным феноменом, которое чуждо советскому праву.

Как справедливо отмечал М.С. Гринберг, "забвение" риска в нашей стране в 30-40-х гг., носившее политическую окраску, сковывало "развитие общественных наук, обобщение практики социалистического строительства, лишало учёных права на инициативу в постановке и решении новых теоретических проблем. Он, безусловно, не способствовал обращению юристов к этой важной, но совершенно не исследованной теме"<sup>1</sup>.

Но, несмотря на политическое забвение риска, реальная необходимость в его применении диктовала свои условия. Так, Верховный Суд СССР в 1944 г. в определении по уголовному делу в отношении Ларионова указывает, что "производственный риск может при известных условиях являться обстоятельством, устраняющим виновность подсудимого"<sup>2</sup>. Обстоятельства данного дела были следующими: в 1944 г. на баркасе "Шеляпугин" во время движения пробило фланец, соединяющий трубопровод с инжектором, подававшим воду. Механик Ларионов, стремясь не допустить нежелательной остановки судна, начал ремонт на ходу, однако

---

<sup>1</sup> Гринберг М.С. Проблемы производственного риска в уголовном праве. М. Госюриздат 1963. С. 8.

<sup>2</sup> Сборник постановлений Пленума и определений коллегий Верховного Суда СССР 1944г. М., 1948. С. 145, 146.

в предполагаемое время не уложился. За это время вода в котле значительно испарилась, и на нем образовалась выпучина, вследствие чего и произошла авария, в которой баркасу были причинены серьезные повреждения.

Верховный Суд СССР, прекратив производство по делу за отсутствием в действиях Ларионова состава преступления, указал, что авария произошла не из-за его преступной халатности, а потому, что он "при ремонте на ходу допустил, по существу, производственный риск"<sup>1</sup>. Таким образом, Верховный Суд СССР фактически принял решение, находящееся в явном противоречии с действовавшим на тот момент законодательством.

Теоретические изыскания по риску возобновились в 50-х, 60-х гг. XX в., когда произошла реформа политической системы. Именно в это время М.С. Гринберг начинает издавать свои первые работы, в том числе "Момент оправданного риска в производственном процессе" 1954 г. Как видно из названия, в то время риск, прежде всего, рассматривался применительно к производственно-хозяйственной сфере. Но, тем не менее, уже тогда ученые предполагали, что риск может быть использован как основание для освобождения от уголовной ответственности.

Кроме М.С. Гринберга, проблемы риска затрагивали такие ученые, как И.И. Слуцкий, который в своей работе "Обстоятельства, исключаящие уголовную ответственность" затрагивал такое обстоятельство, как "оправданный производственный риск"<sup>2</sup>, А.В. Омельченко, который в своей работе "Творческий риск и его государственно-правовая охрана" отмечал, что отказ от риска "...может привести к уклонению от экспериментирования, без которого немислимо дальнейшее техническое развитие социалистического производства. И как следствие, отказ от производственного риска может повлечь ущерб для социалистического

---

<sup>1</sup> Там же

<sup>2</sup> *Слуцкий И.И.* Обстоятельства, исключаящие уголовную ответственность. Л.: ЛГУ, 1956. С. 17, 18.

хозяйства"<sup>1</sup>. Также проблему риска в то время затрагивали такие ученые, как В.А. Ойгензихт, А.А. Пионтковский, М.Д. Шаргородский и другие.

Несмотря на теоретические изыскания, а также бурное развитие науки и техники (освоение атомной энергии, первые шаги в космосе), риск так и не был включен ни в принятые в 1958 г. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик, ни в республиканские УК.

Следующий этап в развитии теории риска начался в перестроечный период (с 1985 г.). В это время менялась экономическая модель развития страны, был дан зелёный свет частному предпринимательству, которое не могло обходиться без риска, именно это и дало толчок развитию теоретических изысканий в сфере риска, результатом которых стало то, что риск появился в разработанной Институтом государства и права СССР "Теоретической модели Уголовного кодекса"<sup>2</sup>. Статья 54 данной модели называлась "Правомерный профессиональный риск".

С момента публикации "Теоретической модели Уголовного кодекса" начинается обсуждение учеными-юристами предложенной там формулировки риска, и в результате с небольшими изменениями данная статья перекочевала в текст "Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик", принятых Верховным Советом СССР 2 июля 1991 г., где она звучала следующим образом:

"(1) Не является преступлением действие, хотя и подпадающее под признаки деяния, предусмотренного уголовным законом, но представляющее собой оправданный профессиональный или хозяйственный риск для достижения общественно полезной цели.

(2) Риск признается оправданным, если совершенное действие соответствует современным научно-техническим знаниям и опыту, а поставленная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями, и лицо,

---

<sup>1</sup> *Омельченко А.И.* Творческий риск и его государственно-правовая охрана. М., 1955. С. 38.

<sup>2</sup> Уголовный закон: опыт теоретического моделирования. М., 1987.

допустившее риск, предприняло все возможные меры для предотвращения вреда правоохраняемым интересам.

(3) Риск не признается оправданным, если он заведомо был сопряжен с угрозой экологической катастрофы, угрозой здоровью или жизни людей".

Однако данные основы так и не вступили в силу в связи с распадом СССР.

Тем не менее, труд ученых не пропал зря, их наработки были использованы при написании Уголовного кодекса Российской Федерации 1996 г., где появилась ст. 41 "Обоснованный риск", её содержание существенно изменилось по сравнению со своими предшественницами, и несмотря на во многом не очень удачную формулировку, она ни разу не редактировалась и остаётся в первоизданном виде по нынешний день.

Итак, что собой представляет риск? Риск - возможность опасности, неудачи; действие наудачу в надежде на счастливый исход<sup>1</sup>. Есть версия, что слово "риск" была позаимствовано из латинского языка, а именно от латинского глагола "rideo", который обозначал "не обращать внимания, ни во что не ставить, пренебрегать"<sup>2</sup>.

Законодатель в ст. 41 УК РФ не дает определение риска, но, проанализировав содержание данной статьи, можно выделить признаки риска и вывести определение риска.

Статья 41 УК РФ гласит:

"1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам при обоснованном риске для достижения общественно полезной цели.

2. Риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием) и лицо, допустившее риск, предприняло достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам.

---

<sup>1</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка М. 1991. С. 678.

<sup>2</sup> Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь. М., 1976. С. 882.

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

В юридической доктрине точки зрения различных ученых на определенность понятия "риск" и содержание этого института можно условно разделить на три направления<sup>1</sup>.

#### 1. Риск как опасность.

Так, А.А. Собчак определяет риск как опасность возникновения неблагоприятных последствий, относительно которых неизвестно: наступят они или нет. Функциональное предназначение этого института он усматривает в объективном ограничении (исключении) юридической ответственности рискующего субъекта<sup>2</sup>.

Б.Н. Мерзин полагает, что риск – это средневозможный неблагоприятный социальный результат<sup>3</sup>.

В.И. Михайлов определяет риск как ситуацию, в которой возможность достижения цели наиболее эффективными действиями связана с опасностью наступления отрицательных последствий охраняемым интересам<sup>4</sup>.

К.Д. Лиховидов полагает, что под риском следует понимать "объективное состояние возникновения опасности причинения вреда, при которой неизвестно, наступит этот вред или нет"<sup>5</sup>.

#### 2. Риск как действие в состоянии опасности.

М.А. Котик полагает, что риск – это действие (поступок), выполняемое в условиях выбора, когда существует опасность в случае неудачи оказаться в худшем положении, чем до выбора (в связи с присутствием в данном

---

<sup>1</sup> *Арямов А.А.* Общая теория риска (юридический, экономический и психологический анализ): Монография. М., 2009. С.14-16.

<sup>2</sup> *Собчак А.А.* О некоторых общих вопросах общей теории правовой ответственности // Изв. вузов. Правоведение. 1968. №3. С. 95

<sup>3</sup> *Мерзин Б.Н.* О юридической природе риска в советском гражданском праве / Гражданское право и способы его защиты. Свердловск, 1974. С.41.

<sup>4</sup> *Михайлов В.И.* Риск в бизнесе // Закон. 2000. №7. С.60.

<sup>5</sup> *Лиховидов К.Д.* Риск как условие дифференциации и объема мер юридической ответственности // Законность. 2001. №12. С.33.

определении оценочных категорий "худшее - лучшее" оно, на наш взгляд, имеет слабые перспективы на прикладное правоприменение<sup>1</sup>).

Более удачной в рамках данного научного направления представляется определение риска, данное В.А. Абчуком: риск - это образ действия в условиях определенности, ведущий в конечном результате к преобладанию успеха над неудачей. Выгодно отличает данное определение акцент на познаваемость, просчитываемость, определенность риска и его позитивная целенаправленность. Иные авторы, употребляя термин "неопределенность" при раскрытии содержания риска, тем самым ставят под сомнение возможность его обоснования. На наш взгляд, более удачным является термин "альтернативность развития ситуации"<sup>2</sup>.

Наглядным примером противоположного подхода является определение риска, предложенное А.Л. Савенком: риск - это деятельность в условиях неопределенности, направленная на выбор варианта поведения в ситуации, когда имеется возможность оценить предполагаемый результат. Если присутствует возможность оценить предполагаемый результат, то ситуация не такая уж неопределенная<sup>3</sup>.

Классик отечественного уголовного права А.А. Пионтковский под рассматриваемым явлением понимал действия лица, которые хотя и могут причинить ущерб, но направлены на достижение существенного положительного результата, который не может быть достигнут при данном уровне развития науки и техники другими средствами<sup>4</sup>.

Представляет интерес своей емкостью определение риска, данное А.В. Иващенко: "целенаправленные действия, совершаемые в условиях

---

<sup>1</sup> Котик М.А. Психология и безопасность. Таллин, 1987. С. 254.

<sup>2</sup> Абчук В.А. Теория риска в морской практике. Л., 1983. С. 45.

<sup>3</sup> Савенок А.Л. Риск: социально-правовые аспекты: Учебное пособие. Минск, 1999. С. 14.

<sup>4</sup> Пионтковский А.А. Уголовный закон в борьбе с отрицательными последствиями научно-технического прогресса // Сов. государство и право. 1972. № 4. С. 37.

неопределенности как возможности причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам"<sup>1</sup>.

К этой же группе можно отнести почти всех ученых, сделавших объектом своего диссертационного исследования риск, выполнивших свои работы после вступления в силу ныне действующего УК РФ 1996 г.

Так, Н.Ш. Козаев считает, что риск - это самостоятельный 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 законам интересам<sup>2</sup>.

А.А. Ильюхов под риском понимает "общественно-полезное деяние в условиях неопределённости, сопровождающееся элементами вынужденности или добровольности, состоящее из объективных и субъективных признаков, направленных на достижение социально-полезных целей и не выходящих за рамки прямых запретов"<sup>3</sup>.

А.Ю. Шурдумов говорит, что риск - это совершенные с общественно полезной целью действия (бездействие), повлекшие причинение вреда правоохраняемым интересам, если поставленная цель не могла быть достигнута другими, не связанными с риском действиями, и лицо приняло все возможные и зависящие от него меры для предотвращения вреда<sup>4</sup>.

С.С. Захарова приводит следующее определение риска - это деяние, осуществляемое в условиях допустимости наступления общественно неблагоприятных последствий в результате деятельности, направленной на

---

<sup>1</sup> *Иващенко А.В.* (Цит. по: *Арямов А.А.* Общая теория риска (юридический, экономический и психологический анализ): Монография. М., 2009. С. 16).

<sup>2</sup> *Козаев Н.Ш.* Указ. соч. С. 148, 149.

<sup>3</sup> *Ильюхов А.А.* Обоснованный риск как обстоятельство, исключаящее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 41.

<sup>4</sup> *Шурдумов А.Ю.* Обоснованный риск как обстоятельство, исключаящее преступность деяния: Дис. ...канд. юрид. наук. М., 2003. С. 7.

получение социально необходимого результата, при условии использования всех средств, предупреждающих эти последствия, и наличии альтернативного варианта поведения и ответственности за причинение вреда охраняемым законом интересам<sup>1</sup>.

А.С. Шумков считает, что риск – это деяние, связанное с нарушением или несоблюдением специальных правил, направленное на достижение общественно полезной цели, не достижимой иными средствами (не сопряженными с нарушением или несоблюдением специальных правил), которое, несмотря на предпринятые лицом в момент допущения риска достаточные меры предосторожности, привело к наступлению вреда охраняемым уголовным законом интересам<sup>2</sup>.

3. Риск как специфическое субъективно психологическое явление, характеризующее сложность выбора в альтернативно развивающейся ситуации. Так, В.Д. Рудашевский определяет его как вероятность ошибки или неуспеха того или иного выбора в ситуации с несколькими альтернативами. В такой ситуации риск нивелирует вину рискующего субъекта и оказывает воздействие на ответственность рискующего субъекта по субъективным обстоятельствам<sup>3</sup>. В.А. Ойгензихт определяет данный феномен как "психическое отношение лица к своей или чужой деятельности, выражающейся в сознательном допущении отрицательных последствий". Согласно данной точке зрения, риск – самостоятельная субъективная категория, сосуществующая параллельно с виной и с ней сложно взаимодействующая<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Захарова С.С. Обоснованный риск в уголовном праве Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 195.

<sup>2</sup> Шумков А.С. Обоснованный риск как обстоятельство, исключаящее преступность деяния: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 142.

<sup>3</sup> Рудашевский В.Д. Риск, конфликт и неопределенность в процессе принятия решения и их моделирование // Вопросы психологии. 1974. № 2. С. 26.

<sup>4</sup> Ойгензихт В.А. Проблемы риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. С. 77.



Рассмотрев данные направления в определении понятия риска, полностью соглашаясь с А.А. Арямовым<sup>1</sup>, можно сделать вывод, что они диалектически едины. "Три концепции понимания риска, как - грозящей опасности, действия под угрозой опасности, как психологического процесса выбора варианта поведения в альтернативно развивающейся ситуации с сознательным допущением неблагоприятных последствий подчиняются диалектике соотношения общего, особенного и частного. Наиболее полное раскрытие содержания института риска возможно лишь в их единстве. Помимо этого, соотношение рассмотренных трех концепций демонстрирует также диалектическое единство субъективного и объективного в деятельности человека: объективное поведение субъекта в объективном внешнем мире приобретает юридическое значение лишь при условии, если оно обусловлено и сопровождается субъективно-психологическими процессами его сознания"<sup>2</sup>.

Через эту призму представляет интерес основанное на симбиозе всех трех концепций определение риска, данное А.П. Альгиным: риск - это деятельность, связанная с преодолением неопределенности в ситуации неизбежного выбора, в процессе которой имеется возможность количественно и качественно оценить вероятность достижения предполагаемого результата, неудачи и отклонения от цели<sup>3</sup>. Также невозможно обойти вниманием определение, которое, основываясь на этих же концепциях, дал В.В. Бабурин: это деятельность, направленная на использование возможности достижения определенного желаемого результата, объективно связанная с созданием угрозы наступления неблагоприятных последствий, совершаемая путем преодоления неопределенности в ситуации необходимого и неизбежного альтернативного выбора, в процессе осуществления которой субъект может количественно и

---

<sup>1</sup> Арямов А.А. Указ. соч. С. 16, 17.

<sup>2</sup> Там же. С. 16.

<sup>3</sup> Альгин А.П. Риск и его роль в общественной жизни. М., 1989. С. 81.

качественно оценить вероятность достижения предполагаемого результата, неудачи или отклонения от цели<sup>1</sup>.

В науке уголовного права нет единства в определении признаков риска, но есть несколько признаков, которые выделяют почти все ученые, это:

- 1 - альтернативность - возможность различного развития рискованной ситуации, в том числе и неудачный исход;
- 2 - осознанное волевое поведение субъекта;
- 3 - направленность на достижение общественно полезной цели – цель, которую ставит перед собой субъект риска, должна быть общественно полезной;
- 4 - расчет рискующего субъекта на благоприятный исход (ненаступление вредных последствий).
- 5 - допустимость – риск должен быть допустим.

Некоторые авторы, перечисляя признаки риска, параллельно употребляют признаки неопределенности или альтернативности. С нашей точки, зрения это неприемлемо, так как по правильному замечанию А.А. Арямова: "альтернативность сама по себе предполагает уже какую-то неопределенность"<sup>2</sup>, но несмотря на это, многие авторы, сделавшие объектом своего исследования риск, продолжают ставить эти признаки в один ряд.

Стоит отметить, что юриспруденция не существует сама по себе, она создана людьми для людей и обслуживает их интересы. Общественные отношения являются первопричиной принятия и изменения законов, а не наоборот. Право закрепляет то, что уже имеет место в объективной действительности. Это же касается гл. 8 УК РФ "Обстоятельства, исключающие преступность деяния", в частности, ст.41 "Обоснованный риск". То, что эта статья появилась только в УК РФ 1996 г., не значит, что до этого риска не существовало. Это означает только то, что проблема квалификации деяний, связанных с риском, обострилась до предела и её уже

---

<sup>1</sup> Бабурин В.В. Понятие и виды риска в уголовном праве. Омск, 2006. С.24.

<sup>2</sup> Там же. С.18.

никак нельзя было обойти (как уже отмечалось в начале параграфа, дискуссия о риске шла давно, но по разным причинам он не был закреплен в законодательстве, но, несмотря на это, имели место оправдательные приговоры судов со ссылкой на "производственный риск"<sup>1</sup>).

Риск сопровождает нашу жизнь в любой сфере, практически любое действие человека связано с риском: если вы ведёте машину - есть риск попасть в аварию, если вы идёте по улице - есть риск споткнуться и упасть, если вы готовите еду - есть риск обжечься, обедая в ресторане - есть риск отравиться и даже, если вы сидите дома и ничего не делаете, то есть риск заболеть. Экономические отношения полностью строятся на рисках (начиная от рисков недружественных захватов и поглощений, заканчивая рисками, возникающими при заключении договоров с контрагентами)<sup>2</sup>. Примеры можно перечислять до бесконечности, важно понять, что человеческая жизнь просто невозможна без риска. Такой же точки зрения придерживается и большинство анкетированных нами судей: 77,2% из них уверены в том, что не существует какой-либо сферы деятельности человека, в принципе не связанной с риском<sup>3</sup>.

Для чего же человек идёт на риск? Бывают ситуации, когда без риска невозможно решить поставленную задачу или на её решение уйдёт несоизмеримо больше времени и средств, чем если пойти на риск. Возьмём простой пример – испытание нового истребителя. Перед полётом машина проходит цикл испытаний на земле, но такие испытания не дают гарантии нормального поведения машины в воздухе, а ведь если истребитель пойдёт в серию, то на нем предстоит не просто летать тысячам летчиков, а выполнять боевые задачи с максимальной нагрузкой на технику. Поэтому летчик-испытатель должен испробовать машину в реальных эксплуатационных

---

<sup>1</sup> Сборник постановлений Пленума и определений коллегий Верховного Суда СССР 1944 г. М., 1948. С. 145, 146.

<sup>2</sup> Трунцевский Ю. В. Правовые риски: понятие и виды. / Актуальные вопросы публичного права. 2014. №4. С.117 - 118.

<sup>3</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

условиях. Не исключено, что во время данных испытаний техника откажет, но ведь именно для этого оно (испытание) и проводится - чтобы выявить слабые стороны конструкции. Во время данных испытаний летчик рискует не только дорогостоящей техникой, но и своей жизнью, и иначе никак нельзя, ведь альтернативой является отказ от производства новой техники в принципе. Весь современный мир с его высокими технологиями построен на риске, иначе человек так никогда и не вышел бы из пещеры и остался бы в каменном веке.

Не каждое социальное явление подлежит правовой регламентации, право не может регламентировать все стороны жизни человека, поэтому необходимо разделять понятие риска как социального явления и как законодательного института. Риск как социальное явление встречается во всех сферах человеческой жизнедеятельности, то есть фактически не существует деятельности, не связанной с риском. Под риском, как социальным явлением, следует понимать возможность наступления неблагоприятных последствий. Риск, как институт законодательства, начинает действовать только в том случае, если в результате рискованного поведения причинен вред охраняемым законом интересам. То есть риск, как социальное явление, приобретает значение для законодательства только в случае причинения вреда. 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 риску, как социальному явлению. В настоящей работе под риском по умолчанию будет пониматься риск, как институт законодательства.

Лицо, идущие на риск, должно осознавать свои действия и предвидеть возможные варианты развития событий, в том числе и неблагоприятные, и принять все возможные меры для предотвращения вероятности наступления

вредных последствий. Только в этом случае субъект может анализировать исходные данные, прогнозировать развитие ситуации и каким-то образом относиться к вероятным неблагоприятным последствиям своей деятельности. Если лицо по неведению, ошибочно полагая закономерность положительного развития событий, приняло участие в деятельности, предполагающей неоднозначные последствия, то говорить о риске нельзя.

Следует признать не совсем удачным такое требование законодателя к рискованному поведению, как обоснованность. Что означает термин "обоснованный"? Согласно Словарю русского языка, термин "обоснованный" обозначает: "Подтвержденный фактами, серьёзными доводами, убедительный"<sup>1</sup>. Не надо быть искушенным филологом, чтобы понять, что серьёзные и убедительные доводы – это оценочная категория, а факты можно трактовать в выгодном для себя свете. Террорист в подпольной оружейной лаборатории может вполне убедительно и с серьёзными доводами, опираясь на факты, обосновывать необходимость своих экспериментов. Даже если взять рискованное поведение добропорядочного гражданина, то к нему сложно применить критерий обоснованности в силу оценочного характера данного критерия. С точки зрения рискующего субъекта его поведение будет являться обоснованным, а с точки зрения другого человека оно может быть необоснованным. Более того, сам субъект рискованного поведения не находится в статическом состоянии, он получает новые знания и опыт. Поэтому если вчера субъекту рискованного поведения риск казался обоснованным, это не значит, что сегодня этот же субъект не решит, что риск является необоснованным. Таким образом, применение в ст. 41 УК РФ такого критерия, как "обоснованность", представляется неудачным.

Проанализировав положения ст. 41 УК РФ, можно сделать вывод, что разумнее в ней вести речь не об обоснованном риске, а о **допустимом** риске. Согласно Словарю русского языка, термин "допустимый" обозначает

---

<sup>1</sup> Ожегов С. И. Словарь русского языка. С. 432.

"возможный, позволительный, разрешенный"<sup>1</sup>. Критерий допустимости более точно выражает природу уголовно-правового института риска. Именно о допустимости или недопустимости риска следует вести речь в ст. 41 УК РФ, так как этот критерий чётко и не допускает двойных толкований. Термин "обоснованный" предполагает наличие процесса обоснования, однако не ясно, 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 ст. 41 УК РФ её содержанию явно не идёт на пользу отечественному законодательству. Замена в ст. 41 УК РФ слова "обоснованный" на слово "допустимый" позволит оживить данную статью, практически не применяемую сегодня на практике (напомним, что никто из анкетированных судей не применял положения данной статьи). Следует обратить внимание на тот факт, что большинство (72%) из анкетированных нами 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

---

<sup>1</sup> Там же. С. 178.

заместителей председателей судов процент поддерживающих данное решение выше, чем среди впервые назначенных судей<sup>1</sup>).

Субъект, принимающий решение в состоянии риска, находится в состоянии неопределенности, у него имеется несколько вариантов развития событий. В вышеприведенном примере про испытание нового истребителя у руководителя полетов есть вариант, что техника откажет, истребитель разобьётся, и пилот может погибнуть, и есть вариант, что испытания пройдут удачно, и машину можно будет запускать в серию. Здесь стоит обратить внимание на вероятность наступления того или иного варианта развития событий. Важно, чтобы вероятность удачного проведения испытаний была максимальна, а вероятность аварии – минимальна. Для этого и проводятся наземные испытания техники. Другая ситуация будет в случае, если наземные испытания не будут проводиться или будут проведены в ненадлежащем количестве, в этом случае не будет соблюдено обязательное условие риска - допустимость, так как лицо, предпринявшее риск, должно согласно ч. 2 ст. 41 предпринять "достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам" и "указанная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием)".

Стоит обратить внимание на неудачную формулировку законодателем ч. 2 ст. 41. Что значит "достаточные меры"? 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 риск приобретает свое уголовно-правовое значение, как обстоятельство, исключаящее преступность деяния, только в случае наступления вредных последствий. Все обстоятельства, предусмотренные гл. 8 УК, начинают действовать только в случае наступления вредных последствий, и ст. 41 "Обоснованный риск" не является исключением. Если никакого вреда не причинено - нет смысла обращаться к нормам УК. Словосочетание же

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

"...предприняло достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам" напроць 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<sup>1</sup>). Решение данной проблемы достаточно просто – надо заменить слово "достаточные" на слово "возможные", тогда статья сможет работать. 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 слово "возможный", согласно Словарю русского языка, означает "...мыслимый, осуществимый, допустимый..."<sup>2</sup>. Данные критерии более точно выражают уровень необходимых мер противодействия неблагоприятным последствиям и при этом не делают статью неприменимой.

Необходимо обратить внимание на то, что цель, которую ставит перед собой рискующий субъект, должна быть общественно полезной. Общественно полезная цель – это результат, стремление к которому безоговорочно одобряется и моралью и правом. К таковым можно отнести, например, спасение жизни людей, научные достижения, значительную прибыль предприятия и т.д.<sup>3</sup> Испытание нового истребителя будет являться общественно полезной целью, так как когда он будет принят на вооружение, состояние защищенности страны повысится. А вот проведение опытов в подпольной наркотической лаборатории для получения нового вида наркотика, в результате которых был причинен вред охраняемым уголовным законом интересам, никак нельзя признать допустимым риском, так как в этом случае цель проведения этих опытов явно не будет являться общественно полезной целью.

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

<sup>2</sup> Ожегов С. И. Словарь русского языка. С. 178.

<sup>3</sup> Уголовное право России: Учебник / Под ред. А.В. Бриллиантова. М., 2011.С. 232.



Нельзя обойти стороной тот факт, что даже если условия правомерности риска соблюдены, то есть случаи, когда риск будет недопустим, эти случаи перечислены в ч. 3 ст. 41: "Риск не признаётся обоснованным, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни многих людей, с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия". В этих случаях лицо предвидит и сознательно допускает возможность гибели многих людей, экологическую катастрофу или общественное бедствие (например, радиоактивное заражение местности, наводнение, обвал, эпидемию и т.д.)<sup>1</sup>.

Совершение преступления при нарушении условий правомерности допустимого риска рассматривается как обстоятельство, смягчающее наказание (п. "ж" ч. 1 ст. 61 УК). Это имеет место, например, когда лицо, допустившее риск, не приняло всех возможных мер для предотвращения вреда охраняемым интересам, хотя и имело такую возможность.

Очевидно, что допустимый риск чаще всего встречается в профессиональной сфере (и имеет особое значение для военнослужащих, чья профессиональная деятельность очень тесно связана с риском), однако законодатель не ограничивает сферу применения риска только профессиональной средой, что подтверждается названием ст. 41 УК РФ "Обоснованный риск", а не "Оправданный профессиональный и хозяйственный риск", как в Основах уголовного законодательства 1991 г. Таким образом, риск в его уголовно-правовом значении может иметь место в различных сферах человеческой деятельности – в науке, технике, медицине, фармакологии, авиации, финансах, производстве, хозяйственной деятельности и т.д.

Необходимо отметить, что понятие "риск" в нормативных актах различной отраслевой принадлежности имеет различное содержание, обусловленное предметом регулирования соответствующей сферы общественных отношений. В каждой из отраслей права понятие риска имеет

---

<sup>1</sup> Комментарий к Уголовному кодексу / Под ред. В. М. Лебедева. М., 2012. С.157.

свои особенности, единого подхода нет. Единственный общий признак, который выделяют исследователи риска в различных отраслях законодательства, – это возможность наступления неблагоприятных последствий. И даже этот признак, в зависимости от отрасли права, требует конкретизации. Как отмечает В.И. Михайлов, "в категорию риска каждая отрасль законодательства вкладывает различное содержание, в качестве объединяющей основы которой выступает лишь возможность наступления неблагоприятных последствий. Поэтому каждая отрасль законодательства вынуждена разрабатывать, образно говоря, свою "теорию риска"<sup>1</sup>.

Так, исходя из ст. 933 ГК РФ, можно утверждать, что предпринимательский риск – это комплексный интерес, включающий в себя все составляющие страховых убытков (реальный ущерб, упущенную выгоду, ответственность); основаниями риска признаются: нарушение обязательств контрагентом и изменение условий деятельности по независящим причинам при условии добросовестного неведения<sup>2</sup>.

Исходя из ст. 944 ГК РФ можно утверждать, что страховой риск – это вероятность наступления страхового случая и размер возможных убытков от его наступления, при условии, что эти обстоятельства не известны и не должны быть известны страховщику.

Согласно ст. 9 Закона РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" страховым риском является предполагаемое событие, на случай наступления которого проводится страхование, обладающие признаками вероятности и случайности его наступления.

Статья 3 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 225-ФЗ "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте" гласит: "Страховым риском является возможность наступления гражданской

---

<sup>1</sup> Михайлов В.И. Риск в бизнесе. Закон. 2000. №7. С.53.

<sup>2</sup> Арямов А.А. Общая теория риска (юридический, экономический и психологический анализ). М., 2009. С.20.

ответственности владельца опасного объекта по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда потерпевшим".

Согласно ст. 3 Федерального закона от 29 ноября 2010 г. № 326-ФЗ "Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации", страховым риском является "предполагаемое событие, при наступлении которого возникает необходимость осуществления расходов на оплату оказываемой застрахованному лицу медицинской помощи".

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 24 июля 1998 г. №125-ФЗ "Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний" профессиональный риск это: "вероятность повреждения (утраты) здоровья или смерти застрахованного, связанная с исполнением им обязанностей по трудовому договору и в иных установленных настоящим Федеральным законом случаях." Аналогичные определения риска содержатся и во многих других законах РФ, а также в международном законодательстве. Но есть серьёзная деталь, которую нельзя игнорировать - если в нормах частного права институт риска служит для упреждающего перераспределения убытков, то в нормах публичного права (административного, уголовного) риск является основанием для освобождения от юридической ответственности.

Как справедливо отмечает А.А. Арямов: "В целом же в системе российского права единый институт риска на сегодняшний день так и не сложился. Мнения отдельных ученых о том, что каждая отрасль права может с учетом собственной специфики автономно определять тот или иной юридический институт, противоречит принципу единства правовой системы государства. 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. Данный феномен является одной из причин "не востребоваемости" института

риска судебной практикой<sup>1</sup>". Полностью соглашаясь с А.А. Арямовым, следует отметить, что юридическая практика не самостоятельна, правоприменитель применяет то, что даёт законодатель. Если внутри института содержатся противоречия, то это настораживает правоприменителя, он старается всеми силами избежать применения данной нормы. То, что проблема риска существует, подтверждается тем, что риск закреплён во многих отраслях законодательства. Однако разное содержание риска в различных отраслях законодательства приводит правоприменителя к путанице, что безусловно служит одной из причин "не востребованности" данного института практикой.

Проанализировав сущность риска, А.А. Арямов даёт ему 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<sup>2</sup>". Полностью соглашаясь с мнением А.А. Арямова, считаем, что данное им определение риска наиболее удачное и универсальное.

Подводя итоги данного параграфа, следует сделать следующие выводы.

1) Первые упоминания риска в отечественном законодательстве появляются в 20-е гг. XX в., в 30-е – 40-е гг. 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-

---

<sup>1</sup> Указ. соч. С. 21.

<sup>2</sup> Там же. С. 24, 25.

правовой доктрине также не сложилось единого мнения по поводу определения понятия "риск".

2) 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 могут предъявляться и особые требования, не свойственные для риска, как социального явления.

3) В статье 41 УК РФ "Обоснованный риск" необходимо вместо слова "обоснованный" использовать слово "допустимый", таким образом привести её к новой редакции: ст. 41 УК РФ "Допустимый риск". Данную точку зрения поддерживает 51,5% анкетированных судей, причем среди председателей и заместителей председателей судов уровень поддержки данного решения достигает 59%.

4) 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.

5) Ссылка в ч. 2 ст. 42 УК РФ на то, что лицо должно предпринять "достаточные меры" для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам, делает неприменимой статью "Обоснованный риск", с чем согласны 58,6% анкетированных нами судей, причем среди

председателей и заместителей председателей судов согласны с данным мнением 65,3%. Поэтому необходимо в ч. 2 ст. 42 УК РФ заменить словосочетание "достаточные меры" на "все возможные меры".

б) Отсутствие единого законодательного определения риска служит причиной невостребованности данного института судебной 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 определение, данное А.А. Арямовым: "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"<sup>1</sup>.

## **§2. Исполнение приказа или распоряжения в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)**

Армия является одним из институтов, без которого невозможно существование государства. Вместе с возникновением первых государств появляются и первые армии. Любая армия основывается на принципе единоначалия, когда нижестоящие чины должны подчиняться приказам вышестоящих, поэтому еще в древнейшие времена появляются проблемы, связанные с исполнением приказа, как обстоятельства, исключаящего ответственность лица, исполнявшего приказ. Однако принцип единоначалия характерен не только для армии, но и для вертикали государственной власти

---

<sup>1</sup> Там же. С. 24, 25.

вообще, особенно это касается государств далекого прошлого, где руководитель государства обычно считался наместником Бога на земле.

Не углубляясь в историю зарубежного законодательства, обратимся к истории законодательства России. Изучая историю государства и права России, можно сделать вывод, что первые законодательные упоминания приказа как обстоятельства, исключая ответственность лица, встречаются в Артикулах воинских Петра I 1715 г. Так, в гл. III "О команде, предпочтении и почитании вышних и нижних офицеров и о послушании рядовых" входил артикул 29, который предписывал: "от всякого непристойного рассуждения об указах, которые от начальника ему даны, весьма воздержаться". Толкование к этому артикулу гласило: "Начальнику подлежит повелевать, а подчиненному послушному быть. Оный имеет в том, что он приказал, оправдаться, а сей ответ дать, как он повеление исполнил"<sup>1</sup>. Согласно этому артикулу выходит, что подчинённый не имеет права обсуждать приказ начальника, он может только отчитаться о том, как он его исполнил, ответственность за содеянное подчинённым будет нести лицо, отдавшее приказ. Однако издревле русские воинские традиции основывались не только на жесткой дисциплине, но и на инициативе подчинённых, поэтому в данном артикуле были предусмотрены исключения из общего правила, Так, артикул 30 гласил: "Есть ли от вышних офицеров указами что повелено будет, а против того кто имеет припомнить нечто, чрез которое он чаёт его величества интересу более вспомощи, или опасаемое какое нещастие и вред отвратить, тогда он должен сие честно своему командиру донести, или когда он время к тому иметь может, мнение свое фелт маршалу или генералу самому с покорностию объявить. Бude его припомнение не за благо изобретено будет, тогда долженствует он то чинить, что ему повелено"<sup>2</sup>. Анализ данного артикула позволяет сделать вывод, что подчинённые наделялись правом высказать своё мнение относительно отданного им

---

<sup>1</sup> Российское законодательство в X - XX вв. М., 1986. Т.4. С. 333, 334.

<sup>2</sup> Там же.

приказа, если они считали, что этот приказ повредит интересам службы либо приведет к другим вредным последствиям. Более того, солдату разрешалось со своим мнением обратиться к генералу или фельдмаршалу, но если начальство решило, что мнение подчинённого ошибочно, то подчинённый обязан был исполнить отданный ему приказ.

Интерес представляет артикул 58, содержащийся в гл. V "О всякой солдатской работе": "Ежели кто из офицеров солдатам, под командою его сущих, что-нибудь прикажет, которое к службе его величества не касается, и службе солдатской непристойно, тогда солдат не должен офицера в том слушать, и имеет сие в военном суде объявить, за сие оный офицер, по состоянию дела, от воинского суда накажется". Толкование к данному артикулу: "Команда офицерская более не распространяется над солдатами, токмо сколько его величества и государства польза требует. А что к его величества службе не касается, то и должность солдатская не требует чинить"<sup>1</sup>. Здесь мы видим законодательное освобождение от ответственности солдата, отказавшегося выполнить незаконный приказ, а к офицеру устанавливается требование, чтобы приказ был отдан по службе, в рамках, установленных законодательством, иначе офицер понесет ответственность перед судом.

Интерес представляет артикул 120, который гласил: "Буде же офицеры и солдаты без всякой причины допустят коменданта прежде времени, и не видя крайней нужды, на аккорд сдаваться, и оному от того не отсоветуют, или в том его не удержат, тогда как офицерам, так и солдатам учинить против 117 артикула. Толкование. Того для в таком случае противление не только допущено, но и повелено таким образом, что если офицеры усмотрят, что комендант без нужды крепость сдать похочет, тогда имеют оные приступя к нему прекословить, и преклонять его к должности. А ежели его от намерения такового уговорить не можно, оного заарестовать, и другого между собою вместо него избрать, и тако всевозможным образом

---

<sup>1</sup> Там же. С. 338.



оную крепость оборонять должны"<sup>1</sup>. Данный артикул предусматривает ответственность для подчиненных, исполнивших незаконный приказ (сдача крепости без крайней нужды), и требует от подчиненных не только неисполнения данного приказа, но и ареста командира, отдавшего этот приказ.

Нельзя обойти вниманием и тот факт, что Артикул воинский предусматривал прямую ответственность для лица, отдавшего незаконный приказ. Так, артикул 160 гласил: "Ежели кто кому прикажет кого смертно убить, оный також яко убийца сам имеет казнён быть смертию, а именно голову ему отсечь"<sup>2</sup>. Нельзя не обратить внимание на то, что смертию каралось не только лицо, отдавшее преступный приказ, но и исполнитель данного приказа. На наш взгляд, в этом артикуле полагалась явная преступность приказа для исполнителя, поэтому предусмотрена столь жесткая мера наказания.

Следующим этапом в развитии законодательства об исполнении приказа стало Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., в нём содержался разд. V "О преступлениях и проступках по службе государственной и общественной", ст. 423 которого устанавливала: "За всякое нарушение обязанности повиноваться своим непосредственным и главным начальникам, как поставленным над ними по закону властям, все состоящие на службе государственной и общественной лица подвергаются определяемым в следующих 424, 425, 426, 427 и 428 статьях, сообразно с родом и степенью их вины, наказаниям и взысканиям"<sup>3</sup>. Как видно из этого положения, сфера действия законодательства об исполнении приказа охватывала не только военную, но и гражданскую службу. Однако были предусмотрены случаи освобождения от ответственности лица, отказавшегося выполнять незаконный приказ. Так, ст. 424 содержала положение: "За явно оказанное в делах службы начальству ослушание, кроме

---

<sup>1</sup> Там же. С. 350.

<sup>2</sup> Там же. С. 358.

<sup>3</sup> Российское законодательство в X - XX вв. Т. 6. С. 283, 284.

случая, если бы начальник потребовал чего-либо противозаконного, виновный приговаривается..."<sup>1</sup>. Более того, предусматривалась ответственность для начальника, отдавшего незаконный приказ: он должен был подвергнуться "...за сие: самой высшей мере определенных за то противозаконное дело наказаний"<sup>2</sup>. Выходит, что отдача незаконного приказа признавалась обстоятельством, отягчающим наказание, лицо, отдавшее незаконный приказ отвечало по верхней планке наказания, предусмотренного за преступление, совершенное подчинённым во исполнение данного преступного приказа. Однако подчинённый не освобождался от ответственности за исполнение заведомо преступного приказа. Так, ст. 403 устанавливала, что подчинённый, исполнивший приказание или желание начальника, зная, что это противоречит закону, подвергается наказанию, однако в меньшем размере по сравнению с приказавшим, так как в силу п. 6 ст. 134 исполнение приказа начальника по общему правилу рассматривалось как смягчающее вину обстоятельство.

В 1869 г. в России выходит Военно-дисциплинарный устав, его положения во многом совпадают с положениями Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., однако появляются и расхождения. Так, ст. 1 гласила: "Воинская дисциплина состоит в строгом и точном соблюдении правил, предписанных военными законами. Поэтому она обязывает точно и беспрекословно исполнять приказания начальства..."<sup>3</sup>. Статья 2 данного Устава гласила: "При беспрекословном исполнении подчинёнными приказаний начальника, он один отвечает за последствия своего приказания, кроме лишь случаев в военных законах именно указанных"<sup>4</sup>. Таким образом, Военно-дисциплинарный устав освобождал от ответственности подчинённых, строго следовавших приказу, за некоторыми исключениями. Эти исключения были предусмотрены ст. 69 данного Устава, которая

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Там же. С. 286.

<sup>3</sup> Устав дисциплинарный. Петроград, 1915. С. 1.

<sup>4</sup> Там же.

предусматривала ответственность подчинённого в случае, если он превысил данное поручение или не мог не видеть его противозаконного характера.

Следующий шаг в развитии законодательства об исполнении приказа был сделан с принятием Уголовного Уложения Российской Империи 1903 г. Данное Уложение содержало в главе "Об условиях вменения и преступности деяния" ст. 44, которая устанавливала: "Не почитается преступным деяние, учинённое во исполнение приказа по службе, данного надлежащей властью, в пределах её ведомства, с соблюдением установленных правил, если приказ не предписывал явно преступного"<sup>1</sup>. Следует отметить чёткость критериев, по которым определяется отсутствие преступности деяния. Приказ должен быть отдан:

- 1) по службе;
- 2) надлежащей властью;
- 3) в пределах компетенции лица, его отдавшего;
- 4) в установленной форме;
- 5) приказ не должен предписывать явно преступного.

Впервые в российском законодательстве были установлены такие чёткие требования к приказу для его признания обстоятельством, исключающим преступность деяния. Более того, данная норма стала настолько большим шагом вперёд, что требования, предусмотренные данной статьёй, сохраняют свою актуальность и в наши дни, спустя более 100 лет.

Уголовное законодательство СССР игнорировало институт исполнения приказа как обстоятельство, исключающее преступность деяния, однако в Особенной части УК РСФСР 1922 г. в ст. 202 предусматривалась ответственность за неисполнение "законно отданного приказа". Все последующие УК РСФСР также содержали статью, устанавливающую ответственность за неисполнение приказа, но не предусматривали исполнение приказа как обстоятельство, исключающее преступность деяния.

---

<sup>1</sup> Российское законодательство в X - XX вв. Т. 9. С. 285.

Однако положения о приказе, как обстоятельстве, исключаящем ответственность лица, встречались в специальном законодательстве СССР. Так, п. 10 положения о службе в Рабоче-крестьянской милиции, утвержденного ЦИК и СНК РСФСР от 15 сентября 1925 г., предусматривал, что работник милиции, получивший преступный приказ, должен, не исполняя его, немедленно доложить о том соответствующему, в порядке подчинённости, вышестоящему начальнику и в надлежащих случаях сообщить о том соответствующему правительственному органу, руководствуясь необходимостью быстро предупредить возможность преступления, то есть данное положение закрепляло обязанность работника милиции не выполнять преступный приказ. Аналогичное положение содержал и дисциплинарный устав Рабоче-крестьянской милиции, утверждённый НКВД 7 июля 1926 г., но данный Устав предусмотрел и другую возможную ситуацию, когда работник милиции хоть и не считает приказ преступным, однако предполагает его несоответствие закону. В данном случае работник милиции был обязан доложить о своих предположениях начальнику, отдавшему незаконный приказ, и при его подтверждении – исполнить его. Это новшество стало большим шагом вперёд в развитии отечественной правовой системы, не знавшей до этого момента процедуры реагирования на непроступный незаконный приказ.

Интерес представляет Временный дисциплинарный устав РККА 1925 г., действовавший вплоть до 1940 г. Согласно этому уставу военнослужащие были обязаны "исполнять все служебные приказы своих начальников, за исключением явно преступных. При точном исполнении подчиненным приказа, отданного по службе начальником, этот последний один отвечает за последствия своего приказа, кроме случаев исполнения преступных приказов, когда вместе с отдавшим такой приказ начальником отвечает и исполнивший его подчиненный" (ст. 5). Таким образом, данный устав предусматривал в качестве обстоятельства, исключаящего преступность деяния, исполнение приказа, однако закрепления в УК эта

норма не нашла. Увы, время диктует свои требования. Руководство СССР понимало, что долго оставаться в стороне от начавшейся в 1939 г. Второй мировой войны не сможет, поэтому Дисциплинарный устав Красной Армии 1940 г., отказавшись от этих положений, в ст. 8 установил: "Приказ командира и начальника — закон для подчиненного. Он должен быть выполнен безоговорочно, точно и в срок. Невыполнение приказа является преступлением и карается судом военного трибунала".

Необходимо обратить внимание на то, что предложения о включении в УК РСФСР исполнения приказа, как обстоятельства, исключающего преступность деяния, озвучивались советскими учеными. Так, в 1987 г. Институтом государства и права СССР была издана "Теоретическая модель уголовного кодекса"<sup>1</sup>, в которой содержалась ст. 54 "Исполнение обязательного приказа". Однако, несмотря на данную работу учёных, в тексте Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик, принятых Верховным Советом СССР 2 июля 1991 г., исполнение приказа, как обстоятельство, исключающие преступность деяния, не встречается.

Следующий этап в развитии отечественного законодательства об исполнении приказа наступил с принятием УК РФ 1996 г., где ст. 42 "Исполнение приказа или распоряжения" гласит:

"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. Лицо, совершившее умышленное преступление во исполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения, несет уголовную ответственность на общих основаниях. Неисполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения исключает уголовную ответственность".

С момента принятия нового УК редакция данной статьи не менялась и этом же виде сохраняется по сегодняшний день.

---

<sup>1</sup> Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования. М., 1987.

Прежде чем перейти к более детальному изучению института исполнения приказа, следует выяснить – что такое приказ? Законодатель в ст. 42 УК РФ не даёт определение приказа. В Словаре русского языка даётся следующее определение приказа: "Обязательное для исполнения официальное распоряжение начальника, того, кто облечен властью"<sup>1</sup>. Это определение слишком размыто и не подходит для правоприменения. Устав внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации в ст. 39 даёт следующее определение приказа: "Приказ - распоряжение командира (начальника), обращенное к подчиненным и требующее обязательного выполнения определенных действий, соблюдения тех или иных правил или устанавливающее какой-либо порядок, положение. Приказ может быть отдан в письменном виде, устно или по техническим средствам связи одному или группе военнослужащих. Приказ, отданный в письменном виде, является основным распорядительным служебным документом (нормативным актом) военного управления, издаваемым на правах единоначалия командиром воинской части. Устные приказы имеют право отдавать подчиненным все командиры (начальники)..."<sup>2</sup>. Данное определение тоже нельзя назвать удачным, потому что приказ может предписывать и бездействие военнослужащего, к тому же понятия "приказ" и "распоряжение" не являются синонимами, о чем подробнее будет сказано ниже. Отсутствие законодательного определения приказа и его неудачное определение, данное в Уставе внутренней службы ВС РФ, побуждает современных российских ученых к поиску нового определения для данного понятия.

В отечественной уголовно-правовой доктрине не сложилось единого мнения по поводу понятия приказа.

Так, В.Я. Григенча считает, что приказ это – основанное на законе или ином нормативном акте требование органа власти либо лица,

---

<sup>1</sup> Ожегов С. И. Словарь русского языка. С. 590.

<sup>2</sup> Устав внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. N 1495, в редакции Указа президента РФ от 14.01.13 №20.

наделенного властными полномочиями, о совершении или несовершении каких-либо действий, обращенное к лицу (лицам), и предписывающее это требование исполнить<sup>1</sup>.

Д.В. Веденин считает, что под приказом следует понимать "основанное на законе или ином нормативном акте обязательное требование обладающего властными полномочиями лица или органа о совершении либо несовершении определенных действий, направленное (обращенное) к лицу (группе лиц)"<sup>2</sup>.

И.Г. Соломоненко под приказом понимает "данное компетентным органом либо лицом, наделенным соответствующими полномочиями, распоряжение другому лицу о совершении какого-либо действия (бездействия)"<sup>3</sup>.

Ю.В. Старостина даёт следующее определение приказу: "акт управления, имеющий юридически властный характер, издаваемый в сфере отношений власти-подчиненности и в рамках компетенции органа управления, либо лица, наделенного специальными полномочиями, которыми предписывается подчиненным по службе, либо отдельным гражданам совершать или воздерживаться от совершения определенных действий"<sup>4</sup>.

А.Ю. Девятко считает, что исполнение приказа – это выполнение юридической обязанности по реализации актов применения права, причиняющее вред охраняемым уголовным законом интересам, но при соблюдении специальных предписаний Уголовного кодекса не содержащее противоправности или виновности, исключающее возможность привлечения к уголовной ответственности и применение мер наказания, а при нарушении

---

<sup>1</sup> Григенча В.Я. Уголовно-правовые проблемы исполнения приказа: Дис.... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1997. С. 131.

<sup>2</sup> Веденин Д.В. Исполнение приказа или распоряжения как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С. 176.

<sup>3</sup> Соломоненко И.Г. Исполнение приказа и его уголовно-правовое значение (в деятельности органов внутренних дел): Дис.... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 131.

<sup>4</sup> Старостина Ю.В. Исполнение приказа или распоряжения как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук. Рязань, 2001. С. 138.

этих предписаний предусматривающее возможность смягчения мер такого наказания<sup>1</sup>.

Интерес представляет определение приказа, данное в своей работе А.А. Арямовым: "Приказ - это основанное на законе или подзаконных актах требование выполнения каких-либо действий, исходящее от лица, наделенного властными полномочиями, адресованное к лицу, обязанному его исполнить"<sup>2</sup>.

Исходя из данных выше разными авторами определений приказа, можно сформировать признаки приказа:

- 1) обязательность - приказ носит обязательный характер для лица, которому он отдан;
- 2) персональность - приказ носит индивидуальную направленность (он должен быть обращен к конкретному лицу или группе лиц);
- 3) формальность - приказ должен быть отдан в соответствующей форме;
- 4) компетентность - приказ должен быть отдан лицом в рамках его компетенции;
- 5) иерархичность - приказ может быть отдан только начальником подчиненному в рамках иерархии;
- 6) служебность - приказ должен быть отдан по службе, в рамках служебных полномочий;
- 7) приказ предписывает совершение определенного деяния (действия или бездействия);
- 8) основанием приказа является определенный нормативный правовой акт.

Некоторые ученые выделяют такой признак приказа, как законность. С ними нельзя согласиться, так как если обязательным признаком приказа является законность, то такого понятия, как "незаконный приказ", не может быть в принципе. Выходит, что любой не соответствующий закону приказ

---

<sup>1</sup> *Девятко А.Ю.* Исполнение приказа или распоряжения военнослужащим как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 159.

<sup>2</sup> *Арямов А.А.* Правомерное причинение вреда. Челябинск, 2004. С. 293.



перестаёт быть приказом, однако данные ученые активно используют понятие "незаконный приказ" в своих работах, тем самым они противоречат самим себе.

Законность является не признаком приказа, а внешним (по отношению к приказу) критерием, относящимся к обязательности исполнения приказа. Лицо, имеющее право отдавать приказы, наделяется этим правом согласно закону. С точки зрения закона будут оценены действия и исполнителя приказа, и лица, отдавшего такой приказ. Закон устанавливает для исполнителя приказа определенные рамки, через которые исполнитель не имеет право переступить. Критерий законности требует отдельного пояснения, так как его аспекты различаются у военных и гражданских. Есть три признака, составляющих законность приказа как критерия обязательности исполнения приказа:

- 1) процедурно-формальный – приказ должен быть отдан в соответствии с определенной процедурой и соответствовать определенной форме;
- 2) абсолютно нормативный – приказ должен соответствовать определенному закону, регулирующему профессиональные отношения в той области, в которой отдан приказ. В деятельности сотрудников полиции это будет Закон "О полиции", в деятельности военных – Законы "О воинской обязанности и военной службе", "О статусе военнослужащих" и т.д.;
- 3) непосредственно нормативный – приказ должен соответствовать нормативным правовым актам, регулирующим конкретные действия лиц в рамках их профессиональной деятельности. Для полицейских это УПК РФ.

Для гражданских обязательными являются все вышеназванные признаки законности приказа, а для военнослужащих обязательным будет являться только процедурно-формальный признак. Следует пояснить, что согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона № 53-ФЗ от 28.03.1998, в редакции от 07.05.2013 "О воинской обязанности и военной службе", военная служба – это "особый вид федеральной государственной службы, исполняемой гражданами, не имеющими гражданства (подданства) иностранного

государства, в Вооруженных Силах Российской Федерации и во внутренних войсках Министерства внутренних дел Российской Федерации (далее – другие войска), в инженерно-технических, дорожно-строительных воинских формированиях при федеральных органах исполнительной власти и в спасательных воинских формированиях федерального органа исполнительной власти, уполномоченного на решение задач в области гражданской обороны (далее – воинские формирования), Службе внешней разведки Российской Федерации, органах Федеральной службы безопасности, органах государственной охраны и федеральном органе обеспечения мобилизационной подготовки органов государственной власти Российской Федерации (далее – органы), воинских подразделениях Федеральной противопожарной службы и создаваемых на военное время специальных формированиях, а гражданами, имеющими гражданство (подданство) иностранного государства, и иностранцами – в Вооруженных Силах Российской Федерации и воинских формированиях." Специфика военной службы предполагает иерархичность и строгую дисциплину, младшие по званию обязаны подчиняться старшим. Подчинённые действуют исходя из презумпции законности отданного им приказа, даже если этот приказ не соответствует какому-либо закону, он не перестаёт от этого быть приказом. Так, ст. 332 УК РФ устанавливает ответственность для военнослужащих, не исполнивших приказ, "**...отданный в установленном порядке...**", не затрагивая обоснованность данной нормы (о чем будет сказано позднее). Следует отметить, что в настоящее время военнослужащий может понести ответственность за неисполнение незаконного приказа, отданного в установленном порядке.

Затрагивая тему законности приказа, нельзя обойти стороной тот факт, что у субъекта исполнения приказа может быть два уровня понимания незаконности приказа:

- субъект сомневается в законности приказа;
- субъект уверен в незаконности приказа.

Здесь прослеживается очередное различие между военными и гражданскими специалистами. Гражданские в обоих случаях могут предпринять определенные меры реагирования. Так, если гражданское лицо сомневается в законности отданного ему приказа, оно может обратиться к начальнику с просьбой разъяснить приказ, попросить начальника отдать приказ в письменной форме, обратиться к вышестоящему начальнику с просьбой подтвердить приказ. Если гражданский специалист уверен в незаконности приказа, то он обязан его проигнорировать и сообщить об отданном ему приказе выше по инстанции.

У военных ситуация иная. Если военный сомневается в законности полученного приказа, то он все равно обязан его исполнить и только после исполнения военнослужащий получает право обжаловать полученный приказ (ст. 43 Устава внутренней службы ВС РФ). Интерес представляет ситуация, если военнослужащий уверен в незаконности приказа. Касательно данной ситуации в уголовном праве существуют две доктрины: "пассивного послушания" и "умных штыков". Доктрина "пассивного послушания" предполагает полное безоговорочное подчинение солдата командиру, ответственность за все действия солдата ложатся на командира. В этом случае военный обязан исполнить заведомо незаконный приказ. Этой доктрины придерживается Устав внутренней службы ВС РФ. Доктрина "умных штыков" предполагает оценку солдатом полученного приказа, подчиненный не освобождается от ответственности за исполнение незаконного приказа. В этом случае подчиненный обязан отказаться от исполнения заведомо преступного приказа. Подробнее об этих доктринах будет сказано в дальнейшем в данном параграфе. Нельзя обойти вниманием и тот факт, что у военных за неисполнение приказа предусмотрена уголовная ответственность (ст. 332 УК РФ). Это в очередной раз показывает, какое важное значение придается приказу на военной службе, и подчеркивает отличие военной службы от гражданской.

Возвращаясь к определениям приказа, данным различными учеными, стоит отметить, что все они обладают определенными плюсами, однако у них всех есть определенные недостатки. Определения, данные В.Я. Григенчей и Д.В. Ведениным, неполны и не учитывают всех признаков приказа. И.Г. Соломоненко ошибочно смешивает понятия "приказ" и "распоряжение", кроме того, его определение неполно и не учитывает всех признаков приказа. А.Ю. Девятко рассматривает исполнение приказа только через призму причинения вреда, его определение слишком узко и не даёт представления о том, что собой представляет приказ. Определение приказа, данное А.А. Арямовым, не учитывает возможности совершения бездействия во исполнение приказа. Ю.В. Старостина даёт в целом удачное определение приказа, однако указание на то, что орган управления или лицо, наделенное специальными полномочиями, может предписывать совершение определенных действий или бездействий отдельным гражданам (а не только лицам, подчиненным по службе), смешивает понятия "приказ" и "распоряжение", а также не учитывает важность обстановки, в которой был отдан приказ (подробнее об этом будет сказано далее в данном параграфе). В связи с вышеизложенным, представляется возможным дать следующее 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)". Данное определение можно было бы закрепить в Федеральном законе от 28.03.1998 "О воинской обязанности и военной службе" и использовать как бланкетную норму для УК РФ.

Как было сказано выше, юриспруденция не существует отдельно от общества, она создана людьми и для людей. Сложившиеся традиции, правила и нормы поведения в обществе трансформируются в соответствующие

законы, а не наоборот. Поэтому стоит очень внимательно отнестись к институту исполнения приказа, ведь человечество еще не достигло такой стадии развития, чтобы бесконфликтно решать возникающее противоречия. Нашу планету сотрясали, сотрясают и будут сотрясать непрекращающиеся войны, в рамках которых отдаётся бесчисленное количество законных и незаконных приказов. В качестве примера сложности (в том числе и в плане применения законодательства о приказе) современных вооруженных конфликтов можно привести современную ситуацию в Сирии. Интересный анализ данной ситуации в своей статье "Невиданный враг" дал аналитик, специалист по Ближнему Востоку Анатолий "Эль-Мюрид"<sup>1</sup>. Данная статья ставит вопрос о целесообразности соблюдения норм права в рамках ассиметричной войны. Не затрагивая этот вопрос в данной работе, следует обратить внимание на то, что в таких условиях часто возникает ситуация отдачи незаконных и преступных приказов. Однако принцип единоначалия требует исполнения приказов, поэтому подчинённый, исполняющий приказы начальника, нуждается в правовой защите. Командир, отдающий незаконный приказ в условиях ассиметричной войны, может исходить из целесообразности выполнения поставленной задачи (даже противоправными средствами), тем более что международное законодательство предусматривает возможность нанесения мирному населению определенного ущерба, соизмеримого с конкретным и непосредственно ожидаемым общим военным превосходством (подпункт iv пункта b части 2 статьи 8 Римского Статута Международного Уголовного Суда), но подчиненный, получивший подобный приказ, может считать его явно незаконным, и, в условиях действия доктрины "умных штыков", необязательным к исполнению. Таким образом, в условиях ассиметричных войн особенно острым становится вопрос правомерности полученного приказа. Учитывая изложенное, становится актуальным вопрос об эффективности доктрины "умных

---

<sup>1</sup> <http://vz.ru/opinions/2012/12/27/613948.html>

штыков", о чем подробнее будет сказано далее в данном параграфе.

Следует обратить внимание на то, что законодатель в ст. 41 УК РФ предусмотрел освобождение от уголовной ответственности лица, исполнившего обязательный для него приказ **или** распоряжение. Однако законодатель не даёт определения ни приказу, ни распоряжению. Согласно Словарю русского языка С.И. Ожегова, распоряжение означает "приказ, постановление"<sup>1</sup>.

Большинство ученых, сделавших объектом своего исследования (после выхода в свет УК РФ 1996 г.) институт исполнения приказа или распоряжения, также считают данные понятия синонимами.

Так, В.Я. Григенча в своей диссертации предлагает ограничиться термином "приказ", разъяснив в соответствующем постановлении Пленума Верховного Суда РФ, что под приказом понимаются и иные акты управления<sup>2</sup>.

Д.В. Веденин, соглашаясь с мнением В.Я. Григенчи, считает, что "под приказом или распоряжением в ст. 42 УК РФ понимаются все различные по названию требования, объединенные одной общей чертой – основанной на законе или ином нормативном акте обязательностью для исполнения". Однако он считает нецелесообразным исключение из текста закона слова "распоряжение" в связи с тем, что "текст закона должен быть по возможности максимально ясен для лица, не имеющего специального образования. Не секрет, что термин "приказ" у большинства граждан ассоциируется в первую очередь с военной или иной сходной службой, и поэтому дополнительное использование термина "распоряжение" может помочь снять возможные сомнения относительно сферы действия положений ст. 42 УК РФ"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка. С. 660.

<sup>2</sup> Григенча В.Я. Уголовно-правовые проблемы исполнения приказа: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1997. С. 9.

<sup>3</sup> Веденин Д.В. Указ. соч. С. 82, 83.

И.Г. Соломоненко ставит знак равенства между приказом и распоряжением, дав следующее определение приказу: "данное компетентным органом либо лицом, наделенным соответствующими полномочиями, **распоряжение** другому лицу о совершении какого-либо действия (бездействия)"<sup>1</sup>.

Ю.В. Старостина, как и вышеперечисленные ученые (ссылаясь на них), считает, что понятия "приказ" и "распоряжение" являются синонимами<sup>2</sup>.

А.Ю. Девятко разделяет данные понятия, в своей работе он пишет: "...это хотя и однородные, но не тождественные между собой понятия, являющиеся разновидностями актов применения права. Разграничение их происходит по двум критериям: сфере их применения и характеру содержащихся в них властных требований... В первом случае такая обязанность вытекает из служебного характера взаимоотношений между начальником и его подчиненным... Во втором же случае лицо, обязанное исполнить полученный акт применения права, не находится в служебной или профессиональной зависимости от лица, его отдавшего..."<sup>3</sup>.

Автору данного диссертационного исследования представляется более обоснованной точка зрения А.Ю. Девятко. Действительно, и приказ командира в армии, и распоряжение сотрудника полиции гражданину будут являться обязательными для исполнения. Однако гражданин не находится в служебной или профессиональной зависимости от полицейского, в отличие от самого полицейского, который находится в непосредственном подчинении своему начальнику и должен выполнять его приказы.

Сам законодатель в ст. 42 УК РФ не ставит знак равенства между понятиями "приказ" и "распоряжение", так как между двумя этими понятиями им поставлен союз "или". Более того, ст. 332 УК РФ предусматривает ответственность только за неисполнение приказа, понятие "распоряжение" в данной статье не упоминается, что лишний раз

<sup>1</sup> Соломоненко И.Г. Указ. соч. С. 131.

<sup>2</sup> Старостина Ю.В. Указ. соч. С. 37 - 39.

<sup>3</sup> Девятко А.Ю. Указ. соч. С. 22.

подтверждает умышленную дифференциацию данных понятий законодателем.

Таким образом, соглашаясь с А.Ю. Девятко, можно сделать вывод, что приказ и распоряжение являются однородными, но не тождественными между собой понятиями, которые различаются сферой их применения, характеру содержащихся в них властных требований. Для военнослужащих различие будет проходить еще по уровню ответственности за их неисполнение. Распоряжение характеризуется теми же признаками, что и приказ, за исключением иерархичности и служебности, а также обладает очень сходными условиями правомерности. Именно поэтому, несмотря на различие данных понятий, представляется нецелесообразным создание отдельной статьи "исполнение распоряжения". Исходя из вышеизложенного, распоряжением является 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).

Особое внимание следует уделить законности приказа или распоряжения. Соглашаясь с мнением Д.В. Веденина, сделаем вывод, что все приказы и распоряжения делятся на законные и незаконные, незаконные приказы и распоряжения в свою очередь могут быть преступными и не преступными<sup>1</sup>.

Незаконными приказ или распоряжение будут в том случае, если отсутствует хотя бы один из признаков, характеризующих данные понятия. Преступным приказ или распоряжение будут признаваться в том случае, если они предписывают совершение преступного деяния.

Следует отметить, что в сферу действия уголовного права попадают только те приказы или распоряжения, в результате исполнения которых был

---

<sup>1</sup> Веденин Д.В. Указ. соч. С.82, 83.



причинен вред объектам уголовно-правовой охраны. В связи с этим представляется несколько возможных вариантов развития событий.

1) Вред причиняется при исполнении законного приказа или распоряжения. В этом случае исполнитель освобождается от ответственности за совершенное деяние. Действия лица, отдавшего данный приказ или распоряжение, подлежат отдельной оценке (либо по правилам гл. 8 УК, либо как преступление с неосторожной формой вины).

2) Вред причиняется при исполнении незаконного приказа или распоряжения. В таком случае лицо, отдавшее приказ или распоряжение, будет нести ответственность за неосторожное преступление. Исполнитель освобождается от ответственности. Здесь необходимо обратить внимание на тот факт, что ч. 2 ст. 42 УК РФ предусматривает ответственность для исполнителя приказа или распоряжения только в случае совершения **умышленного** преступления. При исполнении незаконного непроступного приказа или распоряжения речи об умышленном преступлении быть не может.

3) Вред причиняется при исполнении преступного приказа или распоряжения:

а) лицо, отдавшее преступный приказ или распоряжение, будет нести ответственность за умышленное преступление, исполнитель (если не осознавал преступность совершаемых им действий) освобождается от ответственности;

б) и лицо, отдавшее преступный приказ или распоряжение, и исполнитель (в случае, если осознавал преступность совершаемых им действий) несут ответственность за умышленное преступление.

Необходимо отметить, что относительно исполнения приказа в теории уголовного права существуют две доктрины – "пассивного послушания" и "умных штыков".

Доктрина "пассивного послушания" предполагает, что подчиненный должен исполнить любой приказ командира без обсуждения и обдумывания

на предмет законности, ответственность за совершенные подчиненным действия полностью лежит на командире. Плюсы данной доктрины в том, что в боевой обстановке значительно экономится время, подчиненный не имеет права обсуждать приказ командира, но и не несет ответственности за свои действия, совершенные во исполнение приказа. Минусы этой доктрины в том, что командир может отдать **любой** приказ подчиненному, и тот обязан его исполнить, даже в том случае, если подчиненный прекрасно понимает незаконность отданного ему приказа. Подчиненный полностью зависит от командира и становится просто орудием в достижении поставленной цели. Применение этой доктрины привело бы к тому, что пришлось бы освобождать от ответственности многих нацистских преступников, так как они во время Нюрнбергского процесса постоянно ссылались на то, что исполняли приказ.

Доктрина "умных штыков" предполагает, что подчиненный, получивший приказ, должен обдумать его на предмет соответствия закону. В случае несоответствия приказа закону подчиненный должен отказаться его исполнять. По этой доктрине подчиненный не освобождается от ответственности в случае исполнения незаконного приказа. Плюсы данной доктрины в том, что усиливается гарантия исполнения закона, подчиненный не выступает слепым орудием своего командира. Минусы данной доктрины в том, что обсуждение приказа в боевой обстановке может повлечь поражение в бою.

Кроме того, следует согласиться со справедливыми замечаниями В.П. Зимина, высказанными им в своей статье "Правомерное неисполнение приказа: доктрина "умных штыков": "При практическом применении рассматриваемой доктрины возникает ряд проблем, связанных в первую очередь с оценкой законности отданного приказа. Юридическая оценка какого-либо нормативного правового или правоприменительного акта — процесс мыслительный, субъективный по характеру, и его результаты во многом зависят от уровня общего развития и правосознания (а

следовательно, и от юридической подготовки) исполнителя, его способности правильно истолковать этот акт и соотнести его содержание с действующими правоположениями"<sup>1</sup>. Это справедливое замечание нельзя не учитывать. Требование юридической оценки субъектом какого-либо нормативного акта делает применение учения "умных штыков" крайне затруднительным. Представляется целесообразным далее рассмотреть недостатки доктрины "умных штыков" через анализ некоторых положений обозначенной выше статьи указанного автора.

Как же тогда с юридической точки зрения оценить законность приказа, отданного субъекту причинения вреда? В своей статье В.П. Зимин пишет, что правильным следует признать законодательное установление, что незаконность приказа должна быть *явной*. Но возникает вопрос: незаконность приказа должна быть явной для данного исполнителя, для любого сотрудника определенной категории в государственной структуре, к которой он принадлежит (Вооруженные Силы, органы внутренних дел, госбезопасности, прокуратуры и др.), или вообще для среднего разумного гражданина? Этот вопрос предлагается решить с помощью ориентирования на уровень правосознания сотрудников конкретной властной структуры, в которой отдан приказ, с его точки зрения ответственности подлежит тот, кто сознавал или должен был сознавать незаконность исполненного им приказа<sup>2</sup>. Здесь нельзя не согласиться с автором. Действительно, незаконность приказа может осознаваться офицером, имеющим соответствующее образование, но может не осознаваться рядовым, который такого образования не имеет, это следует учитывать при квалификации действия лица, исполнившего приказ. Однако здесь стоит отметить, что даже в одной организации лица, находящиеся на одинаковых должностях, могут обладать разным уровнем правосознания, поэтому понятие "уровень правосознания сотрудников

---

<sup>1</sup> Зимин В.П. Правомерное неисполнение приказа: доктрина "умных штыков" // Правоведение. 1993. № 2. С. 43.

<sup>2</sup> Там же.

конкретной властной структуры" весьма абстрактно. Следовательно, это положение сложно применимо на практике.

Нельзя обойти вниманием еще одну проблему доктрины "умных штыков": исполнитель должен оценивать законность требований лишь поступившего ему приказа или ему следует анализировать на предмет законности и документы (включая нормативно-правовые), на основании которых издан этот приказ? По правильному замечанию В.П. Зимина, "...это может быть длинная цепочка актов, в том числе законодательных, восходящих к Конституции. Не обязан ли исполнитель при таком анализе исходить из презумпции законности нормативных правовых актов, пока иное не будет установлено уполномоченными на то органами, например, в порядке ведомственного либо вневедомственного надзора или контроля (прокурорского, судебного, конституционного)?"<sup>1</sup> Действительно, логично предположить, что лицо должно исходить из презумпции законности нормативных актов, на основании которых оно действует. Но стоит учитывать, что правовая система государства не может быть идеальной, всегда есть правовые коллизии и пробелы в праве. Так, Устав внутренней службы ВС РФ в ст. 43 предусматривает, что "Приказ командира (начальника) должен быть выполнен **беспрекословно**, точно и в срок. Военнослужащий, получив приказ, отвечает: "Есть" – и затем выполняет его...Выполнив приказ, военнослужащий, несогласный с приказом, может его обжаловать"<sup>2</sup>. Таким образом, подчиненный обязан исполнить незаконный приказ командира, ведь солдат исходит из презумпции законности Устава.

Стоит отметить, что, подводя итоги, В.П. Зимин в своей статье предлагает создать процедуру оспаривания исполнителем незаконного приказа, которая "...должна представлять собой относительно протяженный во времени и разбитый на определенные стадии *процесс* разрешения конфликтной ситуации...". Обращает на себя внимание тот факт, что

---

<sup>1</sup> Там же. С. 44.

<sup>2</sup> Устав внутренней службы ВС РФ в ред. Указа Президента РФ от 14.01.2013 №20.

предлагается **протяженный** по времени процесс оспаривания незаконного приказа, в то время как в боевой обстановке счет идет на секунды и ни о каком длительном оспаривании отданного приказа не может быть и речи, поэтому это предложение представляется достаточно спорным.

Несмотря на недостатки доктрины "умных штыков", большинство современных ученых (В.Я. Григенча<sup>1</sup>, Д.В. Веденин<sup>2</sup>, И.Г. Соломоненко<sup>3</sup>, Ю.В. Старостина<sup>4</sup>, А.Ю. Девятко<sup>5</sup>), сделавших предметом своего исследования исполнение приказа или распоряжения, поддерживают данное учение. Действительно, доктрина "умных штыков" представляется более привлекательной на фоне доктрины "пассивного послушания", однако минусы доктрины "умных штыков" достаточно существенны, чтобы не обращать на них внимания, что понимал и отечественный законодатель в советское время.

В отечественной истории очень четко заметен переход законодателя от "умных штыков" к "пассивному послушанию". Так, во временном дисциплинарном уставе РККА 1925 г., действовавшем вплоть до 1940 г., предусматривалось, что военнослужащие были обязаны "исполнять все служебные приказы своих начальников, за исключением явно преступных. При точном исполнении подчиненным приказа, отданного по службе начальником, этот последний один отвечает за последствия своего приказа, кроме случаев исполнения преступных приказов, когда вместе с отдавшим такой приказ начальником отвечает и исполнивший его подчиненный" (ст. 5)<sup>6</sup>. Однако начавшаяся в 1939 г. Вторая мировая война привела к принятию нового Дисциплинарного устава Красной Армии 1940 г., который в ст. 8 установил: "Приказ командира и начальника – закон для подчиненного. Он должен быть выполнен безоговорочно, точно и в срок.

---

<sup>1</sup> Григенча В.Я. Указ. соч. С. 64, 65.

<sup>2</sup> Веденин Д.В. Указ. соч. С. 157.

<sup>3</sup> Соломоненко И.Г. Указ. соч. С. 51, 52.

<sup>4</sup> Старостина Ю.В. Указ. соч. С. 2, 24.

<sup>5</sup> Девятко А.Ю. Указ. соч. С. 123, 124.

<sup>6</sup> СУ РСФСР. 1925. №68.

Невыполнение приказа является преступлением и карается судом военного трибунала". Таким образом, законодатель сделал вывод, что доктрина "умных штыков" не подходит для условий ведения боевых действий.

В современном законодательстве РФ не выработано единого подхода к вопросу ответственности военнослужащего за вред, причиненный во исполнение приказа. Так, современный УК в гл. 8 находится ближе к учению "умных штыков". Это подтверждается ч. 2 ст. 42 УК РФ, в которой сказано, что лицо, совершившее умышленное преступление во исполнение незаконных приказа или распоряжения, несет уголовную ответственность на общих основаниях. Однако уже в ст. 332 УК предусматривается ответственность за неисполнение приказа, **отданного в установленном порядке** (без всяких ссылок на его законность), то есть в гл. 33 УК РФ придерживается учения пассивного послушания. Таким образом, в УК РФ обнаруживается правовая коллизия по данному вопросу. Интерес представляет ст. 43 Устава внутренней службы ВС РФ, которая предусматривает, что "Приказ командира (начальника) должен быть выполнен **беспрекословно**, точно и в срок. Военнослужащий, получив приказ, отвечает: "Есть" – и затем выполняет его...Выполнив приказ, военнослужащий, несогласный с приказом, может его обжаловать"<sup>1</sup>. Таким образом, Устав внутренней службы ВС РФ придерживается учения "пассивного послушания". Несмотря на то, что УК по иерархии правовых актов находится выше Устава внутренней службы, это не отменяет того факта, что военнослужащие руководствуются в своей повседневной деятельности Уставом, а про существование ст. 42 в УК РФ они могут и не знать. Возможно, что именно из-за таких законодательных противоречий ст. 42 УК РФ является фактически неиспользуемой (следует напомнить, что никто из анкетированных в рамках данного исследования судей никогда не применял положения ст. 42 УК РФ). Сложившаяся ситуация явно не идет на пользу боеготовности армии.

---

<sup>1</sup> Устав внутренней службы ВС РФ в ред. Указа Президента РФ от 14.01.2013 №20.

Существующее противоречие продиктовано тем, что обе обозначенные выше доктрины имеют свои плюсы и минусы. В целях устранения данной проблемы, а также дальнейшего совершенствования законодательства, автор данного диссертационного исследования предполагает, что возможен синтез данных учений. Так, в условиях боевых действий должна действовать доктрина "пассивного послушания". Это обусловлено тем, что даже секундное промедление в современном бою может грозить поражением. В таких условиях у солдата может просто не быть возможности обдумать законность полученного приказа. С тем, что у подчиненного в условиях боевых действий нет возможности обдумать законность полученного приказа, согласны 37,5% анкетированных нами судей, еще 56,5% отмечают, что всё зависит от конкретной ситуации<sup>1</sup>. Учитывая экстремальность ситуации боя, когда жизни солдата и/или его подразделения угрожает опасность, и то, что промедление в принятии решения в таком случае недопустимо, у солдата не должно быть возможности обсуждать приказ. В подобной ситуации подчиненный должен исполнить любой приказ командира. С этим мнением согласны 70,2% анкетированных нами судей, причем среди председателей и заместителей председателей судов доля согласных с данным мнением достигает 76,8%<sup>2</sup>. Следует отметить, что здесь имеется ввиду именно ситуация участия в бою, когда лицо субъективно уверено, что его жизни и/или жизни других лиц грозит реальная опасность, а не действия лица в условиях военного положения вообще (также сюда можно добавить другие ситуации, когда промедление недопустимо). Также стоит учитывать, что речь идет именно о тех приказах, которые охватываются профессиональными функциями военнослужащего, то есть если сапёру в боевых условиях приказали взорвать мост, на котором находились гражданские, то он должен быть освобожден от ответственности, так как в его профессиональные функции входит

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

<sup>2</sup> Там же.

уничтожение мостов, переправ и т.д., а вот действия командира будут подлежать отдельной оценке. Иная ситуация будет, если в условиях боевых действий солдату прикажут совершить изнасилование. Изнасилование не входит в профессиональные функции военнослужащего, поэтому в таком случае солдат должен нести ответственность на общих основаниях. В условиях отсутствия боевого соприкосновения с противником должна действовать доктрина "умных штыков", она обеспечивает дополнительные гарантии исполнения закона. Необходимо законодательно провести дифференциацию данных доктрин и обозначить условия применения той или иной доктрины. Стоит отметить, что дифференциация условий применения данных доктрин должна проходить с учетом реальной возможности исполнителя без ущерба обдумать отданный ему приказ. Так, в условиях непосредственного огневого контакта с противником это сделать невозможно, но в условиях отсутствия боевого соприкосновения с противником это сделать возможно. Несмотря на то, что в современных вооруженных конфликтах участие в бою может быть опосредованным (беспилотная авиация, радиоэлектронная борьба, РВСН), все равно, если жизни других подразделений, отдельных военнослужащих, гражданских лиц грозит реальная опасность, то такая ситуация требует от военнослужащих, опосредованно участвующих в бою, немедленных решений. В подобной ситуации каждая упущенная секунда может грозить поражением, именно поэтому нововведения в ст. 42 УК РФ должны касаться и данной категории военнослужащих тоже, что можно еще отдельно подчеркнуть в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.12 №19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление".

В целях синтеза двух выше обозначенных доктрин в законодательство необходимо внести некоторые изменения. Так, в отечественном законодательстве можно использовать опыт Нюрнбергского процесса, один из принципов которого гласил: "Исполнение приказа



правительства или начальника не освобождает от ответственности...если фактически был возможен сознательный выбор"<sup>1</sup>. Эту формулировку можно использовать параллельно со ссылкой на ненаказуемость за причинение вреда во исполнение приказа, отданного в боевой обстановке. Несмотря на то, что в случае добавления ссылки на возможность сознательного выбора в ст. 42 УК РФ, она (ст. 42 УК РФ) станет во многом дублировать положения ст. 40 УК РФ "Физическое или психическое принуждение", включение в текст ст. 42 УК РФ подобной формулировки следует признать целесообразным. Так, ч. 1 ст. 40 УК РФ "Физическое или психическое принуждение" копирует положения ст. 28 УК РФ "Невиновное причинение вреда", а ч. 2 ст. 40 УК РФ является частным случаем крайней необходимости (ст. 39 УК РФ), то есть законодатель в ст. 40 УК РФ продублировал положения других статей УК РФ. Это было сделано для того, чтобы избежать ошибок при правоприменении. Согласно ст. 15 Конституции РФ, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются частью её правовой системы. Как было отмечено выше, один из принципов Нюрнбергского процесса гласит, что исполнение приказа правительства или начальника не освобождает подчиненного от ответственности, если фактически был возможен сознательный выбор. Данный принцип не нашел своего отражения в ст. 42 УК РФ, но сходное с этим принципом содержание имеет ст. 40 УК РФ. Учитывая, что дублирование правовых норм во избежание ошибок при правоприменении в отечественном законодательстве является сложившейся практикой, добавление в ст. 42 УК РФ ссылки на возможность сознательного выбора пойдёт на пользу указанной статье. При этом стоит учитывать различия понятий "приказ" и "распоряжение". Представляется очевидным, что в бою должны участвовать именно военнослужащие, это не исключает возможности нахождения в зоне боевых

---

<sup>1</sup> Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма / Под ред. И.А. Ледях и И.И. Лукашука. М., 1995. С. 113.

действий гражданских лиц, однако гражданские лица не подчиняются приказам военных и поэтому не могут нести ответственность за их неисполнение. Лицо нельзя освобождать от ответственности за выполнение заведомо преступного распоряжения в боевых условиях. Это обусловлено тем, что предлагаемая в данной работе синтезированная доктрина (совмещение доктрин "пассивного послушания" и "умных штыков") не предусматривает правовую обязанность полного подчинения в боевых условиях лицом, исполняющим распоряжение. Эта доктрина касается только лиц, исполняющих приказ. Поэтому для лиц, исполняющих распоряжение, будет достаточно законодательного установления о возможности сознательного выбора. Несмотря на то, что в некоторых случаях нормы международного права признают правомерность вреда, причиненного во время войны для получения военного превосходства (в качестве примера можно привести подпункт iv пункта b части 2 статьи 8 Римского Статута Международного Уголовного Суда, гласящий, что военным преступлением признаётся "умышленное совершение нападения, когда известно, что такое нападение явится причиной случайной гибели или увечья гражданских лиц или ущерба гражданским объектам или обширного, долгосрочного и серьезного ущерба окружающей природной среде, который будет явно **несоизмерим с конкретным и непосредственно ожидаемым общим военным превосходством**"<sup>1</sup>), есть случаи, когда деяние лица будет признано военным преступлением даже в случае исполнения им приказа. Так, ст. 33 Римского Статута Международного Уголовного Суда предусматривает, что лицо освобождается от ответственности в случае, если полученный им приказ не являлся явно незаконным, при этом приказы о совершении преступлений геноцида и преступлений против человечности в любом случае признаются явно незаконными.

---

<sup>1</sup> Римский Статут Международного Уголовного Суда 17.07.1998 г. // СПС "КонсультантПлюс"

Думается, что подобный опыт необходимо учитывать при формировании новых положений в отечественном уголовном законодательстве. Однако для того, чтобы не ограничиваться гл. 34 УК РФ "Преступления против мира и безопасности человечества", необходимо предусмотреть, что приказ, полученный в боевой обстановке, должен быть выполнен безоговорочно, точно и в срок (формулировка ст. 43 Устава внутренней службы ВС РФ) только в том случае, если он соответствует профессиональным функциям военнослужащего. Имеется в виду, что в случае, если приказ не соответствует профессиональным функциям военнослужащего, то последний может возразить командиру (обжаловать его решение), выполнить приказ только в части, касающейся профессиональных функций военнослужащего. Стоит отметить, что в эту формулировку входят и ситуации, когда военнослужащий выходит за рамки своей компетенции и полномочий для того, чтобы выполнить задачу, находящуюся в компетенции и входящую в обязанности другого военнослужащего. Например, солдату-стрелку будет приказано занять место погибшего наводчика-оператора БМП, исполняя обязанности которого солдат причинит вред. То есть речь идёт не о профессиональных функциях только конкретного военнослужащего, а о профессиональных функциях военнослужащих вообще. Во избежание другой трактовки это замечание целесообразно закрепить в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.12 № 19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление". Подобная формулировка поможет избежать бесконтрольного причинения вреда во исполнение приказа в боевой обстановке, при этом сохраняются плюсы доктрины пассивного послушания, выраженные в том, что военнослужащий все равно остаётся обязанным в боевой обстановке исполнить любой приказ командира, если он касается профессиональных функций военнослужащего.

Несмотря на то, что гл. 8 УК РФ в принципе и ст. 42 УК РФ, в частности, применяются не только к военнослужащим, представляется

целесообразным предусмотреть в новом проекте данной статьи отдельный пункт именно для военнослужащих. Это обусловлено спецификой военной службы, в частности, тем, что военнослужащие – единственные, кто несет уголовную ответственность за неисполнение приказа. Столь высокая мера ответственности должна быть уравновешена возможностью освобождения от данной ответственности.

Таким образом, ч. 2 ст. 42 "Исполнение приказа или распоряжения" необходимо привести к следующей редакции:

"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".

Данные изменения позволят "оживить" фактически неиспользуемую ст. 42 УК РФ (по результатам опроса 35 судей военных судов, ни один из них не помнит в своей практике случаев применения данной статьи).

Статью 332 УК РФ "Неисполнение приказа" в выше обозначенных целях, учитывая то, что 61,5% анкетированных нами судей<sup>1</sup> считает редакцию ч. 1 данной статьи неудачной, необходимо привести к следующей редакции:

"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..."

Общевоинские уставы ВС РФ также необходимо привести в соответствие с УК РФ. Например, ст. 43 Устава внутренней службы ВС РФ необходимо дополнить ссылкой на законность приказа и возможность его отдачи в боевой обстановке. Таким образом, ст. 43 Устава внутренней службы должна звучать следующим образом: "Законный приказ командира (начальника), а также приказ, отданный в боевой обстановке (за исключением приказа, выходящего за рамки профессиональных функций военнослужащего), должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок..." Все остальные статьи общевоинских Уставов ВС РФ должны быть приведены в соответствие с данной статьёй.

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

В целом, тема синтеза доктрин "умных штыков" и "пассивного послушания" требует отдельного, более тщательного исследования, которое полностью раскрыло бы потенциал синтеза данных двух доктрин.

Подводя итоги данного параграфа, следует сделать следующие выводы.

1) Первые законодательные упоминания приказа, как обстоятельства, исключаящего 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 распоряжение, как обстоятельство, исключаящее преступность деяния, не упоминалось в уголовном законодательстве, однако положения об исполнении приказа или распоряжения, как обстоятельстве, исключаящем дисциплинарную ответственность, сохранились в специальном законодательстве СССР, продолжились теоретические изыскания по данному вопросу, которые привели к принятию в УК РФ 1996 г. ст. 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 отечественной уголовно-правовой доктрине также нет единого мнения по поводу определения понятия "приказ" и "распоряжение". Учитывая, что определения приказа, данные современными российскими учеными, страдают различными 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. 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)".

2) Приказ обладает следующими признаками:

- обязательность;
- персональность;
- формальность;
- компетентность;
- иерархичность;
- служебность;
- приказ предписывает совершение определенного деяния (действия или бездействия);
- основанием приказа является определенный нормативный правовой акт.

3) Вопреки мнению многих ученых, законность является не признаком приказа, а внешним (по отношению к приказу) критерием, относящимся к обязательности исполнения приказа. Он состоит из трех аспектов:

- процедурно-формальный;
- абсолютно-нормативный;
- непосредственно-нормативный.

Для гражданских обязательными будут все три аспекта, для военных, в силу специфики военной службы, в некоторых случаях только процедурно-формальный.

4) 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 следующей схемой:



5) Распоряжение обладает теми же признаками, что и приказ, за исключением служебности и иерархичности.

6) 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, так как они противоречат друг другу. 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, предлагается внести в законодательство следующие изменения:

а) ч. 2 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) ст. 43 Устава внутренней службы ВС РФ: "Законный приказ командира (начальника), а также приказ, отданный в боевой обстановке (за исключением приказа, выходящего за рамки профессиональных функций военнослужащего), должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок..."

Все остальные статьи общевоинских Уставов ВС РФ должны быть приведены в соответствие с данной статьёй.

### **§3. Отправление профессиональных функций в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)**

Отправление профессиональных функций как обстоятельство, исключающее преступность, практически не встречалось в чистом виде в истории отечественного законодательства. Первое упоминание о таком обстоятельстве, исключающем преступность деяния, встречается в Воинских Артикулах Петра I. Так, артикул 79 гласил: "Ежели солдат когда от своего офицера в строй послан будет, и оному попротивится, и офицер принужден будет его уязвить, тогда вина та офицеру отпустится"<sup>1</sup>. Как видно из текста, данный артикул освобождал от ответственности офицера, вынужденного в силу своих профессиональных обязанностей принудить солдата встать в строй.

Далее в истории уголовного законодательства России упоминания о таком обстоятельстве, исключающем преступность деяния, как отправление профессиональных функций, не встречается. Однако еще Н.С. Таганцев писал: "Признавать причинение врачом телесных страданий пациенту телесными повреждениями – значит признать почти всякую деятельность врача непрерывным причинением повреждения здоровью, а врачебное действие, направленное к восстановлению здоровья, не может быть почитаемо его повреждением. Но такая постановка и теоретически весьма спорна, и практически малопригодна. Нет сомнения, что действия, направленные к удалению из организма предметов или процессов, ему вредящих, уничтожению условий, способствующих его разрушению, или действия, направленные к восстановлению расстроенных функций, уничтожению или облегчению страданий и т. д., – составляют врачевание, которое может быть удачное или неудачное, дозволенное или недозволенное, но которое само по себе не может быть подводимо под преступное

---

<sup>1</sup> Российское законодательство в X - XX вв. Т. 4. С. 340.

посягательство на телесную неприкосновенность; но о таком подведении не возникает и вопроса: не было еще примеров уголовного преследования за употребление медиком по отношению к обратившемуся к его помощи пациенту лекарств или хирургических приемов, как за истязания и мучения"<sup>1</sup>.

Несмотря на изыскания Н.С. Таганцева, данное обстоятельство, исключаящее преступность деяния, тогда так и не было закреплено законодательно. Продолжает эту печальную традицию и современный законодатель. Незаслуженно мало внимания ему уделяется и отечественными учеными, в современной России нет ни одного диссертационного исследования по данной тематике.

Необходимость включения данного обстоятельства в гл. 8 УК РФ можно продемонстрировать простым примером: солдат стоит в карауле и видит нарушителя охраняемой территории, причем нарушитель может и не знать, что попал на охраняемую территорию (в условиях нынешней российской действительности такое стало возможно). Часовой согласно уставу гарнизонной, караульной и комендантской службы<sup>2</sup> окликает его: "Стой, кто идет?" А нарушитель его не слышит, так как слушает музыку. Часовой вновь окликает его: "Стой, стрелять буду", но нарушитель его не слышит по вышеупомянутой причине. Часовой стреляет в воздух, нарушитель слышит выстрел, пугается и бежит. И тут часовой, согласно ст. 211 (которая не предусматривает степень противодействия нарушителю, в ней сказано: "При невыполнении нарушителем и этого предупреждения или обращении его в бегство часовой применяет по нему оружие") означенного устава, применяет к нему оружие и убивает.

Как же квалифицировать данное деяние? Ведь часовой действует согласно Уставу. Это не крайняя необходимость, так как причиненный вред

---

<sup>1</sup> Таганцев Н.С. Русское уголовное право (Общая часть). Ч. 1. По изданию 1902 г. <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105/item862.html>

<sup>2</sup> Устав гарнизонной, комендантской и караульной служб Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. N 1495, в редакции Указа президента РФ от 14.01.13 №20.

больше вреда предотвращенного. Это не исполнение приказа, так как часовой не получал приказа убить нарушителя, а действовал согласно Уставу. Это не необходимая оборона, так как нападения на часового не было.

В этом пункте некоторые юристы могут не согласиться с автором, указав на то, что часовой заступил на пост по приказу начальника караула, поэтому данный случай можно считать исполнением приказа. Эта точка зрения представляется ложной, поскольку часовой не получал непосредственного приказа убить нарушителя, его действия регламентированы уставом, который никак не связан с волей начальника караула.

Справедливо среди многих юристов будет распространено мнение, что деяние часового не будет являться преступным, в силу Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.12 № 19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление", а конкретно, п. 28 данного постановления, устанавливающего, что "сотрудники правоохранительных органов, военнослужащие и иные лица, которым законодательством разрешено применение оружия, специальных средств, боевой и специальной техники или физической силы для исполнения возложенных на них федеральными законами обязанностей, не подлежат уголовной ответственности за причиненный вред, если они действовали в соответствии с требованиями законов, уставов, положений и иных нормативных правовых актов, предусматривающих основания и порядок применения оружия, специальных средств, боевой и специальной техники или физической силы"<sup>1</sup>. Но в данном пункте постановления не предусмотрено, как же тогда квалифицировать действия вышеуказанных лиц? На основании чего их освобождать от ответственности? Тем более что п. 6 обозначенного постановления предусмотрено, что "правомерные действия должностных

---

<sup>1</sup> 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" // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 11.

лиц, находящихся при исполнении своих служебных обязанностей, даже если они сопряжены с причинением вреда или угрозой его причинения, состояние необходимой обороны не образуют (применение в установленных законом случаях силы сотрудниками правоохранительных органов при обеспечении общественной безопасности и общественного порядка и др.)"<sup>1</sup>.

Как же квалифицировать действия указанных лиц? На основании чего их освободить от ответственности? Необходимо отметить, что проблема квалификации действий лиц, причинивших вред при исполнении своих служебных обязанностей, имела место и в СССР. 16 августа 1984 г. было принято Постановление Пленума Верховного Суда СССР № 14 "О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств", п. 4 которого гласил: "Судам надлежит строго соблюдать требования закона, направленные на защиту представителей власти, работников правоохранительных органов, военизированной охраны и иных лиц, в связи с исполнением ими служебных обязанностей по пресечению общественно опасных посягательств и задержанию правонарушителей. Следует иметь в виду, что вышеуказанные лица не подлежат уголовной ответственности за вред, причиненный посягавшему или задерживаемому, если они действовали в соответствии с требованиями уставов, положений и иных нормативных актов, предусматривающих основание и порядок применения силы и оружия"<sup>2</sup>.

Как видим, нынешний Пленум по обозначенному вопросу во многом схож со своим предшественником, однако следует учитывать, что Верховный Суд не является законотворческим органом и его постановления носят рекомендательный характер. К тому же остается нерешенным вопрос – на основании чего лиц, причинивших вред во исполнение своих профессиональных функций, освободить от ответственности? Законодатель

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16.08.84 № 14 "О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств".

же упорно игнорирует существующую не первое десятилетие проблему. Таким образом, в нашем законодательстве обнаруживается пробел, который своим существованием ставит под угрозу национальную безопасность Российской Федерации.

У многих юристов возникнет соблазн решить обозначенную проблему путём изменения положений Устава гарнизонной, комендантской и караульной служб ВС РФ, касающихся обязанности часового применить оружие к нарушителю охраняемой территории. Такая точка зрения представляется необоснованной. Государство охраняет интересы общества, именно на страже общественных интересов стоит часовой, неся службу на своём посту. "Устав написан кровью" – это изречение не потеряло своей актуальности и настоящее время, особенно оно касается вопросов применения оружия. Если у часового не будет права применить оружие к нарушителю охраняемого периметра, то тогда резко повысится шанс проникновения злоумышленников на территорию охраняемых объектов. Сложно представить, к чему это может привести, учитывая наличие в ВС РФ большого количества складов с вооружением, военной техникой, боеприпасами, в том числе ядерными. Именно поэтому в Уставе гарнизонной, комендантской и караульной служб ВС РФ предусмотрена такая жесткая реакция часового на нарушение границ охраняемого объекта.

Интерес представляет то, каким образом разрешили данную проблему в Киргизии и Узбекистане. В УК Узбекистана в ст. 40 "Исполнение приказа или иной обязанности" предусматривается, что "не является преступлением причинение вреда при правомерном исполнении лицом приказа или иного распоряжения, а равно должностных обязанностей..."<sup>1</sup> В УК Киргизии в ст. 39 предусматривается, что "не является преступлением причинение вреда при правомерном исполнении лицом приказа или иного распоряжения, равно обязанностей, предусмотренных его должностью"<sup>2</sup>. Таким образом,

---

<sup>1</sup> Уголовный кодекс Республики Узбекистан 1995 г. с изменениями от 24.05.10 г.

<sup>2</sup> Уголовный кодекс Кыргызской Республики 1997 г. с изменениями от 01.03.12 г.

законодатели этих стран в одной статье совместили норму об исполнении приказа или распоряжения с нормой об исполнении должностных обязанностей. Такой подход представляется недопустимым, поскольку отсутствует конкретика, остается множество вопросов. Что считать должностными обязанностями? А если у человека должность бухгалтера в преступной группировке? Если должностные обязанности были исполнены в разрез с существующими в определенной профессии правилами? И множество других вопросов. Поэтому представляется более целесообразным принятие отдельной статьи по данному обстоятельству, исключающему преступность деяния. Но прежде чем это сделать, необходимо выяснить, что собой представляет причинение вреда при отправлении профессиональных функций?

Согласно Словарю русского языка С.И. Ожегова, профессия - это "основной род занятий, трудовой деятельности"<sup>1</sup>. Должностью же согласно этому Словарю является "служебная обязанность, служебное место"<sup>2</sup>. Большой Советской Энциклопедией даётся следующее определение профессии: "...род трудовой деятельности (занятий) человека, владеющего комплексом специальных теоретических знаний и практических навыков, приобретённых в результате специальной подготовки, опыта работы. Профессиональная деятельность обычно является основным источником дохода"<sup>3</sup>. Такая широкая трактовка не подходит для юриспруденции, так как в таком случае пришлось бы признать бандитизм или любую другую преступную деятельность профессиональной деятельностью. Поэтому при определении понятия "профессия" необходимо использовать такой критерий, как законность. На основании изложенного можно предложить следующее определение профессии: это нормативно определенная сфера приложения

---

<sup>1</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка. С. 624, 625.

<sup>2</sup> Там же. С. 176.

<sup>3</sup> <http://slovari.yandex.ru/%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%84%D0%B5%D1%81%D1%81%D0%B8%D1%8F%20%D1%8D%D1%82%D0%BE/%D0%91%D0%A1%D0%AD/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D1%84%D0%B5%D1%81%D1%81%D0%B8%D1%8F/>

трудовой деятельности, предполагающая наличие специальной подготовки, обусловленной специальным образованием и (или) стажем работы, предназначенная для получения ее субъектом заработка или дохода<sup>1</sup>. Однако, не всегда профессия предполагает получение заработка или дохода, солдат-срочник все равно остается военнослужащим, несмотря на то, что до недавнего времени у него не было никакого дохода. Вызывает вопросы и одновременное использование слов "заработок" и "доход". Согласно Экономическому словарю, доход "в широком смысле слова обозначает любой приток денежных средств или получение материальных ценностей, обладающих денежной стоимостью"<sup>2</sup>. Следовательно, понятие "доход" поглощает собой понятие "заработок". Поэтому представляется, что данное выше определение можно немного уточнить: профессия – это нормативно определенная сфера приложения трудовой деятельности, предполагающая наличие специальной подготовки, обусловленной специальным образованием и (или) стажем работы, обычно предполагающая получение дохода её субъектом.

Что касается понятия "должность", то здесь применимо определение, данное в примечании к ст. 285 УК РФ: "Должностными лицами в статьях настоящей главы признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, государственных корпорациях, а также в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации".

Исходя из приведенных выше определений, можно сделать вывод, что понятия "должность" и "профессия" различаются по своему содержанию,

---

<sup>1</sup> Арямов А.А. Правомерное причинение вреда. Челябинск, 2004. С. 217.

<sup>2</sup> [http://dic.academic.ru/dic.nsf/econ\\_dict/5558](http://dic.academic.ru/dic.nsf/econ_dict/5558)



однако возможно их субъектное совпадение. Человек, находясь на определенной должности, действует в рамках определенной профессии (несмотря на то, что юридическая природа данных определений различна).

Необходимо учитывать, что для того, чтобы признать действия человека, причинившего вред при отправлении профессиональных функций, непроступными надо выяснить, было ли занятие данной профессией разрешено данному лицу. Есть ряд видов деятельности, подлежащих обязательному лицензированию. Например, лицо может иметь медицинское образование, но согласно п. 46 ст. 12 Федерального закона № 99-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности" медицинская деятельность подлежит обязательному лицензированию. Поэтому отсутствие лицензии у лица, занимающегося медицинской деятельностью, будет свидетельствовать о незаконности его действий.

При определении законности действий лиц, причинивших вред при отправлении профессиональных функций, нельзя обойти стороной тот факт, что в каждой профессии существует определенные правила, согласно которым должна осуществляться деятельность в рамках данной профессии. Это могут быть должностные инструкции, уставы, правила и другие подзаконные акты. Лицо должно действовать согласно данным правилам, чтобы его действия были признаны законными. Так, если часовой окрикнул приближающегося к охраняемой территории человека и после отсутствия ответной реакции произвел выстрел вверх, дальнейшее применение им оружия в случае бегства или неподчинения нарушителя охраняемой территории требованиям часового будет законным. Но если часовой при отсутствии нападения со стороны нарушителя границы охраняемой территории сразу применит оружие (без окрика и выстрела вверх), то его действия будут незаконны.

Кроме определенных правил в каждой профессии существуют некоторые ограничения, связанные с компетенцией и полномочиями лица, находящегося на определенной должности. Компетенция – это перечень

вопросов, которыми вправе заниматься субъект, полномочия – это объем прав (вариантов возможного поведения в определенной ситуации) и обязанностей (вариантов должного поведения), которыми обладает лицо в пределах своей компетенции. Обычно подзаконными актами определяются границы возможного поведения лица (что оно обязано сделать, что вправе сделать), занимающего определенную должность, и за эти границы лицо не должно заступать. Однако все вопросы в рамках этих актов не могут быть решены, поэтому часто профессиональные вопросы регулируются специфичными правилами, не носящими юридический характер (обычай делового оборота, профессиональная этика и т.д.). Более того, полномочия на осуществление каких-либо действий могут принадлежать лицу на постоянной основе, а могут быть делегированы дозволяющим органом в разовом порядке. Вопрос о правомерности действий лица в этих случаях следует рассматривать индивидуально с привлечением экспертов и/или специалистов.

Важным элементом правомерности причинения вреда при отправлении профессиональных функций выступает форма. В некоторых случаях соблюдение определенной формы при причинении вреда во исполнение профессиональных функций является обязательным условием правомерности таких действий. Требования к форме могут быть выражены законами или подзаконными актами. Задержание лица, совершившего правонарушение, сотрудниками полиции правомерно только при условии соблюдения ими определенной процессуальной формы (протокол задержания), при отсутствии которой действия сотрудников полиции будут неправомерны.

С субъективной стороны действия лица, причинившего вред при отправлении профессиональных функций, характеризуются осознанностью и волевой направленностью. Лицо осознает, что действует в рамках своих профессиональных функций и без причинения вреда эти функции выполнить не может. Предвидит наступление вредных последствий. Не желает, но сознательно допускает наступление таких последствий. При этом у лица есть

специальная цель – выполнить свои профессиональные обязанности, оно не желает наступления вредных последствий, но без этого не может выполнить свои обязанности.

В некоторых случаях лицо при отправлении профессиональных функций наносит вред в силу юридической обязанности поступить таким образом. В приведенном в начале данного параграфа примере с часовым на посту обязанность часового после окрика и выстрела вверх стрелять по нарушителю охраняемого периметра (даже в том случае, если человек обратится в бегство). Если часовой не исполнит эту обязанность, то ему грозит ответственность по ст. 342 УК РФ "Нарушение уставных правил караульной службы". Получается, что какое бы действие ни предпринял часовой, он должен нести ответственность. В связи с этим для людей, занятых в подобных профессиях, особенно важно появление в гл. 8 УК РФ нового обстоятельства, исключающего преступность деяния.

Таким образом, причинение вреда при отправлении профессиональных функций характеризуется такими признаками, как:

- 1) легальность профессии;
- 2) разрешенность занятия данным видом деятельности субъекту причинения вреда;
- 3) соблюдение субъектом причинения вреда установленных правил конкретной профессии;
- 4) действие субъекта в рамках своей компетенции и полномочий;
- 5) соблюдение субъектом (при необходимости) определенной формы при причинения вреда;
- 6) осознанность и волевая направленность поведения субъекта причинения вреда;

факультативный признак:

- 1) в некоторых случаях у субъекта причинения вреда есть правовая обязанность поступить подобным образом.

Всем этим признакам удовлетворяет проект статьи "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций", данный в своей работе А.А. Арямовым: "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 формам при условии, что занятие данной профессией и должности разрешено (не запрещено) законом действующему лицу"<sup>1</sup>.

Следует заметить, что некоторые ученые выделяют другие признаки исполнения профессиональных функций, такие как:

- 1) общественная признанность или допустимость конкретных действий в рамках социально необходимой и полезной деятельности;
- 2) наличие прямого предписания в законе или ином нормативном правовом акте на возможность совершения конкретных действий при определенных обстоятельствах в рамках осуществления профессиональных обязанностей;
- 3) невозможность иными, без причинения ущерба правоохраняемым интересам, средствами выполнить служебные (профессиональные) обязанности в конкретной обстановке;
- 4) установленный законом или иным нормативным актом перечень должностных лиц, на которых возлагается выполнение действий, составляющих служебные (профессиональные) обязанности;
- 5) соблюдение всех необходимых для конкретного случая правил, закрепленных в нормативном акте, регулирующем данный вид служебных (профессиональных) обязанностей или общественного долга;
- 6) соответствие причиненного вреда в результате выполнения функций с возможными последствиями при отказе от их выполнения. Нанесение ущерба может быть признано правомерным, если вред причинен менее

---

<sup>1</sup> Арямов А.А. Правомерное причинение вреда. Челябинск, 2004. С. 213.

важным интересам, чем те, которые пострадали бы при невыполнении служебных (профессиональных) обязанностей.<sup>1</sup>

Основываясь на приведенных признаках, ими предлагается следующий проект статьи для внесения в гл. 8 УК РФ: " Не является преступлением вынужденное причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам лицом, правомерно выполняющим свои служебные (профессиональные) обязанности, совершенное уполномоченным на то законодательством лицом с соблюдением установленных для данного случая правил"<sup>2</sup>.

Проанализировав данный проект статьи, можно сделать вывод, что он не предусматривает такие условия правомерности, как компетенция и полномочия субъекта причинения вреда и установленная законом форма. К тому же, рассмотрев предложенные В.И. Михайловым условия правомерности отправления профессиональных функций, можно сделать вывод, что они во многом копируют условия правомерности допустимого риска, при этом сужая их, что превращает причинение вреда при отправлении профессиональных функций в подинститут допустимого риска. Не отрицая связь допустимого риска с отправлением профессиональных функций (о чем будет сказано подробнее в следующей главе), представляется, что отправление профессиональных функций имеет самостоятельную природу. Следовательно, проект статьи "Правомерное причинение вреда при осуществлении профессиональных функций", предложенный А.А. Арямовым, представляется более удачным, чем проект статьи, предложенный В.И. Михайловым.

Следует отметить, что, несмотря на то, что существуют нормативно и лингвистически устоявшиеся выражения, а именно: "служебные обязанности", "должностные полномочия", "отправление правосудия" и др., в работе сознательно используется формулировка "отправление профессиональных функций", так как она поглощает все выше обозначенные

---

<sup>1</sup> Михайлов В.И. Выполнение профессиональных функций как обстоятельство, исключаящее преступность деяния // Уголовное право. 2002. №2. С. 51-54.

<sup>2</sup> Там же.

другие формулировки. Например, и военнослужащий, во исполнение своих служебных обязанностей застреливший нарушителя охраняемой территории, и боксер, нокаутировавший своего соперника на ринге, и хирург, сделавший сложную операцию, причинили вред при отправлении профессиональных функций. Таким образом, формулировка "отправление профессиональных функций" показывает свою широту и универсальность.

В свете вышеизложенного представляется целесообразным включение в гл. 8 УК РФ "Обстоятельства, исключаящие преступность деяния" новой статьи "Причинение вреда при отправлении профессиональных функций" в редакции, предложенной А.А. Арямовым. При этом необходимо отметить, что с целесообразностью включения подобной статьи в гл. 8 УК РФ согласны 61% анкетированных в рамках данного исследования судей<sup>1</sup>.

Подводя итоги данного параграфа, следует сделать следующие выводы.

1) Отправление профессиональных функций как обстоятельство, исключаящее 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 ставит под удар военнослужащих. 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 решает вопрос отсутствия данного обстоятельства, исключаящего преступность деяния.

2) Опыт стран СНГ, а именно Киргизии и Узбекистана, по включению отправления профессиональных функций в статью, освобождающую от ответственности за исполнение приказа или распоряжения, является неприемлемым.

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

3) Причинение вреда при отпавлении профессиональных функций характеризуется такими признаками, как:

- легальность профессии;
- разрешенность занятия данным видом деятельности субъекту причинения вреда;
- соблюдение субъектом причинения вреда установленных правил конкретной профессии;
- действие субъекта в рамках своей компетенции и полномочий;
- соблюдение субъектом (при необходимости) определенной формы при причинении вреда;
- осознанность и волевая направленность поведения субъекта причинения вреда;

факультативный признак:

- в некоторых случаях у субъекта причинения вреда есть правовая обязанность поступить подобным образом.

4) Определения профессии, данные в словарях, не подходят для юриспруденции в силу своей размытости. 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.

5) 61% анкетированных в рамках данного исследования судей считают необходимым включение в гл. 8 УК РФ новой статьи "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций". В связи с этим представляется целесообразным включение в гл. 8 УК РФ ст. 42-1 "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций" в следующей редакции: "Признается правомерным причинение вреда охраняемым уголовным законом благам и интересам в процессе отпавления профессиональных или должностных функций, если они осуществлялись в соответствии с правилами конкретной профессии, компетенции и полномочиями

должности и в установленных законом формах 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**

### **§1. Допустимый риск и исполнение приказа или распоряжения**

Обоснованный риск и исполнение приказа или распоряжения являются обстоятельствами, исключающими преступность деяния, предусмотренными гл. 8 УК РФ. Причем в содержании ст. 41 УК РФ речь скорее идет о допустимом, чем обоснованном риске, о чем подробно было сказано в предыдущей главе (свое согласие с тем, что в названии ст. 41 УК РФ более целесообразно использовать слово "допустимый, чем "обоснованный", выразили 51,5% анкетированных в рамках данного исследования судей, причем среди председателей и заместителей председателей судов доля поддерживающих данное решение достигает 59%<sup>1</sup>), поэтому в рамках данной главы по умолчанию будет использоваться словосочетание "допустимый риск". Для правильной квалификации деяний лиц, правомерно причинивших вред охраняемым уголовным законом интересам, требуется рассмотреть взаимосвязь данных обстоятельств, исключающих преступность деяния. Стоит учитывать, что институты допустимого риска и исполнения приказа или распоряжения имеют определенную специфику применения в условиях военной службы, а также сходства и различия, которые будут рассмотрены в данном параграфе.

Прежде чем приступить к рассмотрению взаимодействия данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, необходимо определить критерии, по которым будет проведен анализ взаимодействия данных обстоятельств. А.Ю. Девятко в своей работе предлагает следующие критерии:

- основание деяния;
- цель и мотив деяния;

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

- субъект;
- объект причинения вреда;
- характер деяния;
- время совершения деяния;
- возможность причинения вреда;
- условия наступления уголовной ответственности<sup>1</sup>.

С.С. Захарова предлагает остановиться на следующих критериях:

- направленность причинения вреда;
- источники, порождающие причинение вреда;
- круг субъектов, имеющих право на причинение вреда в данных обстоятельствах;
- степень подготовленности деяния;
- возможность добиться цели в сложившейся ситуации без причинения вреда и при условиях реализации субъективных прав, созданных лицом;
- адресность причинения вреда;
- размер возможного вреда, его соотношение с результатом, ожидаемым от действий, обусловленных применением обстоятельства, исключающего преступность деяния, и размер фактически причиненного вреда;
- форма вины при превышении пределов<sup>2</sup>.

Рассмотрев предлагаемые критерии указанных авторов, можно сделать вывод, что они взаимодополняемы, поэтому представляется целесообразным их совместить и рассмотреть взаимодействие данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, по следующим критериям:

- 1) основание деяния;

---

<sup>1</sup> *Девятко А.Ю.* Исполнение приказа или распоряжения военнослужащим как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 108, 109.

<sup>2</sup> *Захарова С.С.* Обоснованный риск в уголовном праве Российской Федерации: Дис.... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 88, 89.

- 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;

Представляется целесообразным начать рассмотрение взаимосвязи данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, с анализа оснований данных деяний. Основанием для принятия решения о риске выступает общественно полезная цель, которая не может быть достигнута не связанными с риском действиями, либо достижение данной цели без риска займёт слишком много времени и средств (правомерность риска должна оцениваться по соотношению значимости цели и вероятности удачного исхода с вероятностью неудачи и размером возможного вреда, подробнее об этом будет сказано далее в данном параграфе). Основанием для действия во исполнение приказа или распоряжения выступает наличие самого приказа или распоряжения, то есть основанием риска выступает добровольное действие лица, в то время как при исполнении приказа или распоряжения речь ни о какой добровольности не идёт. Однако бывают ситуации вынужденного риска, когда лицо принимает решение в условиях

альтернативности развития ситуации, и любой из вариантов не ведет к однозначно положительному результату. Примером может выступать ситуация, когда пилот самолёта с отказавшим двигателем принимает решение о посадке самолёта на ближайшую пригодную площадку. В условиях отдаленности от ближайшего аэродрома, с учетом того, что дальше рельеф местности не позволяет совершить посадку, это может быть более оптимальным решением, чем тянуть на оставшемся двигателе до ближайшего аэродрома. В подобной ситуации допустимый риск становится схож с исполнением приказа вынужденностью действий субъекта. Но стоит обратить внимание, что у пилота, несмотря на то, что рискованная ситуация создана не им, а образовалась стихийно, всё равно остаётся выбор вариантов поведения, однозначно не ведущих к ответственности.

В случае исполнения приказа или распоряжения лицо действует не добровольно, а в силу юридической обязанности подчиняться вышестоящему субъекту. В случае неисполнения приказа или распоряжения лицо ждёт ответственность, причём специфичной чертой для военнослужащих будет являться то, что для них за данное деяние предусмотрена уголовная ответственность (ст. 332 УК РФ). Таким образом, у лица, исполняющего приказ или распоряжение, по сути, нет выбора варианта поведения – либо оно выполняет приказ, либо отправляется на скамью подсудимых.

Интерес представляет тот факт, что у военнослужащих основанием риска может выступать не только добровольное действие субъекта или стихийная ситуация, но и исполнение приказа. Так, ст. 3 Дисциплинарного Устава ВС РФ предусматривает: "Воинская дисциплина обязывает каждого военнослужащего... беспрекословно выполнять поставленные задачи в любых условиях, в том числе с **риском для жизни**, стойко переносить трудности военной службы..."<sup>1</sup> Анализ данной статьи позволяет сделать

---

<sup>1</sup> Дисциплинарный Устав Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. N 1495, в редакции Указа президента РФ от 14.01.13 № 20.

вывод, что возможна отдача приказа, предписывающего совершение рискованного действия.

Аналогичное положение, только в более расширенном виде, содержится и в ст. 7 Устава внутренней службы ВС РФ, которая гласит: "Военнослужащие обладают правами и свободами человека и гражданина с некоторыми ограничениями, установленными федеральными конституционными законами и федеральными законами. На военнослужащих возлагаются обязанности по подготовке к вооруженной защите и вооруженная защита Российской Федерации, которые связаны с необходимостью беспрекословного выполнения поставленных задач в любых условиях, в том числе с **риском для жизни**. В связи с особым характером обязанностей, возложенных на военнослужащих, им предоставляются социальные гарантии и компенсации"<sup>1</sup>. Подробно рассмотрев эту статью, можно сделать вывод, что на военнослужащих возложена правовая обязанность рисковать.

Таким образом, военнослужащий может оказаться в ситуации риска не только исполняя приказ, но и просто в силу своих профессиональных обязанностей. Поэтому стоит признать обоснованным утверждение Ю.М. Ткачевского, который в своей работе пишет, что "...совершение определенных действий в условиях допустимого риска может являться не только правом, но и обязанностью лица"<sup>2</sup>. Однако здесь возникает закономерный вопрос – как можно обязать человека рисковать своей жизнью, если Конституция провозглашает жизнь человека высшей ценностью? Остроты этому вопросу добавляет тот факт, что в России, согласно ч. 2 ст. 2 Федерального закона от 28 марта 1998 г. № 53-ФЗ "О воинской обязанности и военной службе", прохождение военной службы

---

<sup>1</sup> Устав внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. N 1495, в редакции Указа президента РФ от 14.01.13 № 20.

<sup>2</sup> *Ткачевский Ю.М.* Оправданный профессиональный и производственный риск как обстоятельство, исключающее уголовную ответственность // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1991. № 3. С. 21.

осуществляется в том числе и по призыву. Получается, что гражданин, призываемый (а не пришедший добровольно) на военную службу, имеет правовую обязанность рисковать своей жизнью. Не наблюдается ли здесь противоречия с положениями Конституции РФ, провозглашающими жизнь человека высшей ценностью? Думается, что нет, так как ч. 5 ст. 1 вышеупомянутого ФЗ №53-ФЗ предусматривает возможность замены военной службы альтернативной гражданской службой. Таким образом, граждане РФ имеют возможность избежать наделения их правовой обязанностью риска, выбрав альтернативную гражданскую службу. Лица, получившие статус военнослужащих, реализовали своё право выбора и имеют правовую обязанность рисковать.

Сходной чертой для исполнения приказа или распоряжения и допустимого риска будет выступать то, что основанием их совершения не будет выступать какая-либо угроза охраняемым интересам. Это их отличает от других обстоятельств, исключающих преступность деяния, предусмотренных гл. 8 УК РФ.

Еще одним отличием данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, будет выступать цель и мотив деяния. При допустимом риске целью и мотивом будет выступать общественно полезная цель, причем это существенное условие для признания допустимости риска (опыты в террористической оружейной лаборатории тоже по своей сути будут являться рискованным действием, только признать этот риск допустимым в силу отсутствия общественно полезной цели не представляется возможным). При исполнении приказа или распоряжения целью будет являться выполнение поставленной задачи, а мотивы могут быть различными, чаще всего мотивом будет боязнь понести наказание, однако это не исключает того факта, что у лица могут быть и другие мотивы, например, желание карьерного роста. Но стоит обратить внимание на то, что в широком понимании военная служба сама по себе является общественно полезным деянием. В рамках этого общественно полезного деяния у лица появляются

правовые обязанности по исполнению приказов, которые могут предписывать выполнение различных задач.

Субъектом причинения вреда при допустимом риске может выступать любой человек. Так, по этому поводу А.С. Шумков выражает широко признанную точку зрения: "...право на причинение вреда при обоснованном риске может быть реализовано в любой сфере деятельности человека, независимо от характера профессиональной деятельности и рода занятий субъекта риска"<sup>1</sup>. В противовес предыдущему положению, ст. 42 УК РФ распространяет своё действие только на тех лиц, которые имеют правовую обязанность по исполнению приказа или распоряжения, то есть по кругу субъектов допустимый риск шире исполнения приказа или распоряжения. Таким образом, военнослужащий может быть субъектом исполнения приказа или распоряжения и допустимого риска одновременно.

Объектом причинения вреда в случае допустимого риска выступают любые охраняемые уголовным законом интересы, за исключением тех, которые угрожают жизни многих людей, экологической катастрофой, общественным бедствием. При этом стоит обратить внимание на оценочную категорию понятия "многих людей". Представляется весьма сложным применение этого положения на практике. С какого числа начинается категория "многие"? При испытании современных истребителей-бомбардировщиков полёт проводят два пилота. Являются ли два человека многими людьми? Если да, то выходит, что испытание современной техники находится за рамками правомерности допустимого риска, что не может положительно влиять на обороноспособность государства. Если нет, то непонятно, с какого числа начинается категория "многие"? Даже если это три и более лица, то при испытании современной транспортной авиации экипаж может состоять более чем из двух человек, экипаж, выводящий на испытание новую подводную лодку, вообще состоит из десятков людей. Получается, что в условиях военной службы остро стоит вопрос правомерности действий в

---

<sup>1</sup> Шумков А.С. Указ. соч. С. 31.

условиях допустимого риска. Ещё больше вопросов вызывает вышеупомянутая категория "многие", если обратить внимание на содержание ст. 2 Конституции РФ, которая гласит: "Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства". Если жизнь одного человека уже представляет высшую ценность, что прямо указано в Конституции РФ, то тогда каким образом это соотносится с тем, что согласно положениям ст. 41 УК РФ можно подвергать опасности жизнь одного человека, но нельзя подвергать опасности жизнь "многих людей"? Категория "высшая ценность" предполагает, что выше её быть ничего не может. Поэтому законодательный запрет на возможность рисковать жизнями многих людей при одновременном разрешении рисковать жизнью одного человека противоречит смыслу ст. 2 Конституции РФ.

В случае исполнения приказа или распоряжения объектом причинения вреда могут выступать любые охраняемые уголовным законом интересы, исключений нет. Получается, что экипаж подводной лодки может получить приказ на испытание нового атомохода. Однако во время данного испытания экипаж безусловно находится в состоянии риска, который, если следовать букве закона, не будет являться допустимым. Несмотря на то, что использование в ст. 41 УК РФ словосочетания "угроза для жизни многих людей" представляется неудачным, это не означает, что жизнями людей можно бездумно рисковать. Риск для жизни людей допустим только в случае согласия каждого из них на такой риск. Стоит обратить внимание на то, что целесообразно использовать именно слова "каждого", так как в случае использования другого слова возможна неверная трактовка правоприменителем данной нормы. Например, если использовать словосочетание "их согласия", то тогда это возможно толковать так, будто бы получено коллективное согласие (путём голосования, когда большинство соглашается, однако есть и меньшинство, которое выступает против). Акцент должен делаться на то, что на риск согласен **каждый** из рискующей группы



людей. В свете вышеизложенного представляется целесообразным изменение ч. 3 ст. 41 УК РФ и изложение её в следующей редакции: "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".

При причинении вреда во исполнение приказа или распоряжения не установлено ограничений по характеру последствий, то есть возможность причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам ограничена рамками самого приказа или распоряжения. Как было сказано, при допустимом риске не допускается вред, сопряженный с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия, но в условиях военной службы возможна ситуация, когда командир, действуя в условиях допустимого риска, отдаёт приказ, в результате исполнения которого причиняется вред охраняемым уголовным законом интересам.

И в допустимом риске, и при исполнении приказа или распоряжения объективная сторона по характеру деяния выражается в действии или бездействии. В обоих случаях чаще всего деяние будет выражено активным действием, однако возможны ситуации причинения вреда в условиях бездействия. При исполнении приказа лицу может быть приказано воздержаться от совершения определенных действий, в результате чего будет нанесен вред охраняемым уголовным законом интересам. В условиях допустимого риска бездействие может выражаться в том, что военный хирург откажется ампутировать раненному солдату ногу в целях её спасения. При этом не стоит забывать, что действие в условиях допустимого риска будет добровольным (исключение – ситуация вынужденного риска, но и в этом случае субъект причинения вреда самостоятельно выбирает наиболее благоприятный вариант действия), а при исполнении приказа или распоряжения – обязательным к исполнению, независимо от желания подчиненного лица.

Исполнение приказа или распоряжения характеризуется непосредственной причинно-следственной связью между деянием и наступившими последствиями. Допустимый риск имеет свою специфику в данном вопросе. По этому вопросу М.С. Гринберг писал: "Проблема... риска является, пожалуй, единственной в группе обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, применительно к которой вопрос о юридически значимой причинной связи приобретает вполне определенное значение.

Мы уже имели возможность говорить о том, что риск не связан с причинением ущерба, а лишь предполагает создание его опасности, что вред, который из него следует, всегда является лишь вероятным. Иными словами, эта связь является такой, которую определенные теоретические конструкции рассматривают как юридически незначимую и для права несущественную. Мы имеем в виду теорию "необходимого и случайного причинения"<sup>1</sup>. Соглашаясь с мнением М.С. Гринберга, следует сделать вывод, что наступление вреда в условиях допустимого риска только **вероятно**, то есть действия лица в условиях допустимого риска тесно связаны с возможностью субъекта предвидеть вероятные последствия своих действий. Очевидно, что значимость и вероятность цели риска должны быть значительно выше опасности и вероятности наступления вреда. Значимость цели и угрозы опасности оценивается совокупностью двух признаков: материального и вероятностного (материальная выгода риска вполне может быть меньше угрозы опасности, если это компенсируется обратным фактором вероятности: выгода максимально вероятна, а вред минимально вероятен). При этом в процессе рискованных действий не должно быть допущено нарушения запретов допустимости риска, закрепленных в законодательстве<sup>2</sup>. Но оценка вероятности наступления вредных последствий является весьма субъективным фактором. Только человек может производить оценку тех или

---

<sup>1</sup> Гринберг М.С. Проблема производственного риска в уголовном праве. М., Госюриздат, 1963. С. 106.

<sup>2</sup> Арямов А.А. Общая теория риска (юридический, экономический и психологический анализ). М., 2009. С. 25.

иных причинных связей, решая вопрос об их существенности или несущественности. Причем качество оценки может серьезно различаться с учетом уровня профессиональной подготовки субъекта рискованного поведения.

Не следует забывать и то, что в разных сферах деятельности и географических областях допустимые количественные показатели риска (соотношение позитивного и негативного отклонений) могут быть различными. Так, в области научно-технических фундаментальных исследований допустимым считается порог риска в 5-10% (доля негативного отклонения), с сфере прикладных научных разработок – 80-90%, в сфере проектно-конструкторских разработок – 90-95%. Данные проценты показывают допустимую вероятность получения отрицательных результатов при проведении конкретного вида эксперимента. Естественно, чтобы совершить открытие, ученый предварительно проводит множество безрезультатных экспериментов. Разумеется, экстраполирование такого процентного соотношения на отношения, например, в сфере здравоохранения недопустимо<sup>1</sup>.

Исходя из сказанного, соглашаясь с А.Ю. Шурдумовым, можно сделать следующий вывод. Субъект риска обязан планировать и принимать в расчет события случайные, ожидаемые с большей или меньшей степенью вероятности, объективно случайная связь между его действием и результатом не выходит за пределы возможного вменения. Таким образом, исключение ответственности субъекта риска по признакам, характеризующим объективную сторону состава преступления, не представляется возможным. Напротив, эта сторона в определенной степени сближает оправданный риск с уголовно противоправными деяниями<sup>2</sup>.

Необходимо отметить тот факт, что критерий "вероятность" носит всеобъемлющий характер. Любое событие в будущем имеет возможность

---

<sup>1</sup> Там же. С. 26.

<sup>2</sup> Шурдумов А.Ю. Указ. соч. С. 155.

произойти или не произойти. С этой точки зрения наступление вреда при исполнении приказа или распоряжения является лишь вероятным (у солдата, которому приказали открыть огонь, автомат может дать осечку), однако вероятность непричинения вреда в подобном случае настолько мала, что ею можно пренебречь. Поэтому вероятность не является характеризующим признаком исполнения приказа или распоряжения.

Интерес представляет ситуация, когда лицо рискует во исполнение приказа. Приказ характеризуется непосредственной причинно-следственной связью между деянием и наступившими последствиями, а риск – нет. В данной ситуации, несмотря на то, что именно приказ послужил "спусковым крючком" для рискованного поведения, непосредственной причинно-следственной связи между приказом и наступившими в результате рискованного поведения последствиями не будет. В обычной ситуации командир, отдавая приказ, исполнение которого приведет к неблагоприятным последствиям, имеет намерение причинить вред. В ситуации, когда командир отдаёт приказ на рискованное поведение, он находится в сходном состоянии с субъектом, идущим на риск без приказа. Командир точно так же взвешивает степень угрозы возможного вреда и вероятность удачного исхода ситуации, только командиру еще необходимо оценить личность и профессиональные навыки лица, которому адресован приказ. В данном случае командир не имеет намерений причинить вред охраняемым уголовным законом интересам. Лицо, рискующее во исполнение приказа или распоряжения, тоже оценивает степень угрозы возможного вреда и вероятность наступления неблагоприятных последствий, однако оно действует не добровольно, а выступает своего рода орудием в руках командира. Поэтому в данной ситуации, несмотря на то, что катализатором рискованного поведения выступает приказ, между приказом и наступившими последствиями не будет непосредственной причинно-следственной связи. Действия командира будут оцениваться по правилам допустимого риска.

При исполнении приказа или распоряжения у подчиненного лица отсутствует возможность добиться цели в сложившейся ситуации без причинения вреда. Так как лицо действует не добровольно, а за отказ исполнить обязательный для него приказ или распоряжение предусмотрена ответственность (для военнослужащих – уголовная), то говорить о своеволии не приходится. Свобода действия в данном случае есть только у командира, однако специфика военной службы предполагает иерархичность, поэтому возможна ситуация, когда командир, отдавая приказ, сам исполняет полученный приказ. В подобной ситуации у командира, получившего приказ от вышестоящего начальства, вероятно, будет возможность добиться поставленной цели без причинения вреда. Но наличие или отсутствие подобной возможности зависит от содержания полученного от вышестоящего начальства приказа. Различие между непосредственным исполнителем приказа и командиром, получившим приказ от вышестоящей инстанции, заключается в том, что командир может получить приказ, содержащий общую задачу, во исполнение которой командир обязан отдать конкретные приказы своим подчиненным. Например, командир авиационной базы получает приказ от вышестоящего начальства на проверку технического состояния находящейся на хранении техники. В рамках исполнения полученного поручения командир авиационной базы вместо того, чтобы направить на осмотр техники инженерное подразделение, приказывает совершить испытательный полет, в результате которого разбивается самолет. В подобной ситуации у пилота, как непосредственного исполнителя приказа, не было возможности добиться поставленной цели без причинения вреда. У командира авиационной базы была возможность добиться поставленной цели без причинения вреда, но он, в рамках полученного приказа, выбрал наименее благоприятный вариант из всех возможных. При исполнении распоряжения такой картины не наблюдается. Лицо, исполняющее обязательное для него распоряжение, не имеет возможности добиться цели без причинения вреда. Это обусловлено тем, что у распоряжения отсутствует

признак иерархичности, поэтому не может возникнуть такой ситуации, когда лицо, отдавая распоряжение, само исполняет распоряжение. Лицо, отдающее распоряжение, действует либо в рамках полученного им приказа, либо в рамках исполнения профессиональных функций.

В ситуации допустимого риска на момент принятия решения о реализации рискованного деяния наступление вреда является лишь вероятным, более того, для предотвращения вреда рискующий субъект предпринимает меры противодействия. Учитывая, что лицо должно предпринять все возможные меры для предотвращения наступления вредных последствий, можно сделать вывод, что рискованное действие предполагает подготовленность. Лицо субъективно уверено, что вредных последствий не наступит. Если лицо не предпримет всех возможных мер для предотвращения наступления вредных последствий, то говорить о допустимом риске нет необходимости. В таком случае риск будет признан противоправным, а лицо, не предпринявшее всех возможных мер для предотвращения вредных последствий, будет привлечено к уголовной ответственности. Однако не стоит забывать, что законодатель в ч. 2 ст. 41 УК РФ установил следующую норму: "Риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием)..." Получается, что с точки зрения законодателя наличие возможности добиться цели без угрозы причинения вреда будет исключать возможность применения института риска. Такая позиция представляется весьма спорной. Еще задолго до нормативного закрепления риска, как обстоятельства, исключаящего преступность деяния, Ю.И. Ляпунов замечал, что та или иная цель в подавляющем большинстве случаев может быть достигнута без риска. Но для этого потребуются не месяцы, как при риске, а годы, не десятки, а сотни тысяч производственных затрат. На этом основании он не считал необходимым включать это условие в норму о

риске<sup>1</sup>. В.И. Самороков, критикуя позиции Ю.И. Ляпунова, указывал, что при выполнении этого условия имеются в виду разумные временные и экономические критерии, а в ряде случаев большая вероятность сохранения невосполнимых ценностей без риска, хотя это и может быть связано со значительными материальными затратами<sup>2</sup>.

Современные ученые также расходятся в своих оценках по данному вопросу. С.С. Захарова считает, что данное условие правомерности обоснованного риска является весьма спорным. С её точки зрения, в данном случае целесообразнее говорить о необходимости риска, критериями которой будут выступать, во-первых, большая эффективность рискованных действий по сравнению с другими средствами достижения цели, а во-вторых, научная и опытная подготовленность, обусловленная необходимостью внедрения новых средств, ранее не используемых в практике. Эффективность рискованного средства заключается в том, что при равной возможности достижения общественно полезной цели, не связанного с риском и связанного с таковым средством, в последнем случае она будет достигнута в более короткий срок и с наиболее положительным результатом. Научная и опытная подготовленность заключается в том, что на современном научном уровне достичь указанной цели не представляется возможным, но целесообразно использовать ранее не применявшиеся методы и средства. Исходя из изложенного, данный автор предложил закрепить обозначенное условие правомерности обоснованного риска следующим образом: "Риск признается обоснованным, если лицо, имеющее возможность выбора варианта поведения для достижения общественно полезной цели, избрало наиболее эффективное и подготовленное действие (бездействие), связанное с риском"<sup>3</sup>.

А.С. Шумков дает расширительное толкование указанного условия правомерности обоснованного риска и считает, что "данный вопрос все-таки

---

<sup>1</sup> Ляпунов Ю.И. Реформы уголовного законодательства и пробелы права // Советская юстиция. 1989. №3. С. 32.

<sup>2</sup> Самороков В.И. Риск в уголовном праве // Государство и право. 1993. №5. С. 110.

<sup>3</sup> Захарова С.С. Указ. соч. С. 46, 47.

получил со стороны законодателя верное решение, представленное в действующей редакции ст. 41 УК РФ, исключаящее оперирование в тексте уголовного закона иными формулировками. При указании в ч. 2 ст. 41 УК РФ на невозможность достижения общественно полезной цели не связанным с риском деянием, уголовный закон имеет в виду те ситуации, когда указанная цель объективно не может быть достигнута совершением деяния, не связанного с нарушением или несоблюдением специальных правил, призванных предупреждать наступление вредных последствий. Именно поэтому ч. 2 ст. 41 УК РФ обязывает лицо, допустившее такой риск, предпринять достаточные меры для предотвращения вреда интересам, охраняемым уголовным законом"<sup>1</sup>.

Уважая точки зрения перечисленных выше ученых, позволим себе с ними не согласиться. Как уже отмечалось в первой главе данного исследования, риск сопровождает любую деятельность. Не существует сферы человеческой деятельности, не связанной с риском, с этим согласны 77% анкетированных в рамках данного исследования судей<sup>2</sup>. Даже если человек ничего не делает, то он рискует заболеть.

При дословном толковании положений ч. 2 ст. 41 можно сделать вывод, что законодатель признает недопустимым рискованное деяние лица, если была возможна безрисковая альтернатива. Учитывая изложенное в предыдущем абзаце, целесообразность подобного положения вызывает сомнения. Весь современный мир с его высокими технологиями построен на риске. Если бы человек имел возможность не рисковать и пользоваться ею, то мы так и остались бы в каменном веке. Во всех случаях в мировой истории у человека не было возможности совершить открытие без рискованного поведения. Вопрос только в том, целенаправленно ли создавались рискованные условия, в которых совершалось открытие. Однако если бы человек целенаправленно не создавал рискованных ситуаций, то автор данной работы не сидел бы перед

---

<sup>1</sup> Шумков А.С. Указ. соч. С. 68.

<sup>2</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.



жидкокристаллическим монитором за клавиатурой компьютера, а писал бы работу от руки (скорее всего пером). В связи с этим представляется недопустимым указание законодателя в ч. 2 ст. 41 УК РФ на допустимость рискованного поведения только в случае отсутствия безрисковой альтернативы. Однако допускать бездумный риск тоже нельзя. Интересное решение данного вопроса предложила С.С. Захарова. Действительно, риск стоит оценивать с точки зрения эффективности и подготовленности, однако критерий подготовленности заключается не только в том, что "...на современном научном уровне достичь указанной цели не представляется возможным, но целесообразно использовать ранее не применявшиеся методы и средства..."<sup>1</sup>, но и в том, что созданы все возможные условия для удачного исхода рискованного поступка. Необходимо обратить внимание на то, что данные требования подходят только для условий эксперимента. В ситуации спонтанного риска деяние не подготовлено и далеко не всегда эффективно. Следовательно требования об эффективности и подготовленности могут применяться только в частных случаях риска. Следует добавить, что в каждой конкретной ситуации деяние человека причинившего вред в состоянии риска, нуждается в экспертной оценке на предмет соотношения значимости и вероятности благоприятного исхода с размером возможного вреда и вероятностью неудачи, с чем согласны 72% анкетированных в рамках данного исследования судей<sup>2</sup>.

Таким образом, и при исполнении приказа, и при допустимом риске есть возможность добиться поставленной цели без причинения вреда. Но не стоит забывать, что при исполнении приказа такую возможность имеет только лицо, имеющее определенную свободу воли. Таким лицом выступает командир, которой получил содержащий общую задачу приказ от вышестоящего начальства. В рамках исполнения полученного от вышестоящего начальства приказа командир отдает конкретные приказы своим подчиненным. В такой ситуации у командира есть возможность

---

<sup>1</sup> Захарова С.С. Указ. соч. С. 46, 47.

<sup>2</sup> См. приложение к диссертационному исследованию

добиться поставленной цели без причинения вреда. В отличие от исполнения приказа, при исполнении распоряжения добиться поставленной цели без причинения вреда нельзя. Риск предполагает только вероятность причинения вреда, однако риск допустим не только в том случае, если отсутствует возможность решить поставленную задачу без риска, но и в любой другой ситуации, когда соблюдены такие критерии, как эффективность и подготовленность (за исключением ситуаций спонтанного риска), и не нарушены другие условия правомерности риска.

Для допустимого риска не установлено ограничений по времени совершения деяния. Субъект сам создаёт рискованную ситуацию, поэтому временные рамки совершения деяния определяются им самим. Однако в ситуации вынужденного риска рискованная ситуация образуется стихийно, поэтому действия субъекта ограничены временными рамками наличия рискованной ситуации. При исполнении приказа или распоряжения деяние должно быть совершено после получения соответствующего приказа или распоряжения. При этом стоит учитывать, что в содержании приказа или распоряжения может заключаться требование о выполнении деяния в определенный, строго установленный срок. Военнослужащие могут вступать в состояние риска во исполнение приказа, в таком случае будут действовать временные рамки, установленные приказом. Это обусловлено тем, что подобный риск не будет являться добровольным, причиной наступления рискованной ситуации будет выступать приказ.

При исполнении приказа или распоряжения у лица нет возможности подготовиться к совершаемому им деянию, поэтому в данном случае неуместно говорить о степени подготовленности деяния. Лицо действует не добровольно и не может знать, какой ему будет отдан приказ или распоряжение. При допустимом риске присутствует обратная ситуация – лицо готовится к совершению деяния, оно должно предпринять все возможные меры для предотвращения неблагоприятных последствий. В случае если лицо отнеслось халатно к подготовке рискованного деяния, в результате которого был причинен вред охраняемым уголовным законом интересам, оно будет нести уголовную

ответственность. Немного другая ситуация будет при вынужденном риске, когда рискованная ситуация образуется стихийно, а не создаётся самим лицом. В этом случае сложно говорить о степени подготовленности деяния. Однако не стоит забывать, что и в этом случае лицо действует в условиях альтернативности развития ситуации и выбирает наиболее благоприятный с его точки зрения вариант развития событий, учитывая при этом степень своей подготовленности и предпринимая все возможные меры для предотвращения неблагоприятных последствий. Такой возможности лишено лицо, исполняющее приказ или распоряжение.

Интерес представляет ситуация, когда лицо рискует во исполнение приказа, например, военнослужащий получает приказ на проведение эксперимента. В таком случае можно говорить о подготовленности деяния, совершенного во исполнение приказа. Но при этом стоит учитывать тот факт, что ответственность за действия подчиненного будет лежать на командире, отдавшем такой приказ. Это обусловлено тем, что командир принимает решение о проведении рискованного деяния, он же, учитывая профессиональную подготовленность и другие личные данные, выбирает исполнителя для совершения данного деяния и берет на себя ответственность за результат действий своего подчиненного. Исполнитель не может отказаться от проведения эксперимента, но может подготовиться к нему в рамках имеющихся возможностей. Таким образом, командир, отдавая приказ на рискованное поведение, сам будет действовать в условиях риска, а исполнитель действует одновременно в условиях риска и исполнения приказа.

В условиях допустимого риска может быть причинен любой вред охраняемым уголовным законом интересам, за исключением угрозы экологической катастрофы или общественного бедствия. Как было отмечено, риск, связанный с угрозой для жизни людей, допускается только в случае согласия каждого из них на такой риск. При этом субъект, идущий на рискованное поведение, рассчитывает на благоприятный исход и делает всё возможное, чтобы неблагоприятные последствия не наступили. Соотношение

возможного вреда с ожидаемым результатом от рискованного деяния характеризуется тем, что ожидаемая вероятность и значимость результата рискованного деяния выше вероятности и опасности наступления неблагоприятных последствий. Размер фактически причиненного в условиях риска вреда может быть любым, если не нарушены условия правомерности рискованного деяния.

При исполнении приказа или распоряжения может быть причинен любой вред охраняемым уголовным законом интересам. В отличие от допустимого риска, при исполнении приказа или распоряжения неважно, как лицо относится к ожидаемым последствиям своего деяния. Лицо, исполняющее приказ или распоряжение, действует не добровольно и выступает своего рода орудием в руках субъекта, имеющего право отдавать соответствующий акт управления. Исполнение приказа или распоряжения по сути является единственным обстоятельством, исключающим преступность деяния, предусмотренным гл. 8 УК РФ, для которого не предусмотрено никаких рамок по размеру причиняемого вреда и в рамках которого возможно причинить любой вред охраняемым уголовным законом интересам (конечно, еще есть ст. 40 УК РФ "Физическое или психическое принуждение", которая в ч. 1 тоже не устанавливает никаких ограничений по размеру возможного вреда. Но, не вдаваясь глубоко в изучение данного обстоятельства, можно сделать вывод, что ч. 1 ст. 40 УК РФ по своей сути копирует положения ст. 28 УК РФ "Невиновное причинение вреда", а ч. 2 является частным случаем крайней необходимости).

При причинении вреда в условиях риска во исполнение приказа или распоряжения действия лица надлежит квалифицировать в зависимости от конкретных обстоятельств дела, анализируя содержание полученного приказа. Если лицо в рамках полученного приказа или распоряжения предприняло все возможные меры для предотвращения вреда, но их оказалось недостаточно, то ответственность должна наступать по правилам исполнения приказа или распоряжения. Это обусловлено тем, что лицо сделало всё от него зависящее для предотвращения вреда, но отказалось от исполнения приказа или распоряжения

оно не может. Если лицо в рамках полученного приказа или распоряжения предприняло не все возможные меры для предотвращения вреда, но приказ или распоряжение 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. Это обусловлено тем, что лицо обязано подчиниться полученному приказу или распоряжению, и у него нет возможности достаточно подготовиться к деянию. Если исполнитель получает приказ, содержащий требование о тщательной подготовке к рискованному деянию и исполнению его по мере готовности, то в случае если исполнитель предпримет не все возможные меры для предотвращения вреда, его действия надлежит квалифицировать по правилам допустимого риска. Это связано с тем, что лицу в рамках полученного приказа предоставляется определенная свобода воли, не устанавливается ограничений ни по времени подготовки деяния, ни по мерам, предпринимаемым для предотвращения возможности наступления вредных последствий. При этом стоит учитывать, что наличие или отсутствие достаточного количества времени на подготовку деяния в каждом конкретном деле должна определять экспертиза.

Статья 24 УК РФ предусматривает две возможные формы вины – умысел и неосторожность. В свою очередь, ст. 25 УК РФ выделяет два вида умышленной формы вины – прямой и косвенный. Преступление признается совершенным с прямым умыслом, если лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий и желало их наступления. Преступление признается совершенным с косвенным умыслом, если лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность наступления общественно опасных последствий, не желало, но сознательно допускало эти последствия, либо относилось к ним безразлично. Статья 26 УК РФ предусматривает две возможные формы неосторожности – легкомыслие и небрежность. Преступление признается совершенным по легкомыслию, если лицо предвидело возможность наступления общественно опасных последствий

своих действий (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение этих последствий. Совершенным по небрежности преступление будет признаваться в том случае, если лицо не предвидело возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло предвидеть эти последствия.

Среди отечественных ученых нет единства мнений по поводу психического отношения лица к совершенному деянию при нарушении условий правомерности допустимого риска. Н.Ш. Козаев считает, что при превышении пределов обоснованного риска имеет место преступление с неосторожной формой вины в виде преступного легкомыслия<sup>1</sup>. Такого же мнения придерживается и А.Ю. Шурдумов<sup>2</sup>.

С.С. Захарова считает, что под превышением пределов обоснованного риска следует понимать "...явное несоответствие действий рискующего субъекта фактическим обстоятельствам рискованной ситуации, а также предпринятых мер противодействия причинению вреда охраняемым уголовным законом интересам. В первом случае лицо подлежит уголовной ответственности за умышленные действия (косвенный умысел, так как не желает наступления общественно опасных последствий), явно не соответствующие ситуации риска, то есть при возможности достичь цели не связанным с риском действием (бездействием) субъект предпочитает рискованное деяние. Во втором речь идет о преступном легкомыслии, то есть рискующий субъект, предвидя возможность наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), самонадеянно рассчитывает на предотвращение этих последствий без достаточных к тому оснований или принимает недостаточные меры к предотвращению вреда"<sup>3</sup>.

В.В. Орехов считает, что в данном случае правильнее говорить о нарушении условий правомерности обоснованного риска и что "для данного

<sup>1</sup> Козаев Н.Ш. Указ. соч. С. 134, 135.

<sup>2</sup> Шурдумов А.Ю. Указ. соч. С. 163, 164.

<sup>3</sup> Захарова С.С. Указ. соч. С. 81.

обстоятельства (в отличие от необходимой обороны, причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, и крайней необходимости) не существует понятия "превышение пределов обоснованного риска", поэтому нельзя согласиться с тем, что при выходе действий лица за границы риска имеет место превышение пределов обоснованного риска"<sup>1</sup>.

С.В. Пархоменко, соглашаясь с В.В. Ореховым, считает, что для обоснованного риска неизвестно такое понятие, как "превышение пределов". Риск может быть либо правомерным (обоснованным), либо неправомерным (необоснованным), необоснованный риск влечет уголовную ответственность на общих основаниях<sup>2</sup>.

Наиболее обоснованной представляется точка зрения В.В. Орехова и С.В. Пархоменко. Действительно, для допустимого риска неизвестно такого понятия, как "превышение пределов", ведь законодатель не устанавливает пределов для риска, а устанавливает условия правомерности, поэтому речь может идти только о нарушении условий правомерности допустимого риска.

С какой же формой вины возможно нарушение условий правомерности допустимого риска? В ситуации риска субъект не желает наступления неблагоприятных последствий, поэтому нарушение условий правомерности допустимого риска с прямым умыслом невозможно, иначе речи о риске просто не будет. Представляется, что неправомерный риск может быть совершен с косвенным умыслом (см. ч. 3 ст. 25 УК), так как косвенный умысел характеризуется тем, что лицо, осознавая общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность наступления общественно опасных последствий, не желало, но сознательно их допускало или относилось к ним безразлично. Следовательно, формулировка *"не желало, но сознательно допускало или относилось к ним безразлично"* предполагает пассивное поведение субъекта по отношению к общественно

---

<sup>1</sup> Орехов В.В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния. СПб., 2003. С. 151, 152.

<sup>2</sup> Пархоменко С.В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности или необходимости. СПб., 2004. С. 259.

опасным последствиям своих действий, что вполне вероятно. Условия правомерности допустимого риска предполагают, что лицо, идущее на рискованное поведение, должно предпринять все возможные меры для предотвращения вредных последствий, что предполагает активное поведение субъекта. Нарушение данного условия правомерности возможно с косвенным умыслом. Например, лицо, проводящее эксперимент, осознаёт, что его действия могут привести к вредным последствиям, предвидит возможность наступления этих вредных последствий, но относится к ним безразлично, то есть лицо, проводящее эксперимент, может не предпринять никаких мер для предотвращения возможности наступления вредных последствий, так как ему просто безразлично, наступят они или нет. Следовательно нарушение условий правомерности допустимого риска возможно с косвенным умыслом.

Нарушение условий правомерности допустимого риска невозможно с небрежной формы вины. Это обусловлено тем, что небрежность предполагает отсутствие у лица, совершающего деяние, предвидения возможности наступления общественно опасных последствий. При риске лицо предвидит возможность наступления неблагоприятных последствий, иначе не может идти речи о риске.

Неосторожность в форме легкомыслия предполагает, что субъект предвидел возможность наступления неблагоприятных последствий, но без достаточных на то оснований самонадеянно рассчитывал на предотвращение этих последствий. Следовательно, можно сделать вывод, что в случае нарушения условий правомерности допустимого риска может иметь место преступление с неосторожной формой вины в виде легкомыслия. Правомерный риск и легкомыслие, как вид неосторожности, тесно связаны. Риск, так же как и легкомыслие, предполагает предвидение реальной, конкретной возможности наступления вредного последствия. При допустимом риске и легкомыслии соответствующий субъект противопоставляет предвидимому им вредному последствию конкретные, вполне определенные



факторы, с помощью которых рассчитывает предотвратить угрожающий ущерб<sup>1</sup>.

Где же заканчивается допустимый риск и начинается легкомыслие? М.С. Гринберг полагает, что момент сознательного поставления в опасность внешне сближает правомерный риск и легкомыслие, обуславливает формальное их сходство. Но при легкомыслии лицо не проявляет надлежащей вдумчивости и серьезности в оценке обстановки, действует неосмотрительно, при правомерном же риске лицо пренебрегает предвидением возможных нежелательных последствий в силу правильно понятой важности поставленной цели, в силу того, что данное пренебрежение является единственно возможным средством осуществления полезной цели. Лицо принимает меры к возможным ограничениям объема и интенсивности создаваемой опасности<sup>2</sup>. Исходя из этого, можно сделать вывод, что вопрос о том, где проходит грань между правомерным риском и преступным легкомыслием, должен решаться в зависимости от цели, к достижению которой стремится лицо, от движущего им мотива, от его отношения к оценке обстановки, в которой оно действует, а также от того, насколько достаточными будут признаны меры, предпринятые лицом для предотвращения вреда.

В отличие от допустимого риска, для исполнения приказа или распоряжения законодатель предусмотрел всего два условия правомерности: отсутствие заведомой преступности и обязательность. При этом обязательность является характеризующим признаком приказа и распоряжения. Если нет обязательности, то не может идти и речи о приказе или распоряжении, а анализируя форму вины при исполнении заведомо преступного приказа или распоряжения, следует учитывать, что приказ или распоряжение, в отличие от допустимого риска, носят обязательный, а не добровольный характер. Заведомость предполагает осознание и предвидение

---

<sup>1</sup> Шурдумов А.Ю. Указ. соч. С. 162.

<sup>2</sup> Гринберг М.С. Проблема производственного риска в уголовном праве. М., Госюриздат, 1963. С. 122.

лицом, исполняющим приказ или распоряжение, общественно опасных последствий своих действий, то есть остается только решить вопрос о желании лица, исполняющего заведомо преступный приказ или распоряжение, наступления опасных последствий. Думается, что чаще всего будет встречаться безразличное отношение лица к возможным последствиям своих действий. Это обусловлено тем, что лицо будет действовать не по своей воле, а исполняя приказ или распоряжение. Но не исключена возможность наличия у лица желания наступления опасных последствий. Таким образом, исполнение заведомо преступного приказа или распоряжения возможно с прямым или косвенным умыслом.

Стоит учитывать, что в условиях военной службы возможна ситуация, когда приказ или распоряжение устанавливает определенные рамки дозволенного поведения, переступить которые нельзя. В таком случае возможно превышение пределов исполнения приказа или распоряжения с любой формой вины. Это обусловлено тем, что исполнитель приказа может, как умышленно нарушить границу дозволенного поведения (с прямым или косвенным умыслом), так и по неосторожности (небрежность или легкомыслие).

Есть определенные условия, при которых деяние, причинившее вред охраняемым уголовным законом интересам, не будет признано допустимым риском, а лицо понесёт ответственность:

- 1) цель, поставленная лицом, являлась общественно вредной или общественно опасной;
- 2) соотношение значимости цели и вероятности удачного исхода меньше соотношения вероятности неудачи и размера возможного вреда;
- 3) лицо проигнорировало наиболее эффективный и подготовленный вариант поведения (не предприняло всех возможных мер для предотвращения неблагоприятных последствий);
- 4) деяние было заведомо сопряжено с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия;

5) деяние было заведомо сопряжено с угрозой для жизни людей, без согласия каждого из них на такой риск.

Лицо, совершившее умышленное преступление во исполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения, несёт уголовную ответственность на общих основаниях (ч. 2 ст. 42 УК РФ). В первой главе настоящего диссертационного исследования уже упоминалось, что положения ч. 2 ст. 42 УК РФ нуждаются в изменениях, обусловленных применением новой синтезированной доктрины (синтез доктрин "пассивного послушания" и "умных штыков"), предложенной в данной работе. В современном бою даже секундное промедление может стоить поражения, поэтому у лица, исполняющего приказ в боевых условиях, не должно быть возможности обсуждать приказ (с тем, что подчиненный в условиях экстремальной ситуации, когда его жизни и/или его подразделения угрожает опасность, и секундное промедление недопустимо, должен выполнить любой приказ командира, согласны 70,2% анкетированных в рамках данного исследования судей<sup>1</sup>). При этом подчиненный должен быть уверен, что не понесет ответственности за вред, причиненный во исполнение приказа, отданного в боевых условиях, в том случае, если он соответствует профессиональным функциям военнослужащего (подробнее см. гл. I). Таким образом, ч. 2 ст. 42 "Исполнение приказа или распоряжения" необходимо привести к следующей редакции:

"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

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

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."

Таким образом, для лиц, исполняющих приказ или распоряжение, уголовная ответственность наступит при следующих условиях:

- для лиц, исполняющих приказ или распоряжение, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного распоряжения при условии возможности сознательного выбора;
- для военнослужащих, исполняющих приказ, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного приказа, при условии возможности сознательного выбора или отсутствия боевой обстановки. При этом приказ, полученный в боевой обстановке, должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок, только в случае его соответствия профессиональным функциям военнослужащего.

Проанализировав сходства и различия институтов исполнения приказа или распоряжения и допустимого риска и их взаимосвязь в условиях военной службы, следует признать неверным вывод А.Ю. Шурдумова, писавшего, что "сходство этих обстоятельств заключается лишь в том, что оба они отнесены законодателем к числу обстоятельств, исключающих преступность деяния, следствием чего является освобождение от уголовной ответственности за вред, причиненный правоохраняемым интересам при наличии определенных условий – выполнения лицом обязательного для него приказа или

распоряжения и признания совершенных рискованных действий обоснованными"<sup>1</sup>. Напротив, в условиях военной службы прослеживается весьма тесная взаимосвязь данных обстоятельств, исключающих преступность деяния. 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 продемонстрировать следующей схемой:



В завершение данного параграфа представляется необходимым кратко рассмотреть взаимодействие исследуемых обстоятельств, исключающих преступность деяния, с другими обстоятельствами, предусмотренными гл. 8 УК РФ. Субъектом необходимой обороны, так же как и субъектом допустимого риска, может выступать любое лицо. Субъектом исполнения приказа или распоряжения выступает только лицо, обязанное исполнить приказ или распоряжение. Таким образом, по субъектному составу необходимая оборона шире исполнения приказа или распоряжения. Однако при необходимой обороне вред может быть причинен только нападающему лицу, в то время как при исполнении приказа или распоряжения вред может быть причинен любым правоохраняемым интересам, а при допустимом риске – любым правоохраняемым интересам, за исключением тех, которые угрожают экологической катастрофой или общественным бедствием, то есть по объекту причинения вреда необходимая оборона уже исполнения приказа или распоряжения и допустимого риска. Стоит учитывать, что субъект

<sup>1</sup> Шурдумов А.Ю. Указ. соч. С. 64.

исполнения приказа может получить практически любой приказ, в том числе приказ встать на охрану какого-либо объекта (например, охрана эшелона, в случае нападения солдат будет одновременно находиться в состоянии необходимой обороны и исполнения приказа), субъект же исполнения распоряжения может получить довольно ограниченный (рамками полномочий отдающего распоряжение) круг распоряжений, среди которых сложно представить ситуацию получения распоряжения, предписывающего встать на охрану какого-либо лица или объекта. Невозможно представить и ситуацию одновременного действия допустимого риска и необходимой обороны. Естественно, что необходимую оборону в любом случае сопровождает риск, как социальное явление, однако риск как институт законодательства предполагает добровольность действий рискующего субъекта (в отличие от необходимой обороны, где действия вынужденные), подготовленность деяния, а также согласие людей, чьей жизни в результате такого деяния может угрожать опасность, на такой риск (вряд ли нападающего будут об этом спрашивать). Таким образом, связь необходимой обороны с указанными обстоятельствами, исключающими преступность деяния, можно продемонстрировать следующей схемой:



Субъектом причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, может выступать любое лицо, то есть по субъектному составу данное обстоятельство, исключающее преступность деяния, шире исполнения приказа или распоряжения. Однако при задержании лица, совершившего преступление, вред может быть причинен только соответствующему лицу, то есть по объекту причинения вреда данное

обстоятельство, исключаящее преступность деяния, уже, чем исполнение приказа или распоряжения и допустимый риск. Чаще всего задержанием преступников занимаются сотрудники полиции, на что они получают соответствующий приказ, то есть при задержании преступника сотрудниками полиции чаще всего данные обстоятельства, исключаящие преступность деяния, будут действовать одновременно. При этом полицейский вполне может дать распоряжение какому-либо гражданину о содействии в задержании (например, сотрудник ГИБДД дает распоряжение водителю самосвала перекрыть дорогу, по которой скрывается преступник). В подобном случае параллельно будут действовать исполнение приказа или распоряжения и причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление. Как и в случае с необходимой обороной, при задержании лица, совершившего преступление, лицо, безусловно, действует в состоянии риска, как социального явления, однако риск, как институт законодательства, предполагает согласие на такой риск лица, чьей жизни в результате рискованного поведения может угрожать опасность. При задержании лица, совершившего преступление, у преступника никто не спрашивает согласия на риск его жизнью (несмотря на то, что ст. 38 ставит условием причинения вреда его соразмерность совершенному преступлению, это не значит, что при задержании преступника жизнь последнего не будет подвержена опасности).

Таким образом, связь причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, с указанными обстоятельствами, исключаящими преступность деяния, можно продемонстрировать следующей схемой:



Крайняя необходимость по субъектному составу шире исполнения приказа или распоряжения. Однако основным условием признания деяния лица крайней необходимостью является то, что причинённый вред должен быть меньше вреда предотвращенного. Крайняя необходимость предполагает право лица поступить подобным образом, а исполнение приказа или распоряжения – обязанность. Сложно представить параллельное действие для одного лица данных обстоятельств, исключающих преступность деяния. Даже если лицо, имеющее право отдавать приказы или распоряжения, в состоянии крайней необходимости воспользуется этим правом, все равно деяния исполнителя приказа или распоряжения будут оцениваться на основании ст. 42 УК РФ, а деяние командира – на основании ст. 39 УК РФ.

Иная ситуация с допустимым риском. Допустимый риск и крайняя необходимость – похожие обстоятельства, исключающие преступность деяния. Несмотря на то, что крайняя необходимость предполагает непосредственную опасность, которую невозможно устранить иначе чем причинив вред, а допустимый риск предполагает только возможность возникновения такой опасности, это не означает, что невозможно параллельное действие данных обстоятельств, исключающих преступность деяния. Например, во время эксперимента с реактором ситуация выходит из-под контроля, потенциальная опасность превращается в реальную, и руководитель принимает решение об остановке реактора и затоплении помещения, где находится реактор, что повлечет значительные материальные потери. В данной ситуации руководитель эксперимента будет одновременно находиться в состоянии допустимого риска и крайней необходимости. Таким образом, связь крайней необходимости с указанными обстоятельствами, исключающими преступность деяния, можно продемонстрировать следующей схемой:





Ведя разговор о ст. 40 УК РФ "Физическое или психическое принуждение", стоит отметить, что ч. 1 данной статьи, по сути, копирует положения ст. 28 УК РФ "Невиновное причинение вреда", а ч. 2 по сути является частным случаем крайней необходимости, в связи с чем рассмотрение взаимодействия данной статьи с другими обстоятельствами, исключающими преступность деяния, представляется нецелесообразным.

Подводя итоги данного параграфа, следует сделать выводы в виде таблицы, в которой отражены сходства и различия допустимого риска и исполнения приказа или распоряжения, а также их специфика в условиях военной службы.

Основания разграничения	Допустимый риск (ст. 41 УК РФ)	Исполнение приказа или распоряжения (ст. 42 УК РФ)	Специфика в условиях военной службы
Основание деяния	Общественно полезная цель	Сам факт получения приказа или распоряжения	Возможность риска во исполнение приказа
Цель и мотив деяния	Достижение общественно полезной цели	Цель – выполнение поставленной задачи. Мотивы различны, чаще всего – боязнь наказания	Военная служба является общественно полезным деянием, в рамках которого лицо обязано исполнять полученные

			приказы
Субъект причинения вреда	Любой	Лицо, обязанное исполнить приказ или распоряжение	Военнослужащий может быть одновременно субъектом исполнения приказа и допустимого риска
Объект причинения вреда	Любые охраняемые уголовным законом интересы, за исключением тех, которые угрожают экологической катастрофой или общественным бедствием. Риск для жизни людей допустим только в случае согласия каждого из них на такой риск	Любые охраняемые уголовным законом интересы	Возможна ситуация отдачи приказа в условиях риска
Характер деяния	Действие или бездействие	Действие или бездействие	
Причинно-следственная связь между деянием и наступившими последствиями	Характеризуется вероятностью наступления неблагоприятных последствий (опосредованная)	Непосредственная	Возможность риска во исполнение приказа. В этом случае причинно-следственная связь будет характеризоваться вероятностью наступления неблагоприятных последствий
Возможность добиться цели в сложившейся ситуации без	Может быть, только в таком случае это займет гораздо больше	При исполнении приказа – может быть, а может не быть. При	

причинения вреда	времени и материальных затрат	исполнении распоряжения – отсутствует	
Время совершения деяния	Обычно нет ограничений. Исключение – вынужденный риск, тогда время совершения деяния ограничено временем наличия рискованной ситуации	После получения приказа или распоряжения. Требование о времени совершения деяния может быть заключено в содержании самого приказа или распоряжения	При риске во исполнение приказа будут действовать временные рамки, установленные приказом
Степень подготовлен- ности деяния	Чаще всего деяние подготовлено. При вынужденном риске - деяние неподготовлено	Деяние неподготовлено	При риске во исполнение приказа деяние может быть подготовлено
Размер допустимого вреда, его соотношение с результатом, ожидаемым от действий, обусловленных применением обстоятельств, исключающих преступность деяния	Может быть причинен любой вред, за исключением 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 выше вероятности и опасности	Может быть причинен любой вред. Неважно, как лицо относится к ожидаемым последствиям своего деяния	При риске во исполнение приказа действия исполнителя должны квалифициро- ваться в зависимости от содержания полученного приказа и действий лица, его исполняющего.

	<p>наступления неблагоприятных последствий.</p> <p>Размер фактически причиненного в условиях риска вреда может быть любым, если не нарушены условия правомерности рискованного деяния</p>		
<p>Форма вины при нарушении условий правомерности</p>	<p>Неосторожность в виде легкомыслия.</p> <p>Косвенный умысел</p>	<p>Прямой или косвенный умысел.</p> <p>При нарушении рамок, установленных самим приказом или распоряжением – любая форма вины</p>	
<p>Условия наступления уголовной ответственности при нарушении условий правомерности</p>	<p>1) Цель, поставленная лицом, не являлась общественно полезной.</p> <p>2) Соотношение значимости цели и вероятности удачного исхода меньше соотношения вероятности неудачи и размера возможного вреда.</p> <p>3) Лицо проигнорировало наиболее эффективный и</p>	<p>1) Для лиц, исполняющих приказ или распоряжение, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного распоряжения при условии возможности сознательного выбора.</p> <p>2) Для военнослужащих, исполняющих приказ, в случае совершения умышленного</p>	

	<p>подготовленный вариант поведения (не предприняло всех возможных мер для предотвращения неблагоприятных последствий).</p> <p>4) Деяние было заведомо сопряжено с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия.</p> <p>5) Деяние было заведомо сопряжено с угрозой для жизни людей, без согласия каждого из них на такой риск.</p>	<p>преступления во исполнение заведомо незаконного приказа, при условии возможности сознательного выбора или отсутствия боевой обстановки. При этом приказ, полученный в боевой обстановке, должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок, только в случае его соответствия профессиональным функциям военнослужащего.</p>	
--	--	--	--

Также, подводя итоги данного параграфа, следует отметить, что ст. 41 УК РФ "Допустимый риск" необходимо привести к следующей редакции:

"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".

## §2. Допустимый риск и отправление профессиональных функций

Допустимый риск является обстоятельством, исключающим преступность деяния, предусмотренным гл. 8 УК РФ. Отправление профессиональных функций не предусмотрено в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния, гл. 8 УК РФ. Однако данное обстоятельство нуждается в законодательном закреплении (подробнее см. в главе 1 данной работы).

Для правильной квалификации деяний лиц, правомерно причинивших вред охраняемым уголовным законом интересам, требуется рассмотреть сходства и различия допустимого риска и отправления профессиональных функций. Учитывая специфику военной службы, необходимо обратить внимание на вопросы взаимосвязи вышеупомянутых обстоятельств, исключающих преступность деяния при применении их в условиях военной службы.

Представляется целесообразным рассмотреть взаимосвязь допустимого риска и отправления профессиональных функций по тем же критериям, по каким в предыдущем параграфе была рассмотрена взаимосвязь допустимого риска и исполнения приказа или распоряжения, а именно:

- 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 допустимого вреда, его соотношение с результатом, ожидаемым от действий, обусловленных применением обстоятельства, исключаящего преступность деяния;

11) форма вины при нарушении условий правомерности;

12) условия наступления уголовной ответственности при нарушении условий правомерности.

Основанием деяния при отправлении профессиональных функций выступает правомерное занятие лицом своей профессиональной деятельностью. Основанием деяния при риске выступает достижение общественно полезной цели, которая не может быть достигнута не связанными с риском действиями, либо достижение данной цели без риска займёт слишком много времени и средств (правомерность риска должна оцениваться по соотношению значимости цели и вероятности удачного исхода с вероятностью неудачи и размером возможного вреда. Подробнее об этом было сказано в предыдущем параграфе). Бывают ситуации вынужденного риска, но у субъекта риска все равно остается возможность выбора вариантов поведения, однозначно не ведущих к ответственности. У субъекта отправления профессиональных функций может быть возможность выбора среди вариантов поведения, не ведущих к ответственности, а может и не быть. Это обусловлено тем, что в рамках правил конкретной профессии, компетенции и полномочий лица может быть несколько вариантов поведения. Например, врач знает несколько способов лечения определенной болезни и выбирает один из них. Однако может быть ситуация, когда у лица, исполняющего свои профессиональные функции, не будет возможности выбора варианта поведения. Например, у боксера нет иной возможности выиграть бой, иначе как наносить удары своему противнику (разумеется, в рамках правил).

У военнослужащих основанием риска может выступать не только добровольное поведение или стихийная ситуация, но и исполнение профессиональных функций. Так, ст. 3 Дисциплинарного Устава ВС РФ

предусматривает: "Воинская дисциплина обязывает каждого военнослужащего... беспрекословно выполнять поставленные задачи в любых условиях, в том числе с **риском для жизни**, стойко переносить трудности военной службы..."<sup>1</sup> Анализ данной статьи позволяет сделать вывод, что возможна отдача приказа, предписывающего совершение рискованного действия.

Аналогичное положение, только в более расширенном виде содержится и в ст. 7 Устава внутренней службы ВС РФ, которая гласит: "Военнослужащие обладают правами и свободами человека и гражданина с некоторыми ограничениями, установленными федеральными конституционными законами и федеральными законами. На военнослужащих возлагаются обязанности по подготовке к вооруженной защите и вооруженная защита Российской Федерации, которые связаны с необходимостью беспрекословного выполнения поставленных задач в любых условиях, в том числе с **риском для жизни**. В связи с особым характером обязанностей, возложенных на военнослужащих, им предоставляются социальные гарантии и компенсации"<sup>2</sup>. Подробно рассмотрев эту статью, можно сделать вывод, что на военнослужащих возложена правовая обязанность рисковать.

Сходной чертой для исполнения приказа или распоряжения и допустимого риска будет являться то, что основанием их совершения не будет выступать какая-либо угроза охраняемым интересам.

При допустимом риске целью и мотивом деяния будет общественно полезная цель. Причем, как было отмечено, общественно полезная цель является существенным условием риска, без которого он не будет признан правомерным. Целью и мотивом отправления профессиональных функций

---

<sup>1</sup> Дисциплинарный Устав Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. N 1495, в редакции Указа президента РФ от 14.01.13 № 20.

<sup>2</sup> Устав внутренней службы Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. N 1495, в редакции Указа президента РФ от 14.01.13 № 20.



выступает выполнение своих профессиональных обязанностей. Стоит отметить, что занятие не запрещенной законом профессиональной деятельностью чаще всего является общественно полезным деянием. Жизнедеятельность любого государства построена на исполнении своих профессиональных обязанностей множеством людей. Работа любого государственного органа, будь то полиция, суд, прокуратура, армия, невозможна без профессионалов.

Субъектом причинения вреда при риске может выступать любой человек. Субъектом причинения вреда при отправлении профессиональных функций может быть только лицо, занимающееся в рамках своей компетенции и полномочий не запрещенной законом профессиональной деятельностью, при условии, что занятие данной профессией разрешено (не запрещено) законом действующему лицу. Таким образом, по кругу субъектов допустимый риск шире отправления профессиональных функций. Следовательно, военнослужащий может быть субъектом отправления профессиональных функций и допустимого риска одновременно.

В случае допустимого риска объектом причинения вреда могут выступать любые охраняемые уголовным законом интересы, за исключением тех, которые угрожают экологической катастрофой или общественным бедствием. Также риск будет признан недопустимым, если была создана угроза для жизни людей, без согласия каждого из них на такой риск.

При отправлении профессиональных функций может быть причинен любой вред охраняемым уголовным законом интересам. Возможность причинения вреда ограничена правилами конкретной профессии, компетенцией и полномочиями субъекта причинения вреда. При этом стоит учитывать, что исполнение профессиональной функции военнослужащего часто предполагает правовую обязанность риска. В таком случае объект причинения вреда может быть шире, чем предусмотрено условиями правомерности допустимого риска. Например, экипаж, испытывающий новую атомную подводную лодку, исполняет свои профессиональные

функции, находясь при этом в состоянии риска. При этом, несмотря на все меры предосторожности, есть вероятность выхода из строя атомного реактора подводной лодки (такие случаи в истории были, один из самых ярких примеров – К-19), что чревато экологической катастрофой. Однако условия правомерности допустимого риска не позволяют создавать угрозы экологической катастрофы или общественного бедствия. Поэтому в данном случае относительно объекта причинения вреда будут действовать условия правомерности отправления профессиональных функций.

Объективная сторона по характеру деяния в условиях допустимого риска выражается в действии или бездействии. Чаще всего деяние будет выражено в форме активного действия, но возможны и ситуации бездействия. Например, военный хирург откажется ампутировать раненому солдату ногу в целях её спасения. При отправлении профессиональных функций объективная сторона по характеру деяния чаще всего будет выражена в активном действии. Однако возможна ситуация, когда вред при отправлении профессиональных функций будет причинен в форме бездействия. Например, военный патруль, имеющий обязанность предупреждать граждан о заминированной местности, не выполнит своей обязанности по отношению к определенной группе граждан, зная, что перед ними находятся террористы.

Отправление профессиональных функций характеризуется непосредственной причинно-следственной связью между деянием и наступившими последствиями. Допустимый риск, как было сказано в предыдущем параграфе, имеет свою специфику в данном вопросе. Риск не связан с причинением ущерба, а лишь предполагает создание его опасности, наступление вреда в результате рискованных действий является лишь вероятным. Очевидно, что значимость и вероятность цели риска должны быть значительно выше опасности и вероятности наступления вреда. Несмотря на то, что оценка вероятности наступления вредных последствий является весьма субъективным фактором, субъект риска обязан планировать

и принимать в расчет события случайные, ожидаемые с большей или меньшей степенью вероятности, объективно случайная связь между его действием и результатом не выходит за пределы возможного вменения.

Интерес представляет ситуация, когда лицо рискует во исполнение своих профессиональных функций. Риск характеризуется вероятностью наступления неблагоприятных последствий, а отправление профессиональных функций – непосредственной причинно-следственной связью между деянием и последствиями. В такой ситуации, несмотря на то, что первоисточником деяния будет отправление профессиональных функций, не будет непосредственной причинно-следственной связи между деянием и наступившими в результате рискованного поведения последствиями. Это обусловлено тем, что в обычной ситуации лицо, исполняющее свои профессиональные обязанности, действует в рамках своей компетенции и полномочий и намеревается причинить вред для того, чтобы исполнить свой долг. В ситуации, когда лицо рискует во исполнение своих профессиональных функций, несмотря на то, что оно по-прежнему действует в рамках своей компетенции и полномочий, оно не рассчитывает на наступление неблагоприятных последствий. Наоборот, лицо, взвешивая степень угрозы возможного вреда и вероятность удачного исхода ситуации, субъективно уверено в благоприятном исходе рискованной ситуации. Наступление вреда лишь вероятно. Поэтому в данной ситуации, несмотря на то, что первопричиной рискованного поведения будет выступать исполнение лицом своих профессиональных функций, непосредственной причинно-следственной связи между деянием и наступившими последствиями не будет.

Необходимо обратить внимание на то, что конкретный список мер предосторожности при рискованном деянии обычно прописан в подзаконных актах, регулирующих правила профессии. Данный факт свидетельствует не только о тесной связи обозначенных обстоятельств, исключающих преступность деяния, но и подтверждает выводы А. П. Дмитренко о неявной (скрытой) бланкетности уголовно-правовых норм,

регламентирующих подобные обстоятельства. Поддерживая точку зрения данного автора, следует признать, что "нормы иных отраслей права не регламентируют самостоятельных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния. Они, являясь специальными нормами по отношению к общим, содержащимся в УК РФ, призваны конкретизировать условия и пределы правомерности обстоятельств, исключающих преступность деяния, применительно к конкретным ситуациям."<sup>1</sup>

При отправлении профессиональных функций у лица может быть возможность добиться поставленной цели без причинения вреда, а может и не быть. Действия лица определяются правилами конкретной профессии, рамками его компетенции и полномочий. Например, у боксера на ринге нет иной возможности выиграть бой, кроме как наносить удары своему противнику. При этом боксер будет действовать согласно правилам своей профессии в рамках своей компетенции и полномочий. Однако возможны ситуации, когда правила профессии предусматривают множество возможных вариантов действия, а лицо в рамках своей компетенции наделено широким кругом полномочий, например, командир группы спецназа может вступить в переговоры с террористами и тем самым обнаружить себя и свою группу, а может иметь полномочия на её уничтожение.

Законодатель в ч. 2 ст. 41 установил следующую норму: "Риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием)..." Получается, что с точки зрения законодателя наличие возможности добиться цели без угрозы причинения вреда будет исключать возможность применения института риска. Но, как было отмечено в предыдущем параграфе, с такой позицией невозможно согласиться. Любая сфера человеческой деятельности связана с риском, с таким суждением согласны 77,2% анкетированных в рамках

---

<sup>1</sup> *Дмитренко А. П.* Институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве России: основы теории, законодательной регламентации и правоприменения: Автореф. дисс..... док. юрид. наук. М., 2010. С. 22.

данного исследования судей<sup>1</sup>. Поэтому безрисковой альтернативы не может быть в принципе, чтобы человек ни делал, он всегда рискует. Вопрос только в том, целенаправленно ли были созданы рискованные условия. Нельзя запрещать человеку целенаправленно создавать рискованные условия, иначе прогресс остановится, однако и бездумный риск тоже недопустим. Поэтому следует согласиться с мнением С.С. Захаровой<sup>2</sup> в той части, что риск допустим в случае, когда соблюдены критерии эффективности и подготовленности деяния и не нарушены другие условия правомерности допустимого риска.

В большинстве случаев для допустимого риска не установлено ограничений по времени совершения деяния. Субъект сам создаёт рискованную ситуацию, поэтому временные рамки совершения деяния определяются им самим. Однако в ситуации вынужденного риска рискованная ситуация образуется стихийно, поэтому действия субъекта ограничены временными рамками наличия рискованной ситуации. При исполнении профессиональных функций деяние должно быть совершено во время исполнения лицом своих служебных обязанностей, при этом стоит учитывать то, что в каждой профессии установлены свои временные рамки вступления в должность и сдачи своих должностных обязанностей. В обычной жизни лицо начинает исполнять свои профессиональные функции при приходе на работу с начала рабочего времени. Однако в условиях военной службы возможно наделение лица на время дополнительными обязанностями.

Например, согласно ст. 207 Устава гарнизонной, комендантской и караульной служб ВС РФ часовой обязан "бдительно охранять и стойко оборонять свой пост; нести службу бодро, ни на что не отвлекаться, не выпускать из рук оружия и никому не отдавать его, включая лиц, которым он подчинен; продвигаясь по указанному маршруту или находясь на наблюдательной вышке, внимательно осматривать подступы к посту,

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

<sup>2</sup> Захарова С.С. Указ. соч. С. 46, 47.

ограждение и докладывать по средствам связи о ходе несения службы в установленные табелем постами сроки; не оставлять поста, пока не будет сменен или снят, даже если его жизни угрожает опасность; самовольное оставление поста является преступлением против военной службы; иметь на посту оружие заряженным по правилам, указанным в статье 125 настоящего Устава, и всегда готовым к действию; не допускать к посту ближе расстояния, указанного в таблице постами и обозначенного на местности указателями запретной границы, никого, кроме начальника караула, помощника начальника караула, своего разводящего и лиц, которых они сопровождают; знать маршруты и график движения транспортных средств караула, а также их опознавательные знаки и сигналы; знать маршруты выдвижения, опознавательные знаки (сигналы) резервной группы караула и дежурного подразделения, занимаемые ими рубежи и позиции вблизи поста; уметь применять находящиеся на посту средства пожаротушения; вызывать начальника караула при обнаружении неисправности в ограждении объекта (на посту) и нарушениях порядка вблизи своего поста или на соседнем посту; услышав лай караульной собаки, а также при срабатывании технических средств охраны немедленно сообщать в караульное помещение"<sup>1</sup>, то есть наделение лица статусом часового порождает множество дополнительных обязанностей, которых нет у обычного военнослужащего, несмотря на то, что и обычный военнослужащий и часовой исполняют профессиональные функции военнослужащих. Только военнослужащий в рамках исполнения своих профессиональных функций получает статус часового, который предполагает более высокую ответственность, в частности, ст. 342 УК РФ предусматривает ответственность только для военнослужащих, имевших на момент совершения деяния статус караульного (часовой входит в состав караула). Часовой лишается и многих прав, которые у военнослужащих и так сильно ограничены, например, ст. 209 Устава гарнизонной, комендантской и

---

<sup>1</sup> Устав гарнизонной, комендантской и караульной служб Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. N 1495, в редакции Указа президента РФ от 14.01.13 № 20.

караульной служб ВС РФ часовому запрещается "...спать, сидеть, прислоняться к чему-либо, писать, читать, петь, разговаривать, есть, пить, курить, отправлять естественные потребности или иным образом отвлекаться от исполнения своих обязанностей, принимать от кого бы то ни было и передавать кому бы то ни было какие-либо предметы, вызывать своими действиями срабатывание технических средств охраны, досылать без необходимости патрон в патронник"<sup>1</sup>. Столь высокие требования к часовому обусловлены важностью выполняемой им задачи по охране вверенного объекта.

Наделение военнослужащего статусом часового предполагает и отмену на это время некоторых обязанностей, которые предусмотрены для военнослужащих, не имеющих обозначенного статуса. Например, часовой, несмотря на то, что он остается военнослужащим, согласно ст. 204 Устава гарнизонной, комендантской и караульной служб ВС РФ подчиняется только начальнику караула, помощнику начальника караула и своему разводящему, то есть пока военнослужащий является часовым, он не подчиняется ни командиру части, ни даже Верховному главнокомандующему ВС РФ (Президенту России). Интерес представляет и тот факт, что часовому вменяются в обязанность такие действия, за которые в обычной жизни его ждала бы уголовная ответственность. Например, ст. 211 вышеозначенного Устава вменяет в обязанность часовому открыть огонь по человеку, пересекшему границу охраняемой территории, в случае отказа последнего подчиниться требованиям часового или обращения в бегство.

Таким образом, внутри исполнения профессиональных функций возможно наделение лица специальным статусом, расширяющим или сужающим его права или обязанности. Если в рамках определенной профессии для признания действий лица правомерными необходимо, чтобы данное лицо обладало специальным статусом, то в таком случае время совершения деяния должно совпадать со временем обладания лицом

---

<sup>1</sup> Там же.

специальным статусом. Для правильной оценки действий лица необходимо определить время начала и окончания действия специального статуса. Думается, что в каждой профессии данные временные рамки будут определяться правилами конкретной профессии. Например, согласно ст. 261 Устава гарнизонной, комендантской и караульной служб ВС РФ, караульный приобретает статус часового после доклада разводящему о принятии им поста. Переход обратно от статуса часового к статусу караульного, согласно той же статье вышеозначенного Устава, осуществляется после доклада часового разводящему о сдаче им поста.

Военнослужащие могут вступать в состоянии риска во исполнение своих профессиональных функций. В таком случае будут действовать временные рамки отправления профессиональных функций. При этом стоит учитывать, что, если обязанность рисковать возложена на военнослужащего в рамках какого-либо специального статуса (например, часового), то в таком случае будут действовать временные рамки обладания специальным статусом. Это обусловлено тем, что подобный риск не будет добровольным, основанием рискованного поведения в подобных случаях будет выступать отправление профессиональных функций либо специального статуса в рамках профессиональных функций.

Допустимый риск предполагает подготовленность деяния, лицо должно предпринять все возможные меры для предотвращения неблагоприятных последствий. Немного другая ситуация будет при вынужденном риске, когда рискованная ситуация образуется стихийно, а не создаётся самим лицом. В этом случае сложно говорить о степени подготовленности деяния. Однако не стоит забывать, что и в этом случае лицо действует в условиях альтернативности развития ситуации и выбирает наиболее благоприятный с его точки зрения вариант развития событий, учитывая при этом степень своей подготовленности и предпринимая все возможные меры для предотвращения неблагоприятных последствий.



Отправление профессиональных функций, также как и допустимый риск, предполагает подготовленность деяния. Лицо действует в рамках своей компетенции и должностных полномочий, исполняя свои профессиональные функции. Являясь специалистом своего дела, лицо явно подготовлено к деянию, причем подготовлено профессионально. Однако степень профессиональной подготовки лиц, причинивших вред во исполнение профессиональных функций, может сильно отличаться. Например, в условиях боевых действий уничтожение противника будет являться профессиональной обязанностью, как рядового пехоты, так и офицера спецназа. Они оба будут действовать в рамках исполнения своих профессиональных функций, обладая соответствующей компетенцией и полномочиями, только у офицера спецназа уровень подготовки будет несравненно выше, чем у рядового пехоты. Именно более высокий уровень подготовки позволяет выполнять офицеру спецназа как боевые задачи рядового пехоты (правда это все равно, что забивать гвозди микроскопом, но на войне может возникнуть и такая ситуация), так и узкоспециализированные задачи своего спецподразделения. Рядовой пехоты в силу уровня своей подготовки будет иметь право только на выполнение соответствующих своей компетенции боевых задач. При этом стоит учитывать то, что офицер спецназа гораздо лучше выполнит задачи, свойственные для рядового состава пехоты, чем сами рядовые пехотинцы, не означает того, что выполнение этих задач лежит за пределами компетенции пехотинцев. Более высокий уровень компетенции офицера спецподразделения предполагает допуск к более широкому кругу выполняемых боевых задач. Это необходимо учитывать для правильной квалификации совершенного деяния.

Необходимо обратить внимание на тот факт, что в условиях военной службы возможно возникновение внештатной ситуации, когда лицу приходится внезапно приступить к исполнению своих профессиональных функций. Примером может служить ситуация объявления боевой тревоги. В подобной ситуации происходит подъем личного состава и вызов в часть всех офицеров, не находящихся в данный момент на службе. Офицер, которого в данном случае

вызывают из дома в часть, явно не ожидает такого развития ситуации, которая для него в данном случае является внезапной. Однако не стоит забывать, что все офицеры проходят обязательный инструктаж по действиям в условиях тревоги и осознают, что её объявление в принципе вполне возможно. Личный состав части проходит тренировки на случай объявления тревоги, поэтому их действия в условиях тревоги (несмотря на её внезапность) следует считать подготовленными.

При риске во исполнение профессиональных функций степень подготовленности деяния будет еще выше, чем при допустимом риске и отправлении профессиональных функций по отдельности. По сути, речь идёт о двойной подготовленности деяния. Во-первых, лицо подготовлено к деянию как профессионал, во-вторых, лицо отдельно в рамках своих профессиональных функций проводит подготовку к рискованному поведению. Исключения составляют ситуации, когда лицо в рамках исполнения профессиональных функций идет на вынужденный риск. Например, пилот подбитого военно-транспортного самолета принимает решение тянуть до места дислокации, чтобы не совершать посадку в неподготовленном месте, где возможно нахождение противника. В данном случае рискованная ситуация образовалась стихийно, не по воле пилота, любое его решение будет рискованным. Однако, будучи военным пилотом, лицо имеет определенную профессиональную подготовку, которая позволяет ему принять наиболее благоприятное решение в сложившихся условиях. Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что профессиональный риск является наиболее предпочтительной формой риска.

В условиях допустимого риска может быть причинен любой вред охраняемым уголовным законом интересам, за исключением угрозы экологической катастрофы или общественного бедствия. Как было отмечено ранее, риск, связанный с угрозой для жизни людей, допускается только в случае согласия каждого из них на такой риск. При этом субъект, идущий на рискованное поведение, рассчитывает на благоприятный исход и делает всё возможное, чтобы неблагоприятные последствия не наступили. Соотношение

возможного вреда с ожидаемым результатом от рискованного деяния характеризуется тем, что ожидаемая вероятность и значимость результата рискованного деяния выше вероятности и опасности наступления неблагоприятных последствий. Размер фактически причиненного в условиях риска вреда может быть любым, если не нарушены условия правомерности рискованного деяния.

При отправлении профессиональных функций может быть причинен любой вред охраняемым уголовным законом интересам, если не нарушены условия правомерности отправления профессиональных функций. Рамки допустимого вреда ограничены компетенцией и полномочиями субъекта причинения вреда, а также правилами конкретной профессии. Лицо, действующее во исполнение профессиональных функций, прекрасно понимает, что его деянием будет причинен вред охраняемым уголовным законом интересам, но оно вынужденно так поступить в силу своих профессиональных обязанностей. Конечно, у лица может быть право на причинение вреда, однако и в этом случае данное право будет инструментом для достижения целей, поставленных перед лицом в рамках его профессии. Примером может служить ч. 1 ст. 18 ФЗ "О полиции", которая гласит: "Сотрудник полиции имеет право на применение физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия лично или в составе подразделения (группы) в случаях и порядке, предусмотренных федеральными конституционными законами, настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами"<sup>1</sup>. Как можно видеть из данного примера, у сотрудника полиции есть **право** на применение огнестрельного оружия, то есть сотрудник полиции может и не применять оружие, но для достижения поставленных перед ним Законом "О полиции" целей он в специально оговоренных случаях получает подобное право. Субъект причинения вреда выполняет поставленную перед ним его профессией цель, поэтому, в отличие от допустимого риска, неважно, как лицо при отправлении профессиональных функций относится к ожидаемым последствиям своего

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 07.02.11 №3-ФЗ "О полиции" в ред. от 05.04.13.

деяния. Размер фактически причиненного вреда в данном случае может быть любым, если не нарушены условия правомерности отправления профессиональных функций (соблюдены правила профессии, компетенция и полномочия лица и др.).

Интерес представляет ситуация причинения вреда в условиях риска во исполнение профессиональных функций. В данном случае квалифицировать деяния лица надлежит в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Если лицо имело профессиональную обязанность рисковать и предприняло все возможные меры для предотвращения неблагоприятных последствий, то его действия следует квалифицировать по правилам отправления профессиональных функций. Это обусловлено тем, что первопричиной рискованного поведения выступает отправление профессиональных функций, в рамках которых лицо имеет обязанность риска. Если лицо имело профессиональную обязанность рисковать и предприняло не все возможные меры для предотвращения неблагоприятных последствий, но его профессиональные обязанности предусматривали немедленное выполнение рискованного деяния, вследствие чего у лица не было достаточно времени на его подготовку, то деяние лица надлежит оценивать по правилам отправления профессиональных функций. Это обусловлено тем, что лицо обязано исполнить свои обязанности, но у него нет времени на подготовку риска. В таком случае приходится рассчитывать только на высокий уровень компетенции субъекта причинения вреда, однако любой риск, несмотря на опытность рискующего лица, требует подготовки, возможности которой в данном случае лишен субъект причинения вреда. При этом стоит учитывать, что наличие или отсутствие достаточного количества времени на подготовку деяния в каждом конкретном деле должна определять экспертиза. Если лицо в рамках своих профессиональных функций имело право на риск, то тогда деяние лица надлежит квалифицировать по правилам допустимого риска. Это обусловлено добровольностью действий рискующего субъекта, в противовес предыдущим примерам, когда действия лица были вынужденными.

Нарушение условий правомерности допустимого риска возможно с двумя формами вины: косвенным умыслом и неосторожностью в виде легкомыслия. Подробнее об этом было сказано в предыдущем параграфе.

Мы уже говорили в первой главе данного диссертационного исследования о целесообразности включения в гл. 8 УК РФ ст. 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 формам, при условии, что занятие данной профессией и должности разрешено (не запрещено) законом действующему лицу"<sup>1</sup>. Проанализировав положения предлагаемого проекта статьи, можно сделать вывод, что она содержит следующие условия правомерности.

1) Деяние должно быть осуществлено в соответствии с правилами конкретной профессии.

2) Деяние должно быть осуществлено в рамках компетенции и полномочий должности субъекта причинения вреда.

3) Деяние должно быть осуществлено в установленных законом формах.

4) Занятие данной профессии и должности должно быть разрешено (не запрещено) законом действующему лицу.

Рассмотрев представленные условия правомерности, можно сделать вывод, что выход за их пределы возможен с любой формой вины.

Учитывая безусловную необходимость включения в гл. 8 УК РФ нового обстоятельства, исключающего преступность деяния "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций", необходимо брать в расчет возможность неполного соответствия деяния условиям отправления профессиональных функций. В связи с этим п. "ж" ст. 61 УК РФ

---

<sup>1</sup> Арямов А.А. Правомерное причинение вреда. Челябинск, 2004. С. 213.

"Обстоятельства, смягчающее наказание" необходимо дополнить указанием на отправление профессиональных функций и принять п. "ж" ст. 61 УК РФ в следующей редакции: "Совершение преступления при нарушении условий правомерности необходимой обороны, задержания лица, совершившего преступление, крайней необходимости, допустимого риска, исполнения приказа или распоряжения, причинения вреда при осуществлении профессиональных функций".

Есть определенные условия, при которых деяние, причинившее вред охраняемым уголовным законом интересам, не будет признано допустимым риском, а лицо понесёт ответственность. Как уже было отмечено в предыдущем параграфе, это следующие условия:

- 1) цель, поставленная лицом, являлась общественно вредной или общественно опасной;
- 2) соотношение значимости цели и вероятности удачного исхода меньше соотношения вероятности неудачи и размера возможного вреда;
- 3) лицо проигнорировало наиболее эффективный и подготовленный вариант поведения (не предприняло всех возможных мер для предотвращения неблагоприятных последствий);
- 4) деяние было заведомо сопряжено с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия;
- 5) деяние было заведомо сопряжено с угрозой для жизни людей, без согласия каждого из них на такой риск.

Деяние, причинившее вред охраняемым уголовным законом интересам, не будет признано отправлением профессиональных функций, а субъект причинения вреда понесет ответственность при следующих условиях:

- деяние осуществлено с нарушением правил конкретной профессии;
- деяние осуществлено за рамками компетенции и полномочий должности субъекта причинения вреда;
- деяние осуществлено с нарушением установленной законом формы;

- занятие данной профессии и должности запрещены законом субъекту причинения вреда.

Проанализировав сходства и различия допустимого риска и отправления профессиональных функций и их взаимосвязь в условиях военной службы, можно сделать вывод, что, 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 продемонстрировать следующей схемой:



Подводя итоги данного параграфа, следует сделать выводы в виде таблицы, в которой отражены сходства и различия допустимого риска и причинения вреда при осуществлении профессиональных функций, а также их специфика в условиях военной службы.

Основания разграничения	Допустимый риск (ст. 41 УК РФ)	Отправление профессиональных функций	Специфика в условиях военной службы
Основание деяния	Общественно полезная цель	Занятие своей профессиональной деятельностью	Возможность риска во исполнение профессиональных функций. Риск как профессиональная обязанность
Цель и мотив деяния	Достижение общественно полезной цели	Выполнение своих профессиональных обязанностей	Профессия военнослужащего общественно полезна
Субъект причинения вреда	Любой	Лицо, занимающееся	Военнослужащий может быть

		в рамках своей компетенции и полномочий незапрещенной законом профессиональной деятельностью, при условии, что занятие данной профессией разрешено (не запрещено) законом действующему лицу	одновременно субъектом рискованного поведения и отправления профессиональных функций
Объект причинения вреда	Любые охраняемые уголовным законом интересы, за исключением тех, которые угрожают экологической катастрофой или общественным бедствием. Риск для жизни людей допустим только в случае согласия каждого из них на такой риск	Любые охраняемые уголовным законом интересы	Риск как профессиональная обязанность. В таком случае объект причинения вреда должен оцениваться по правилам отправления профессиональных функций
Характер деяния	Действие или бездействие	Действие или бездействие	
Причинно-следственная связь между деянием и наступившими последствиями	Характеризуется вероятностью наступления неблагоприятных последствий (опосредованная)	Непосредственная	Возможность риска во исполнение профессиональных функций. В этом случае причинно-следственная связь будет



			характеризоваться вероятностью наступления неблагоприятных последствий
Возможность добиться цели в сложившейся ситуации без причинения вреда	Может быть, только в таком случае это займет гораздо больше времени и материальных затрат	Может быть, а может и не быть. Зависит от правил профессии, компетенции и полномочий субъекта	
Время совершения деяния	Обычно нет ограничений. Исключение – вынужденный риск, тогда ограничено рамками рискованной ситуации	Во время исполнения своих служебных обязанностей	Возможно наделение военнослужащего специальным статусом, расширяющим его полномочия, тогда деяние должно быть совершено во время действия этого статуса. При риске во исполнение профессиональных функций действуют временные рамки, установленные профессиональными функциями
Степень подготовленности деяния	Чаще всего деяние подготовлено. При вынужденном риске - деяние неподготовлено	Деяние подготовлено	Возможна ситуация внезапного начала исполнения своих служебных обязанностей, деяние в этом случае все равно подготовлено
Размер допустимого вреда, его соотношение с	Может быть причинен любой вред, за исключением	Может быть причинен любой вред, если не	При риске во исполнение профессиональных функций деяние

<p>результатом, ожидаемым от действий, обусловленных применением обстоятельств, исключающих преступность деяния</p>	<p>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 выше вероятности и опасности наступления неблагоприятных последствий. Размер фактически причиненного в условиях риска вреда может быть любым, если не нарушены условия правомерности рискованного деяния</p>	<p>нарушены условия правомерности. Рамки допустимого вреда определяются правилами конкретной профессии, компетенцией и полномочиями лица. Неважно, как лицо относится к ожидаемым последствиям своего деяния</p>	<p>субъекта должно квалифицироваться в зависимости от содержания его профессиональных обязанностей и предпринятых действий</p>
<p>Форма вины при нарушении условий правомерности</p>	<p>Неосторожность в виде легкомыслия. Косвенный умысел</p>	<p>Любая форма вины</p>	
<p>Условия наступления уголовной ответственности при нарушении условий правомерности</p>	<p>1) Цель, поставленная лицом, являлась общественно вредной или общественно опасной.</p>	<p>1) Деяние осуществлено с нарушением правил конкретной профессии. 2) Деяние</p>	

	<p>2) Соотношение значимости цели и вероятности удачного исхода меньше соотношения вероятности неудачи и размера возможного вреда.</p> <p>3) Лицо проигнорировало наиболее эффективный и подготовленный вариант поведения (не предприняло всех возможных мер для предотвращения неблагоприятных последствий).</p> <p>4) Деяние было заведомо сопряжено с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия.</p> <p>5) Деяние было заведомо сопряжено с угрозой для жизни людей, без согласия каждого из них на такой риск.</p>	<p>осуществлено за рамками компетенции и полномочий должности субъекта причинения вреда.</p> <p>3) Деяние осуществлено с нарушением установленной законом формы.</p> <p>4) Занятие данной профессии и должности запрещены законом субъекту причинения вреда.</p>	
--	--	--	--

Также, подводя итоги данного параграфа, следует отметить, что п. "ж" ст. 61 УК РФ "Обстоятельства, смягчающие наказание" необходимо привести

к следующей редакции: "Совершение преступления при нарушении условий правомерности необходимой обороны, задержания лица, совершившего преступление, крайней необходимости, допустимого риска, исполнения приказа или распоряжения, причинения вреда при осуществлении профессиональных функций".

### **§3. Исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций**

Исполнение приказа или распоряжения является обстоятельством, исключающим преступность деяния, предусмотренным гл. 8 УК РФ. Отправление профессиональных функций не предусмотрено в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния, гл. 8 УК РФ. Однако, данное обстоятельство нуждается в законодательном закреплении, с чем согласились 61% анкетированных в рамках данного исследования судей<sup>1</sup> (подробнее см. в главе 1 данной работы).

Для правильной квалификации деяний лиц, правомерно причинивших вред охраняемым уголовным законом интересам, требуется рассмотреть сходства и различия исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций. Учитывая специфику военной службы, необходимо обратить внимание на вопросы взаимосвязи вышеупомянутых обстоятельств, исключающих преступность деяния при применении их в условиях военной службы.

Соблюдая систему данного диссертационного исследования, следует рассмотреть взаимосвязь исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций по тем же критериям, что и в предыдущих параграфах, а именно:

- 1) основание деяния;

---

<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

- 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 допустимого вреда, его соотношение с результатом, ожидаемым от действий, обусловленных применением обстоятельства, исключающего преступность деяния;
- 11) форма вины при нарушении условий правомерности;
- 12) условия наступления уголовной ответственности при нарушении условий правомерности.

Основанием деяния при исполнении приказа или распоряжения выступает наличие самого приказа или распоряжения. Лицо действует не добровольно, а в силу юридической обязанности подчиниться вышестоящему начальнику. Субъект причинения вреда жестко ограничен рамками приказа или распоряжения, за неисполнение которого предусмотрена ответственность (для военнослужащих – уголовная), поэтому выбора варианта поведения у лица, исполняющего приказ или распоряжение, по сути, нет. Основанием исполнения профессиональных функций выступает занятие лицом своей профессиональной деятельностью. Сходной чертой с исполнением приказа или распоряжения будет выступать то, что у лица, исполняющего профессиональные функции, есть определенные обязанности, за неисполнение которых его ждут санкции. Однако при исполнении профессиональных функций у лица может быть возможность выбора среди вариантов поведения, не ведущих к ответственности, а может и не быть.

Военнослужащие обязаны исполнять приказы командиров в силу своих профессиональных обязанностей. Если лицо не является военнослужащим, то оно и не должно исполнять обязательные для военнослужащих приказы. В этом случае лицо вообще находится за рамками компетенции приказов военнослужащих. Однако это не означает, что лицо не обязано подчиняться распоряжениям. При этом стоит учитывать, что полномочиями отдавать распоряжения лицо наделяется в связи с исполнением им своих профессиональных функций, например, обычный гражданин не подчиняется приказам полицейских начальников, так как сам не является полицейским, но распоряжения сотрудника полиции выполнить обязан. Сотрудник полиции получает право отдавать распоряжения в связи с исполнением своих профессиональных функций, не будучи сотрудником полиции, он не имеет права отдавать подобные распоряжения. Таким образом, отправление профессиональных функций и исполнение приказа или распоряжения тесно взаимосвязаны.

Исполнение приказа или распоряжения сходно с отправлением профессиональных функций тем, что основанием их совершения не будет выступать какая-либо угроза охраняемым интересам.

При исполнении приказа или распоряжения целью деяния будет являться выполнение поставленной задачи, мотивы могут быть различны, чаще всего это боязнь наказания, но могут быть и другие мотивы. Целью и мотивом отправления профессиональных функций будет выступать выполнение своих профессиональных обязанностей. Одной из профессиональных обязанностей военнослужащего является исполнение приказов. Следовательно, при исполнении приказа военнослужащим его первоначальной мотивацией будет являться выполнение профессиональных обязанностей.

Объединяет исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций ограниченный круг субъектов деяния. При отправлении профессиональных функций субъектом причинения вреда

может быть только лицо, занимающееся в рамках своей компетенции и полномочий не запрещенной законом профессиональной деятельностью, при условии, что занятие данной профессией разрешено (не запрещено) законом действующему лицу. При исполнении приказа или распоряжения субъектом причинения вреда может быть только лицо, имеющее правовую обязанность исполнить приказ или распоряжение. Как было отмечено, у военнослужащих есть профессиональная обязанность исполнять приказы, поэтому при исполнении приказа военнослужащие одновременно являются субъектом отправления профессиональных функций. Круг субъектов исполнения распоряжения шире круга субъектов исполнения профессиональных функций. Это обусловлено тем, что подчиняться распоряжению может быть обязан очень широкий круг лиц, независимо от их профессий. Например, сотрудник ГИБДД может отдавать распоряжения любому участнику дорожного движения. При этом стоит учитывать, что сотрудник ГИБДД получает такое право в связи с исполнением своих профессиональных функций, но водители, получающие распоряжения от инспектора ГИБДД, могут как находиться при исполнении своих профессиональных функций, так и нет.

Объединяет исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций то, что объектом причинения вреда могут выступать любые охраняемые уголовным законом интересы. При деянии во исполнение приказа или распоряжения возможность причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам ограничена рамками самого приказа или распоряжения. Возможность причинения вреда при отпадении профессиональных функций ограничена правилами конкретной профессии, компетенцией и полномочиями субъекта причинения вреда. В условиях военной службы возможна ситуация, когда военнослужащему будет отдан приказ, исполнение которого выходит за пределы компетенции и полномочий подчиненного лица. В таком случае данный приказ будет незаконен, и подчиненный не обязан его выполнять. Исключением является,

если подобный приказ отдан в боевой обстановке (вполне возможно, что у командира просто не будет других кандидатур для выполнения поставленной задачи), тогда подчиненное лицо не обязано его исполнить. При этом стоит учитывать, что речь идёт именно о ситуации, когда военнослужащий, имеющий определенную специальность, выходит за рамки своей компетенции и полномочий, для того чтобы выполнить функции, свойственные военнослужащему другой специальности (например, солдату-стрелку прикажут занять место погибшего оператора противотанкового ракетного комплекса). Ответственность за наступивший вред в таком случае будет полностью лежать на командире, отдавшем такой приказ. Однако сам командир, отдавший подобный приказ, будет находиться при исполнении профессиональных функций, поэтому его действия должны подлежать оценке с учётом условий правомерности отправления профессиональных функций.

Сходной чертой исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций будет то, что объективная сторона по характеру деяния будет выражаться в действии или бездействии. Подробнее об этом было сказано в предыдущих параграфах.

И исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций характеризуются непосредственной причинно-следственной связью между деянием и наступившими последствиями, что в очередной раз подчеркивает тесную взаимосвязь данных обстоятельств, исключающих преступность деяния.

При отправлении профессиональных функций у лица может быть возможность достичь поставленной цели без причинения вреда, а может и не быть. Наличие подобной возможности определяется правилами конкретной профессии, рамками компетенции и полномочий субъекта причинения вреда. При исполнении приказа у лица также может быть возможность достичь поставленной цели без причинения вреда, а может и не быть, только здесь наличие такой возможности зависит от того, какой приказ получил



подчиненный, одновременно являющийся командиром (подробнее об этом см. в §1 данной главы). При исполнении распоряжения у лица нет возможности добиться поставленной цели без причинения вреда.

При исполнении приказа или распоряжения деяние должно быть совершено после получения соответствующего приказа или распоряжения. Требование о выполнении деяния в определенный, строго установленный срок может заключаться в содержании соответствующего приказа или распоряжения. При исполнении профессиональных функций деяние должно быть совершено во время исполнения лицом своих служебных обязанностей. В каждой профессии предусмотрены свои временные рамки вступления в должность и сдачи своих должностных обязанностей. В условиях военной службы возможно наделение лица на время дополнительными обязанностями (специальным статусом). Интерес представляет тот факт, что наделение лица специальным статусом в условиях военной службы происходит по приказу. Получается следующая ситуация: военнослужащий в рамках исполнения своих профессиональных функций получает приказ (например, встать на пост), который наделяет его в рамках военной службы специальным статусом (часового). Получив данный статус, военнослужащий продолжает исполнять свои профессиональные функции, при этом объем его прав и обязанностей на это время изменяется: в рамках своих новых обязанностей военнослужащий по-прежнему обязан исполнять приказы командиров, только их перечень резко сокращается (до трех человек: согласно ст. 204 Устава гарнизонной, комендантской и караульной служб ВС РФ, часовой подчиняется только начальнику караула, помощнику начальника караула и своему разводящему). Таким образом, круг полномочий субъекта отправления профессиональных функций может сильно меняться в зависимости от полученных приказов. Это необходимо учитывать для правильной квалификации деяния.

При исполнении приказа или распоряжения у лица нет возможности подготовиться к совершаемому деянию, что обусловлено тем, что лицо действует не добровольно и не может знать, какой ему будет отдан приказ или

распоряжение. При отправлении профессиональных функций лицо действует в рамках своей компетенции и должностных полномочий, исполняя свои профессиональные функции, поэтому деяние подготовлено, причем подготовлено профессионально.

Интерес представляет ситуация исполнения приказа при отправлении профессиональных функций (учитывая, что в абсолютном большинстве случаев исполнение приказа будет осуществляться в рамках отправления профессиональных функций, этот вопрос приобретает особую актуальность). Отправление профессиональных функций характеризуется подготовленностью деяния, а исполнение приказа или распоряжения – нет. Несмотря на то, что первопричиной деяния будет оправление лицом своих профессиональных функций, степень подготовленности деяния будет зависеть от содержания полученного приказа. Если приказ предписывает совершение рутинной операции в рамках военной службы (например, встать в наряд), то можно говорить о подготовленности деяния, так как субъект исполнения приказа будет выполнять хорошо известную ему отработанную операцию. Если приказ предписывает совершение не рутинной операции (например, приказ солдату в условиях боевых действий подобрать винтовку погибшего снайпера и поразить определенную цель), то несмотря на то, что он отдан в рамках профессиональных функций, говорить о подготовленности деяния не приходится, так как исполнитель приказа будет выполнять не типичную для него операцию.

Исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций объединяет и то, что во исполнение их может быть причинен любой вред охраняемым уголовным законом интересам (не установлено никаких рамок по размеру причиняемого вреда), если не нарушены условия правомерности. При этом в обоих случаях неважно, как лицо относится к ожидаемым последствиям своего деяния.

При исполнении приказа в отправление профессиональных функций квалифицировать деяние лица, причинившего вред охраняемым уголовным законом интересам, надлежит в зависимости от конкретных обстоятельств дела. В

целом стоит согласиться с мнением В.А. Блинникова, что "если параллельно существуют два (и более) обстоятельства, исключающих преступность деяния, то должны применяться критерии допустимости вреда, наиболее "выгодные" для причинителя вреда"<sup>1</sup>. Однако при одновременном действии обстоятельств, исключающих преступность деяния, являющихся предметом данного исследования (допустимый риск, исполнение приказа или распоряжения, отправление профессиональных функций), стоит учитывать содержание полученного приказа или распоряжения, компетенцию и полномочия субъекта причинения вреда, а также правила конкретной профессии (об этом подробнее было сказано в предыдущих параграфах). Принимая во внимание, что в абсолютном большинстве случаев исполнение приказа будет происходить во исполнение профессиональных функций (есть и исключения из этого правила, например, действия партизан, которые не являются военнослужащими, могут иметь совершенно разные профессии, но должны исполнять приказы), следует применять критерии допустимости вреда, наиболее "выгодные" для причинителя вреда (в случае если не нарушены условия правомерности ни одного из действующих обстоятельств, исключающих преступность деяния).

Стоит обратить внимание на ситуацию, когда приказ предписывает совершить деяние, противоречащее правилам конкретной профессии. Например, разводящий прикажет покинуть действующий пост часовому, не сменив его. Часовой обязан подчиняться приказам разводящего, однако ст. 207 Устава гарнизонной, комендантской и караульной служб ВС РФ запрещает часовому покидать пост, пока он не будет сменен или снят, даже если его жизни угрожает опасность. В подобном случае часовой должен соблюдать абсолютный запрет, установленный правилами профессии, то есть не покидать пост. Однако возможна и обратная ситуация: в боевых условиях командир может отдать приказ, исполнение которого находится за пределами компетенции солдата (у командира просто может не быть специалистов под

---

<sup>1</sup> Блинников В.А. Конкуренция обстоятельств, исключающих преступность деяния // Вестник Ставропольского государственного университета. 2002. №30. С. 181.

рукой, а боевую задачу выполнять надо), и последний будет в меру своих сил обязан исполнить его. В этом случае солдат будет исполнять приказ в отправление своих профессиональных функций, и при причинении вреда он должен быть освобожден от ответственности по правилам исполнения приказа. Поэтому следует признать не совсем верным вывод В.А. Блинникова, что "...в ситуации, когда наличествуют одновременно два (и более) обстоятельств, исключающих преступность деяния, но превышаются пределы допустимости только одного из них, лицо должно нести уголовную ответственность за причинение уголовно значимого вреда при нарушенных юридических критериях допустимости именно этого обстоятельства"<sup>1</sup>. Как видно из приведенного выше примера, солдат может выходить за пределы правомерности отправления профессиональных функций по приказу командира, подчиниться которому в боевых условиях он обязан.

Нарушение условий правомерности исполнения приказа или распоряжения возможно с прямым или косвенным умыслом. В отличие от исполнения приказа или распоряжения, нарушение условий правомерности отправления профессиональных функций возможно с любой формой вины.

Для лиц, исполняющих приказ или распоряжение, уголовная ответственность наступит при следующих условиях:

- 1) для лиц, исполняющих приказ или распоряжение, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного распоряжения при условии возможности сознательного выбора;
- 2) для военнослужащих, исполняющих приказ, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного приказа, при условии возможности сознательного выбора или отсутствия боевой обстановки (при этом приказ, полученный в боевой обстановке, должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок, только в случае его соответствия профессиональным функциям военнослужащего).

---

<sup>1</sup> Там же. С. 182.

Деяние, причинившее вред охраняемым уголовным законом интересам, не будет признано отправлением профессиональных функций, а субъект причинения вреда понесет ответственность при следующих условиях:

- деяние осуществлено с нарушением правил конкретной профессии;
- деяние осуществлено за рамками компетенции и полномочий должности субъекта причинения вреда;
- деяние осуществлено с нарушением установленной законом формы;
- занятие данной профессии и должности запрещены законом субъекту причинения вреда.

Проанализировав сходства и различия исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций и их взаимосвязь в условиях военной службы, можно сделать вывод об очень тесной их связи друг с другом. Чаще всего исполнение приказа будет происходить в рамках отправления профессиональных функций<sup>1</sup>. В целом, взаимодействие данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, характеризуется тем, что поведение конкретного субъекта может подпадать одновременно под действие нескольких указанных обстоятельств. Данную область взаимодействия можно продемонстрировать следующей схемой:



Стоит отметить, что в судебной практике по применению обстоятельств, исключающих преступность деяния (которой практически

<sup>1</sup> Талаев И. В. Сравнительная характеристика исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций как обстоятельств, исключающих преступность деяния // Российское правосудие. 2014. №1. С. 67-74.

нет) в условиях военной службы, встречаются случаи одновременного применения сразу нескольких вышеназванных обстоятельств. Так, 20 мая 1996 г. в 21 час. в расположение войсковой части 26254 (пригород г. Омска) на автомашине М-2141 под управлением гр. Б. приехали братья К. – Алексей, Юрий и Евгений. Последний из них проходил военную службу в указанной части и ранее высказывал своим братьям жалобы на применение к нему физического насилия со стороны сослуживца-рядового И. Приехав в часть, братья К. встретили этого военнослужащего и с применением физической силы повели его за пределы жилой зоны. По пути Евгений К. нанес И. несколько ударов в лицо, причинив закрытую тупую травму головы, сотрясение головного мозга, а также ссадины и ушибы мягких тканей лица. После применения насилия к И. братья К. и гр. Б. предприняли попытку покинуть территорию части на автомашине. Однако очевидцы избиения военнослужащего гражданскими лицами доложили об этом дежурному по части. Тот по телефонной связи отдал начальнику внутреннего караула части капитану А.В. Розину, являвшемуся одновременно старшим группы быстрого реагирования, приказ о пресечении беспорядков и задержании лиц, совершивших преступление. Во исполнение полученного приказа капитан Розин с резервной группой в составе подчиненных ему рядовых А.А. Царева, В.Н. Стояна, А.А. Демченко и В.А. Зевакова предпринял попытку преградить дорогу автомобилю М-2141, на котором выезжали за территорию части задерживаемые. На произведенные Розиным два предупредительных выстрела в воздух водитель автомобиля и его пассажиры не реагировали и продолжили движение за территорию части. После этого Розин, исполняя приказ о задержании лиц, совершивших преступление, отдал подчиненным ему военнослужащим приказ открыть огонь по скрывающимся лицам. По этой команде Царев, Демченко, Зеваков и Стоян произвели в направлении автомобиля 22 выстрела. В результате автомобиль съехал с дороги и ударился о проволочное ограждение части. Алексею К. было причинено смертельное огнестрельное ранение, гр. Б. и Юрию К. – вред различной степени тяжести.

Уголовное преследование в отношении караульных Царева, Демченко, Стояна и Зевакова было прекращено за отсутствием в их действиях состава преступления на основании ст. 42 УК, поскольку они действовали во исполнение обязательного для них приказа начальника, который субъективно воспринимали как законный. При принятии юридического решения в отношении капитана Розина было учтено, что он выполнял распоряжение вышестоящего начальника. Кроме того, он выполнял обязанности военнослужащего и гражданина по пресечению преступных действий и задержанию лиц, их совершивших. Иными средствами задержать братьев К. и гр. Б. он не располагал. На этом основании уголовное дело в отношении его также было прекращено, с учетом положений ст.38 УК, за отсутствием в его действиях состава преступления<sup>1</sup>.

Соглашаясь с мнением А.Ю. Девятко, следует признать, что "...принятие решения о прекращении уголовного преследования в отношении капитана Розина на основании положений ст. 38 УК в данном случае было необоснованным. Им было нарушено одно из основных требований, заключенных в ст. 38 УК, о том, чтобы причиненный при задержании вред соответствовал характеру и степени общественной опасности совершенного задерживаемыми лицами преступления"<sup>2</sup>. Однако с дальнейшим выводом А.Ю. Девятко, что данное деяние являлось исполнением приказа, нельзя согласиться. Действительно, капитан получил приказ от дежурного по части на задержание нарушителей, но решение открыть огонь по машине он принял сам, при этом он действовал согласно правил профессии, сделав два предупредительных выстрела, в рамках своей компетенции и полномочий (капитан на момент совершения деяния имел статус начальника караула, а значит, согласно ст. 158 Устава гарнизонной, комендантской и караульной служб ВС РФ, имел право применять оружие), следовательно, его действия не

---

<sup>1</sup> Уголовное дело № 11/00/0001-98Д. Архив военной прокуратуры СибВО. 1998 г. Цит. по: *Девятко А.Ю.* Указ. соч. С. 82, 83.

<sup>2</sup> Там же. .С. 83.

являлись преступными именно в силу отправления профессиональных функций.

Стоит обратить внимание и на то, что на досудебной стадии подобные дела прекращаются на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ (отсутствие в деянии состава преступления). Так, в нашедшем деле начальника Военно-топографического управления Генштаба контр-адмирала Сергея Козлова, обвиняемого по ч. 4 ст. 159 и ч. 3 ст. 286 УК РФ, установлено, что "...Козлов, являясь начальником управления навигации и океанографии Минобороны России, приказал начальнику 280-го Центрального картографического предприятия Минобороны России капитану 1 ранга Юрию Рожкову заключить лицензионные договоры с ООО "Чарт-Пилот" и ЗАО "Транзас". Между тем, право заключать подобные контракты имело только Министерство обороны... В дальнейшем фирмы распространили карты в формате Международной гидрографической организации. В итоге государству причинен ущерб на сумму более 9,5 млн. рублей..."<sup>1</sup> В отношении капитана 1 ранга Юрия Рожкова дело было прекращено на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ (отсутствие в деянии состава преступления). Как видно из данного примера, в деянии капитана 1-го ранга Юрия Рожкова все-таки есть состав преступления, однако его следовало освободить от уголовной ответственности на основании того, что он исполнял приказ своего прямого начальника контр-адмирала Сергея Козлова.

Аналогичная ситуация прослеживается и в других уголовных делах. Так, 30 апреля 2013 г. около 16 час. в процессе проведения плановых занятий по огневой подготовке в тире в/ч 00000 по адресу.... начальник группы... отделения .... отдела Управления "А" в/ч 00000 подполковник Б. по собственной инициативе дал указание оперуполномоченному той же войсковой части старшему лейтенанту З. расположиться за рубежом открытия огня, спрятавшись от стреляющих военнослужащих за пулеулавливатели и ширмы для внезапного поднятия мишеней. Кроме того, Б. одним из условий

---

<sup>1</sup> <http://izvestia.ru/news/531931>



упражнения назвал необходимость ведения огня при отступлении в имитируемый дверной косяк.

Лейтенант Я. при выполнении упражнения со служебным оружием, закрепленным за ним автоматом АК-74М..., выходя с огневой позиции, не зная о нахождении З. за рубежом открытия огня, произвёл в его сторону выстрел из автомата, в результате чего З. причинено огнестрельное проникающее пулевое ранение в грудную полость..., вследствие которого наступила его смерть...

Согласно положению №7 курса стрельб ФСБ России, старший руководитель стрельбы обязан руководить стрельбой, следить за соблюдением Курса стрельб и не допускать случаев необоснованных изменений при выполнении упражнений, при нарушении требований безопасности немедленно прекратить стрельбу...

Допрошенный в ходе предварительного следствия в качестве свидетеля начальник .... отделения .... отдела в/ч 00000 подполковник Б. пояснил, что по собственной инициативе без согласования с командованием части 30 апреля 2013 г. дал указание З. занять положение в секторе ведения огня, однако не предполагал и не желал наступления столь негативных последствий. Также он пояснил: "...до 30 апреля 2013 г. указанное упражнение также проводилось с различными осложнениями, а именно: за рубежом открытия огня находились сотрудники и инструкторы в/ч 00000, которые своими действиями усложняли проведение упражнения для стреляющего: неожиданно создавали световые, звуковые помехи, вбрасывали на линию огня посторонние предметы и выставляли неожиданные мишени. При этом эти сотрудники всегда находились в секторе ведения огня, но под прикрытием специальных защитных ограждений, и факты несчастных случаев, ранений этих сотрудников и инструкторов в/ч 00000 за период моей службы мне неизвестны... При этом еще раз могу уточнить, что до проведения упражнения З. был мною проинструктирован, ему было доведено, каким образом надлежит себя вести, было проконтролировано его положение за

пулеулавливателями, и я полагал, что и это упражнение будет проведено успешно и никаких последствий не наступит, как это и происходило неоднократно ранее".

Допрошенный в ходе предварительного следствия в качестве свидетеля начальник .... отдела Управления "А" в/ч 00000 полковник К. пояснил: "...При проведении аналогичного упражнения, при котором было причинено смертельное огнестрельное ранение З., раннее до 30 апреля 2013 г. и в настоящее время существует практика расположения сотрудников части за рубежом открытия огня для создания световых, звуковых помех, вбрасывания на линию огня посторонних предметов и выставления неожиданных мишеней перед стреляющим... Также стоит отметить, что обычно при проведении такого рода занятий стреляющие предупреждаются о том, что за рубежом открытия огня находится сотрудник, который поднимет мишень в один из моментов выполнения упражнения, и указывается место и направление опасной стрельбы. Неожиданность выставления мишени заключается в том, что стреляющий не знает, когда появится мишень".

Анализируя собранные по делу доказательства, следствие приходит к выводам: ...Б., являясь старшим руководителем стрельб, по собственной инициативе, в нарушение требования приложения №7 курса стрельб ФСБ России и обязанностей старшего руководителя стрельб, 30 апреля 2013 г. расположил З. в зоне выполнения упражнения с оружием, что впоследствии привело к его гибели... Таким образом, в действиях Я. отсутствуют признаки преступления, предусмотренного ст. 349 ч. 2 УК РФ, в связи с чем уголовное преследование и уголовное дело в отношении него надлежит прекратить на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, за отсутствием в деянии состава преступления"<sup>1</sup>.

Данное дело очень показательно для анализа следственной практики. Детальное рассмотрение данного уголовного дела позволяет сделать вывод,

---

<sup>1</sup> Уголовное дело № 33/05/0073-13. Архив 517 военного следственного отдела Следственного комитета России. 2013 г.

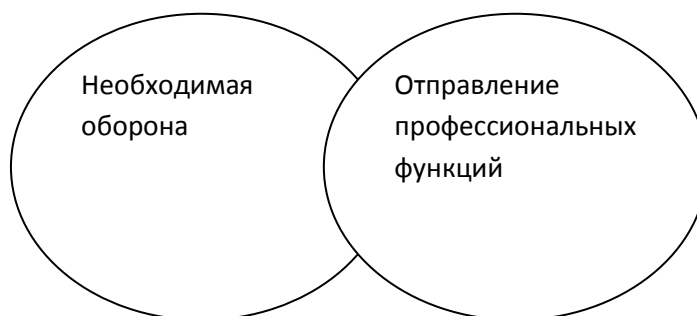
что состав преступления в деянии лейтенанта Я. все-таки был. Расположение сотрудников и инструкторов в/ч 00000 за рубежом открытия огня является многолетней сложившейся практикой, как следует из материалов уголовного дела. Не исключено, что и сам Я. неоднократно находился за рубежом открытия огня, то есть он осознавал, что в зоне выполнения упражнения с оружием может находиться человек, и действия Я. могут повлечь неблагоприятные последствия. Однако Я., находясь при исполнении профессиональных функций, выполнил приказ своего командира (приступить к выполнению упражнения). Поэтому Я. должен быть освобожден от ответственности на основании ст. 41 УК РФ.

Подполковник Б. вышел за пределы правомерности отправления профессиональных функций, так как нарушил правила проведения стрельб. Также его действия нельзя признать совершенными в состоянии допустимого риска, так как в данном случае опасность и вероятность наступления неблагоприятных последствий выше, чем ожидаемый благоприятный результат.

В целом анализ следственной практики (военно-следственными отделами Следственного комитета России в Москве и Московской области в 2013 г. было сначала возбуждено, а затем прекращено 17 подобных дел), материалов доследственных проверок (был полностью изучен архив 231 гарнизонной военной прокуратуры за 2010-2013 гг.), опрос 20 следователей ФСБ и ВСУ показывает, что действительно существует практика прекращения подобных дел на основании ст. 24 УПК. Данная ситуация говорит о несовершенстве нашего законодательства. Ведь часто состав преступления в деяниях лиц, в отношении которых дело прекращается на основании ст. 24 УПК, на самом деле есть, только они должны освобождаться от ответственности на основании гл. 8 УК РФ "Обстоятельства, исключающие преступность деяния". Однако гл. 4 УПК РФ "Основания отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения уголовного дела и уголовного преследования" не содержит нормы, на основании которой

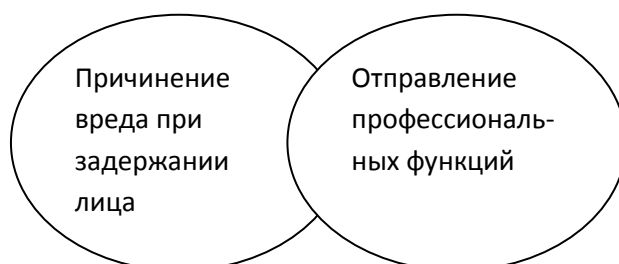
можно было бы отказать в возбуждении или прекратить уголовное дело в связи с тем, что деяние лица подпадает под сферу действия гл. 8 УК РФ. Таким образом, в отечественном законодательстве обнаруживается несогласованность норм материального и процессуального права, что свидетельствует о необходимости реформы отечественного законодательства. Однако пути решения данной проблемы не будут рассматриваться в данной работе, так как она (проблема) выходит за пределы специальности, по которой пишется настоящее диссертационное исследование.

В завершение данного параграфа представляется необходимым кратко рассмотреть взаимосвязь отправления профессиональных функций с другими обстоятельствами, исключающими преступность деяния, предусмотренными гл. 8 УК РФ. Необходимая оборона шире по субъектному составу отправления профессиональных функций, однако уже по объекту причинения вреда. Условия правомерности данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, не противоречат друг другу, поэтому возможно параллельное их действие для одного субъекта. Например, если совершается нападение на часового, то он будет одновременно находиться в состоянии отправления профессиональных функций и необходимой обороны. Таким образом, связь отправления профессиональных функций и необходимой обороны можно продемонстрировать следующей схемой:

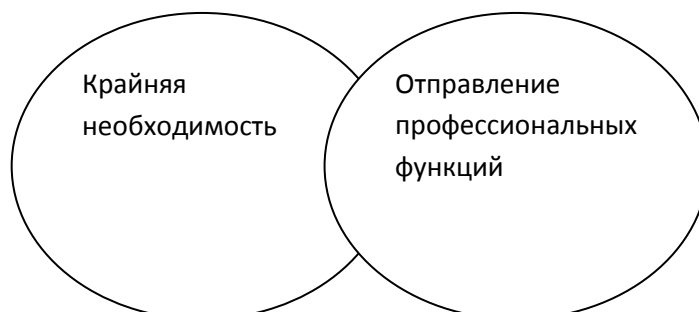


Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, шире по субъектному составу отправления профессиональных функций, но уже по объекту причинения вреда. Как было отмечено, чаще всего задержанием лица, совершившего преступление, занимаются сотрудники полиции (это не означает, что другие граждане не имеют на это права),

безусловно, при задержании преступника они будут исполнять свои профессиональные функции, поэтому вопрос о возможности параллельного действия данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, не возникает. Таким образом, связь отправления профессиональных функций и причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, можно продемонстрировать следующей схемой:



Крайняя необходимость, так же как и необходимая оборона и причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, по субъектному составу шире отправления профессиональных функций. Несмотря на то, что крайняя необходимость предполагает наличие непосредственной опасности, устранить которую иначе как причинив вред, нельзя, а отправление профессиональных функций предполагает причинение вреда во исполнение своих профессиональных обязанностей (в рамках компетенции и полномочий), данные обстоятельства, исключающие преступность деяния, могут действовать параллельно. Например, в профессиональные обязанности пожарного входит тушение пожара и спасение жизней людей, для этих целей пожарные могут ломать двери, стены, обрушивать перекрытия. В подобной ситуации пожарные будут находиться одновременно в состоянии отправления профессиональных функций и крайней необходимости. Таким образом, связь отправления профессиональных функций и крайней необходимости можно продемонстрировать следующей схемой:



Подводя итоги данного параграфа, следует сделать выводы в виде таблицы, в которой отражены сходства и различия исполнения приказа или распоряжения и причинения вреда при осуществлении профессиональных функций, а также их специфика в условиях военной службы.

Основания разграничения	Исполнение приказа или распоряжения (ст. 42 УК РФ)	Отправление профессиональных функций	Специфика в условиях военной службы
Основание деяния	Сам факт получения приказа или распоряжения	Занятие своей профессиональной деятельностью	Военнослужащие обязаны исполнять приказы в силу своих профессиональных функций
Цель и мотив деяния	Цель – выполнение поставленной задачи. Мотивы могут быть различны, чаще всего – боязнь наказания	Выполнение своих профессиональных обязанностей	Первоначальной мотивацией военнослужащего при исполнении приказа будет выполнение своих профессиональных обязанностей
Субъект причинения вреда	Лицо, обязанное исполнить приказ или распоряжение	Лицо занимающиеся в рамках своей компетенции и полномочий незапрещенной законом профессиональной деятельностью, при условии, что занятие данной профессией разрешено (не запрещено) законом действующему лицу	При исполнении приказа военнослужащий одновременно является субъектом отправления профессиональных функций

Объект причинения вреда	Любые охраняемые уголовным законом интересы	Любые охраняемые уголовным законом интересы	У военнослужащих возможна ситуация получения приказа, противоречащего правилам профессии. В боевых условиях объект причинения вреда должен оцениваться по правилам исполнения приказа
Характер деяния	Действие или бездействие	Действие или бездействие	
Причинно-следственная связь между деянием и наступившими последствиями	Непосредственная	Непосредственная	
Возможность добиться цели в сложившейся ситуации без причинения вреда	При исполнении приказа – может быть, а может не быть. При исполнении распоряжения отсутствует	Может быть, а может и не быть. Зависит от правил профессии, компетенции и полномочий субъекта	
Время совершения деяния	После получения приказа или распоряжения. Требование о времени совершения деяния может быть заключено в содержании самого приказа или распоряжения	Во время исполнения своих служебных обязанностей	По приказу возможно наделение военнослужащего специальным статусом, расширяющим его полномочия, тогда деяние должно быть совершено во время действия этого статуса. Круг полномочий военнослужащих может сильно

			меняться в зависимости от полученных приказов
Степень подготовленности деяния	Деяние неподготовлено	Деяние подготовлено	В случае исполнения приказа в отправление своих профессиональных функций военнослужащим степень подготовленности деяния зависит от содержания полученного приказа
Размер допустимого вреда, его соотношение с результатом, ожидаемым от действий, обусловленных применением обстоятельств, исключающих преступность деяния	Может быть причинен любой вред. Неважно, как лицо относится к ожидаемым последствиям своего деяния	Может быть причинен любой вред, если не нарушены условия правомерности. Рамки допустимого вреда определяются правилами конкретной профессии, компетенцией и полномочиями лица. Неважно, как лицо относится к ожидаемым последствиям своего деяния	При исполнении приказа в отправление профессиональных функций, деяние субъекта причинения вреда должно квалифицироваться в зависимости от конкретных обстоятельств дела
Форма вины при нарушении условий правомерности	Прямой или косвенный умысел	Любая форма вины	



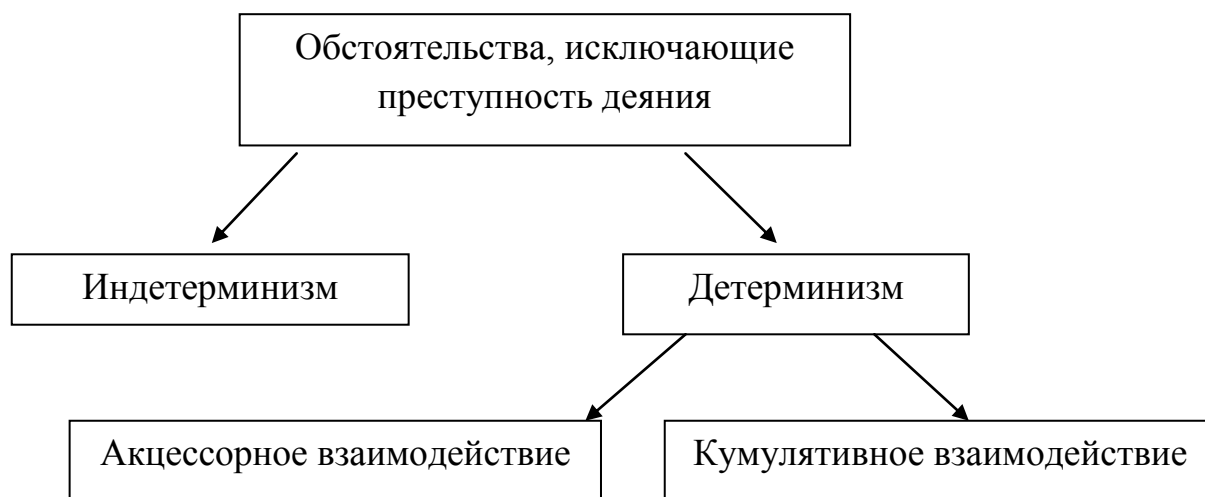
<p>Условия наступления уголовной ответственности и при нарушении условий правомерности</p>	<p>1) Для лиц, исполняющих приказ или распоряжение, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного распоряжения при условии возможности сознательного выбора.</p> <p>2) Для военнослужащих, исполняющих приказ, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного приказа, при условии возможности сознательного выбора или отсутствия боевой обстановки (при этом приказ, полученный в боевой обстановке, должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок, только в случае его соответствия профессиональным функциям военнослужащего)</p>	<p>1) Деяние осуществлено с нарушением правил конкретной профессии.</p> <p>2) Деяние осуществлено за рамками компетенции и полномочий должности субъекта причинения вреда.</p> <p>3) Деяние осуществлено с нарушением установленной законом формы.</p> <p>4) Занятие данной профессии и должности запрещены законом субъекту причинения вреда.</p>	
--	--	--	--

Подводя итоги данной главы, следует сделать вывод, что существующий в отечественной уголовно-правовой доктрине индетерминистический подход рассмотрения обстоятельств, исключающих преступность деяния, не охватывает всего многообразия их проявлений, так как индетерминизм предполагает самостоятельное рассмотрение каждого явления (если есть конкурирующие институты, то оставляется один наиболее подходящий, остальные исключаются). Детерминистический подход предполагает возможность порождения одного обстоятельства другим и возможность параллельного существования нескольких обстоятельств, исключающих преступность деяния, в последнем случае может быть два варианта их взаимодействия:

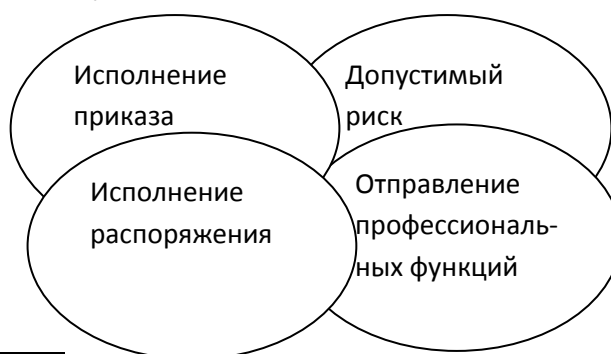
- 1) кумулятивное взаимодействие предполагает соответствие лица, совершившего деяние, всем признакам всех обстоятельств, исключающих преступность деяния, в сферу действия которых оно попало. Данный вариант представляется неудачным, так как, несмотря на то, что у лица появляется больше оснований для освобождения от ответственности, к нему также предъявляются все требования правомерности обозначенных обстоятельств, некоторые из которых противоречат друг другу;
- 2) акцессорное взаимодействие предполагает, что некоторые из признаков различных обстоятельств, исключающих преступность деяния, взаимопоглощаются и утрачивают обязательное значение. В результате происходит расчленение требований на основные и дополнительные (акцессорные). Так, применительно к теме исследования, обстоятельства отправления профессиональных функций (основное требование) будут определять параметры приказа и риска (акцессорные требования). Однако возможна и другая ситуация: в боевых условиях обстоятельства исполнения приказа (основное требование) будут определять требования отправления профессиональных функций (акцессорные требования). При исполнении приказа в отправление профессиональных функций начальник может взять

бремя риска на себя и другие варианты. Данный вид взаимодействия представляется наиболее удачным, так как учитывает все возможные проявления взаимодействий обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Вышесказанное можно продемонстрировать следующей схемой:



Таким образом, такие обстоятельства, исключающие преступность деяния как допустимый риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций для военнослужащих имеют определенную специфику, связанную с особенностями военной службы. С данным заключением согласны 90,5% анкетированных в рамках данного исследования судей<sup>1</sup>. Также, несмотря на свои различия, данные обстоятельства, исключающие 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 продемонстрировать следующей схемой:



<sup>1</sup> См. приложение к диссертационному исследованию.

Учитывая изложенное, необходимо 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 нормативных 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 ответственность 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."

Закрепление данного положения в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ позволит правильно применять предложенные в данной работе законодательные новшества.

## Заключение

Перед исследованием были поставлены 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.

Данная задача была успешно решена, установлено, что:

а) первые упоминания риска в отечественном законодательстве появляются в 20-е гг. XX в., в 30-е – 40-е гг. 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";

б) 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 распоряжение, как обстоятельство, исключающее преступность деяния, не упоминалось в уголовном законодательстве, однако положения об исполнении приказа или распоряжения, как обстоятельстве, исключающим дисциплинарную ответственность, сохранились в специальном законодательстве СССР. Продолжились теоретические изыскания по данному вопросу, которые привели к принятию в УК РФ 1996 г. ст. 42 "Исполнение приказа или распоряжения";

в) 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, исключающее

преступность деяния, по-прежнему продолжает незаслуженно игнорироваться отечественным законодателем;

2) На основе анализа проведенных ранее другими учеными исследований дать общую характеристику обозначенным обстоятельствам, исключаям преступность деяния, для чего 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.

Данная задача успешно решена, установлено, что:

а) отечественный законодатель даёт разное определение риска в различных отраслях законодательства, что служит причиной не востребованности данного института судебной практикой;

б) законодатель не даёт в УК РФ определения приказа. Определение приказа, имеющееся в Уставе внутренней службы ВС РФ, является неудачным;

в) отсутствие такого обстоятельства, исключаящего преступность деяния, как причинение вреда при отпращивании профессиональных функций, ставит под удар военнослужащих. 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 решает вопрос отсутствия данного обстоятельства, исключаящего преступность деяния.

Общая характеристика обозначенных обстоятельств, исключаящих преступность деяния, дана в главе 1 настоящей работы. Размещение данной характеристики в заключении представляется нецелесообразным в силу её объема.

3) Выявить признаки обоснованного риска, исполнения приказа или распоряжения и отпращивания профессиональных функций, на основании чего уточнить данные ранее 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, понесет уголовную ответственность.

Данная задача успешно решена, установлено, что:

а) риск обладает следующими признаками:

- альтернативность;
- осознанное волевое поведение субъекта;
- направленность на достижение общественно полезной цели;
- расчет рискующего субъекта на благоприятный исход (ненаступление вредных последствий);
- допустимость;

б) в отечественной уголовно-правовой доктрине нет единого мнения по поводу определения понятия "риск";

в) риск в его уголовно-правовом значении может иметь место в различных сферах человеческой деятельности: в науке, технике, медицине, фармакологии, авиации, финансах, производстве, военной деятельности и т.д. Не существует какой-либо сферы человеческой деятельности, в принципе не связанной с риском. Данную точку зрения поддерживает 77,2% анкетированных в рамках данного исследования судей. Следует разделять понятия риска как социального явления и как законодательного института. Как социальное явление, риск встречается во всех сферах человеческой жизнедеятельности. 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 могут



предъявляться и особые требования, не свойственные для риска, как социального явления;

г) деяние человека, причинившего вред в состоянии риска, требует экспертной оценки на предмет соотношения значимости и вероятности благоприятного исхода с размером возможного вреда и вероятностью неудачи. Данную точку зрения поддерживает 72% анкетированных судей;

д) наиболее удачным и универсальным представляется определение риска, данное А.А. Арямовым: "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".

е) приказ обладает следующими признаками:

- обязательность;
- персональность;
- формальность;
- компетентность;
- иерархичность;
- служебность;
- приказ предписывает совершение определенного деяния (действия или бездействия);
- основанием приказа выступает определенный нормативный правовой акт;

ж) вопреки мнению многих ученых, законность является не признаком приказа, а внешним (по отношению к приказу) критерием, относящимся к обязательности исполнения приказа. Он состоит из трех аспектов:

- процедурно-формальный;
- абсолютно-нормативный;
- непосредственно-нормативный;

Для гражданских обязательными будут все три аспекта, для военных, в силу специфики военной службы, в некоторых случаях – только процедурно-формальный;

з) в отечественной уголовно-правовой доктрине нет единого мнения по поводу определения понятия "приказ" и "распоряжение";

и) определения приказа, данные современными российскими учеными, страдают определенными недостатками, в связи с чем 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)." Учитывая, что распоряжение обладает теми же признаками, что и приказ, за исключением служебности и иерархичности, предлагается авторское 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)";

к) причинение вреда при отправлении профессиональных функций характеризуется такими признаками как:

легальность профессии;

разрешенность занятия данным видом деятельности субъекту

причинения вреда;

соблюдение субъектом причинения вреда установленных правил

конкретной профессии;

действие субъекта в рамках своей компетенции и полномочий;

соблюдение субъектом (при необходимости) определенной

формы при причинения вреда;

осознанность и волевая направленность поведения субъекта

причинения вреда;

факультативный признак:

в некоторых случаях у субъекта причинения вреда есть правовая обязанность поступить подобным образом;

л) отечественное законодательство не содержит определение профессии. Определения профессии, данные в словарях, не подходят для применения в юриспруденции в силу своей размытости. Доктринальные определения профессии также страдают определенными недостатками. В связи с изложенным, 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.

Установлено, что уголовная ответственность наступает:

а) для лиц, исполняющих распоряжение, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного распоряжения (распоряжение, предписывающее совершение деяний, предусмотренных гл. 34 УК РФ, признаётся явно незаконным), при условии возможности сознательного выбора;

б) для лиц, исполняющих приказ, в случае совершения умышленного преступления во исполнение заведомо незаконного приказа (приказ, предписывающий совершение деяний, предусмотренных гл. 34 УК РФ, признаётся явно незаконным и необязательным к исполнению, независимо от наличия или отсутствия боевой обстановки), при условии возможности сознательного выбора или отсутствия боевой обстановки.

в) для лиц, находящихся в состоянии допустимого риска в случае, если:

- цель, поставленная лицом, являлась общественно вредной или общественно опасной;

- соотношение значимости цели и вероятности удачного исхода меньше соотношения вероятности неудачи и размера возможного

вреда;

- лицо проигнорировало наиболее эффективный и подготовленный вариант поведения (не предприняло всех возможных мер для предотвращения неблагоприятных последствий);

- деяние было заведомо сопряжено с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия;

- деяние было заведомо сопряжено с угрозой для жизни людей, без согласия каждого из них на такой риск;

г) для лиц, находящихся при исполнении профессиональных функций в случае, если:

- деяние осуществлено с нарушением правил конкретной профессии;

- деяние осуществлено за рамками компетенции и полномочий должности субъекта причинения вреда;

- деяние осуществлено с нарушением установленной законом формы;

- занятие данной профессии и должности запрещены законом субъекту причинения вреда.

4) Обосновать необходимость законодательного закрепления такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как отправление профессиональных функций.

Данная задача успешно решена, установлено, что отсутствие такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как отправление профессиональных функций, негативно сказывается на отечественном законодательстве. Подробнее мотивировка необходимости законодательного закрепления данного обстоятельства, исключающего преступность деяния, приведена в §3 главы 1. Размещение данной мотивировки в заключении представляется нецелесообразным в силу её объема.

5) Исследовать данные обстоятельства во взаимодействии и взаимообусловленности: определить место каждого из них в системе их взаимодействия, выявить системообразующие факторы, внутрисистемные и межсистемные связи, закономерности взаимодействия данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, выявить специфику их применения для лиц, проходящих военную службу.

Данная задача успешно решена, установлено, что:

а) 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 следующей схемой:



б) несмотря на свои различия, такие обстоятельства, исключающие преступность деяния, как допустимый риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций, имеют достаточно обширную область взаимодействия, характеризуемую тем, что поведение конкретного субъекта может подпадать одновременно под действие нескольких из них.

Данную область взаимодействия можно продемонстрировать следующей схемой:



в) взаимодействие допустимого риска, исполнения приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций следует рассматривать 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;

г) существующий в отечественной уголовно-правовой доктрине индетерминистический подход рассмотрения обстоятельств, исключающих преступность деяния, не охватывает всего многообразия их проявлений. Используемый в диссертации метод детерминизма позволяет сделать вывод, что применение таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как допустимый риск, исполнение приказа или распоряжения и причинение вреда при осуществлении профессиональных функций, будет иметь для военнослужащих определенную специфику, связанную с возможностью одновременного действия данных обстоятельств, а также с тем, что военнослужащие – единственные, кто несёт уголовную ответственность за неисполнение приказа. С данным выводом согласны 90,5% анкетированных в рамках данного исследования судей.

Учитывая вышеизложенное, необходимо изменить название Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.12 № 19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление" на "О судебной практике по применению обстоятельств, исключающих преступность деяния" и дополнить его 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 нормативных 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 возможность 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";

д) подробно внутрисистемные и межсистемные связи, а также взаимодействие и специфика применения для лиц, проходящих военную службу, данных обстоятельств, исключающих преступность деяния, рассмотрены в главе 2 данной работы (в том числе в таблицах в конце каждого параграфа данной главы). В силу большого объема данной информации изложение её в заключении представляется нецелесообразным.

б) 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.

Данная задача успешно решена, установлено, что:

а) в статье 41 УК РФ "Обоснованный риск" необходимо вместо слова "обоснованный" использовать слово "допустимый", таким образом привести её к новой редакции: ст. 41 УК РФ "Допустимый риск". Данную точку зрения



поддерживает 51,5% анкетированных судей, причем среди председателей и заместителей председателей судов уровень поддержки данного решения достигает 59%;

б) ссылка в ч. 2 ст. 42 УК РФ на то, что лицо должно предпринять "достаточные меры" для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам, делает неприменимой статью "Обоснованный риск", с чем согласны 58,6% анкетированных нами судей, причем среди председателей и заместителей председателей судов согласны с данным мнением 65,3%. Поэтому необходимо в ч. 2 ст. 42 УК РФ заменить словосочетание "достаточные меры" на "все возможные меры";

в) статью 41 УК РФ "Допустимый риск" необходимо привести к следующей редакции:

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".

г) в теории уголовного права относительно ответственности военнослужащего существует 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, так как они противоречат друг другу. Оценив плюсы и минусы доктрин "пассивного послушания" и "умных штыков", диссертант предлагает синтез данных двух доктрин. В этих

целях, учитывая мнение анкетированных в рамках данного исследования судей, предлагается внести в законодательство следующие изменения:

- статья 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 уверенно, 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".

- статья 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 приказов, выходящих 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...

- ст.43 Устава внутренней службы ВС РФ: "Законный приказ командира (начальника), а также приказ, отданный в боевой обстановке (за исключением приказов, выходящих за рамки профессиональных функций военнослужащего), должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок..."

Все остальные статьи общевоинских Уставов ВС РФ должны быть приведены в соответствие с данной статьёй;

д) 61% анкетированных в рамках данного исследования судей считают необходимым включение в гл. 8 УК РФ новой статьи "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций". В связи с этим представляется целесообразным включение в гл. 8 УК РФ ст. 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 формами при условии, что занятие данной профессией и должности разрешено (не запрещено) законом действующему лицу";

е) пункт "ж" ст. 61 УК РФ "Обстоятельства, смягчающие наказание" необходимо привести к следующей редакции: "Совершение преступления при нарушении условий правомерности необходимой обороны, задержания лица, совершившего преступление, крайней необходимости, допустимого риска, исполнения приказа или распоряжения, причинения вреда при осуществлении профессиональных функций."

## Список использованной литературы

### Международные правовые акты

1. Римский Статут Международного Уголовного Суда от 17.07.1998 г. [Электронный ресурс] - Режим доступа: [http://www.un.org/ru/law/icc/rome\\_statute%28r%29.pdf](http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute%28r%29.pdf)

### Нормативные правовые акты

2. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.) (с последующими изм. и доп.) // Российская газета - 1993. - 25 дек. (№ 237).
3. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 1996. - № 25. - Ст. 2594.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 1996. - № 5. - Ст. 410.
5. Закон Российской Федерации от 27.11.1992 г. № 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" (с последующими изм. и доп.) // Ведомости Совета народных депутатов и Верховного совета РСФСР. - 1993. - № 2. - Ст. 56.
6. Федеральный закон от 28.03.1998г. № 53-ФЗ "О воинской обязанности и военной службе" (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 1998. - № 13. - Ст. 1475.
7. Федеральный закон от 07.02.11 № 3-ФЗ "О полиции" (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 2011. - № 7 - Ст. 900.
8. Федеральный закон от 27.05.1998 № 76-ФЗ "О статусе военнослужащих" (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 1998. - Ст. 2331.

9. Федеральный закон от 24.07.1998 № 125-ФЗ "Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний" (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 1998. - № 31. - Ст. 3803.
10. Федеральный закон от 27.07.2010 № 225-ФЗ "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте" (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 2002. - № 18. - Ст. 1720.
11. Федеральный закон от 29.11.2010 № 326-ФЗ "Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации" (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 2010. - № 49 - Ст. 6422.
12. Дисциплинарный Устав Вооруженных сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. № 1495 (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 2007. - № 47 (1 ч.) - Ст. 5749.
13. Устав гарнизонной, комендантской и караульной служб Вооруженных сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. № 1495 (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 2007. - № 47 (1 ч.) - Ст. 5749.
14. Устав внутренней службы Вооруженных сил Российской Федерации, утвержден Указом Президента Российской Федерации от 10 ноября 2007 г. № 1495 (с последующими изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. - 2007. - № 47 (1 ч.) - Ст. 5749.

#### **Зарубежное законодательство**

15. Уголовный Кодекс Республики Узбекистан от 01.04.1995 г. (с последующими изм. и доп.) [Электронный ресурс] - Режим доступа: [http://fmc.uz/legisl.php?id=k\\_ug](http://fmc.uz/legisl.php?id=k_ug)

16. Уголовный Кодекс Кыргызской Республики от 1.10.1997 г. (с последующими изм. и доп.) [Электронный ресурс] - Режим доступа: [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=30222833](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30222833)

### **Нормативные правовые акты СССР и Российской Империи**

17. Уголовный кодекс РСФСР от 1.06.1922 г. (с последующими изм. и доп.) // Собрание узаконений РСФСР - 1922. - № 15. - Ст. 153.
18. Уголовный кодекс РСФСР от 22.11.1926 г. (с последующими изм. и доп.) // СУ РСФСР. - 1926. - № 80. - Ст. 600.
19. Уголовный кодекс РСФСР от 27.10.1960 г. (с последующими изм. и доп.) // Свод законов РСФСР. - 1960. - т. 8. - Ст. 497.
20. Постановление ЦИК и СНК СССР от 12.06.1929 г. "Об имущественной ответственности рабочих и служащих за ущерб, причиненный ими нанимателям" // Свод законов СССР. - 1929. - № 42. - Ст. 367.
21. Дисциплинарный устав // Петроград: Т-во В. А. Березовского. - 1915. - 96 с.
22. Временный дисциплинарный устав РККА, утвержден ВЦИК и СНК РСФСР 28.09.1925 // СУ РСФСР. - 1925. - №68. - Ст. 589.

### **Официальные акты высших судебных органов**

23. 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". // Бюллетень Верховного Суда РФ. - 2012. - № 11.
24. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 16.08.84 № 14 " О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств". // Бюллетень Верховного Суда СССР. - 1984. - № 5.

**Диссертации и авторефераты диссертаций**

25. *Веденин, Д.В.* Исполнение приказа или распоряжения как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Д. В. Веденин. - Екатеринбург, 1999. - 193 с.
26. *Григенча, В.Я.* Уголовно-правовые проблемы исполнения приказа: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / В. Я. Григенча. - Екатеринбург, 1997. - 145 с.
27. *Девятко, А.Ю.* Исполнение приказа или распоряжение военнослужащим как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / А. Ю. Девятко. - М., 2004. - 184 с.
28. *Дмитренко, А.П.* Институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве России: основы теории, законодательной регламентации и правоприменения: Автореф. дисс..... док. юрид. наук: 12.00.08 / А. П. Дмитренко. - М., 2010. - 39 с.
29. *Захарова, С.С.* Обоснованный риск в уголовном праве Российской Федерации: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / С. С. Захарова. - М., 2005. - 237 с.
30. *Ильюхов, А.А.* Обоснованный риск как обстоятельство, исключающие преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / А. А. Ильюхов. - М., 2001. - 175 с.
31. *Козаев, Н.Ш.* Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Н. Ш. Козаев. - М., 2000. - 176 с.
32. *Соломоненко, И.Г.* Исполнение приказа и его уголовно-правовое значение (в деятельности органов внутренних дел): Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / И. Г. Соломоненко. - М., 1999. - 149 с.
33. *Старостина, Ю.В.* Исполнение приказа или распоряжения как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Ю. В. Старостина. - Рязань, 2001. - 182 с.



34. *Шумков, А.С.* Обоснованный риск как обстоятельство, исключающие преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / А. С. Шумков. - М., 2007. - 174 с.
35. *Шурдумов, А.Ю.* Обоснованный риск как обстоятельство, исключающие преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08 / А. Ю. Шурдумов. - М., 2003. - 190 с.

**Монографии, учебники, учебные пособия, книги, журналы,  
словари, газеты, комментарии**

36. Еженедельник советской юстиции // М: Юридическое издательство НКЮ СССР. - 1929. - № 9, 10.
37. Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам. Т.1. / под общей редакцией К. М. Боголюбова, М. С. Смиртюкова. - М.: Политиздат. - 1967. - 798 с.
38. Российское законодательство в X - XX вв. Том 4. / под общей редакцией О. И. Чистякова. - М.: Юридическая литература. - 1986. - 512 с.
39. Российское законодательство в X - XX вв. Том 6. / под общей редакцией О. И. Чистякова. - М.: Юридическая литература. - 1988. - 432 с.
40. Российское законодательство в X - XX вв. Том 9 / под общей редакцией О. И. Чистякова. - М.: Юридическая литература. - 1994. - 352 с.
41. Сборник постановлений Пленума и определений коллегий Верховного Суда Союза ССР 1944 г. / М: Юридическое издательство МЮ СССР. - 1948. - 398 с.
42. Комментарий к Уголовному кодексу / Под ред. В.М.Лебедева. - М.: Юрайт. - 2012. - 1360 с.
43. Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма / Под ред. И. А. Ледях и И. И. Лукашука. - М., 1995. - 264 с.

44. Уголовный закон: опыт теоретического моделирования / Под ред. В.Н. Кудрявцева, С.Г. Келиной. - М.: Наука. - 1987. - 276 с.
45. Уголовное право России: Учебник / Под ред. А.В. Бриллиантова. - М. Проспект. - 2011. - 1232 с.
46. *Абчук, В.А.* Теория риска в морской практике. / В. А. Абчук. - Л.: Судостроение. - 1983. - 152 с.
47. *Альгин, А.П.* Риск и его роль в общественной жизни. / А. П. Альгин - М.: Мысль. - 1989. - 189 с.
48. *Арямов, А.А.* Правомерное причинение вреда. Монография. / А. А. Арямов. - Челябинск: Издательство Татьяны Лурье. - 2004. - 340 с.
49. *Арямов, А.А.* Общая теория риска (юридический, экономический и психологический анализ). Монография. / А. А. Арямов. - М.: Российская академия правосудия. - 2009. - 172 с.
50. *Арямов, А.А.* Преступления против мира и безопасности человечества. / А. А. Арямов. - М.: Юрлитинформ. - 2012. - 472 с.
51. *Бабурин, В.В.* Понятие и виды риска в уголовном праве. Учебное пособие / В. В. Бабурин. - Омск: Издательство Омской академии МВД. - 2006. - 104 с.
52. *Блинников, В.А.* Конкуренция обстоятельств, исключающих преступность деяния. Статья. / В. А. Блинков // Вестник Ставропольского государственного университета. - 2002. - №30. - С. 179 - 182.
53. *Гринберг, М.С.* Проблема производственного риска в уголовном праве. / М. С. Гринберг. - М.: Госюриздат. - 1963. - 132 с.
54. *Дворецкий, И.Х.* Латинско-русский словарь. / И. Х. Дворецкий. - М.: Русский язык. - 1976. - 1096 с.
55. *Зимин, В.П.* Правомерное неисполнение приказа: доктрина "умных штыков". Статья. / В. П. Зимин // Правоведение. - 1993. - №2. - С. 35 - 45.

56. *Котик, М.А.* Психология и безопасность. / М. А. Котик. - Таллин: Валгус. - 1987. - 257 с.
57. *Лиховидов, К.Д.* Риск как условие дифференциации и объема мер юридической ответственности. Статья. / К. Д. Лиховидов // Законность. - 2001. - № 12. - С. 33 -38.
58. *Ляпунов, Ю.И.* Реформы уголовного законодательства и пробелы права. Статья. / Ю. И. Ляпунов // Советская юстиция. - 1989. - №3. - С. 31 - 32.
59. *Мерзин, Б.Н.* О юридической природе риска в советском гражданском праве / Б. Н. Мерзин // Гражданское право и способы его защиты. Свердловск, 1974. - С. 447.
60. *Михайлов, В.И.* Выполнение профессиональных функций как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Статья. / В. И. Михайлов // Уголовное право. - 2002. - №2. - С. 51 - 54.
61. *Михайлов, В.И.* Риск в бизнесе. / В. И. Михайлов // Закон. - 2000. - №7.
62. *Ожегов, С.И.* Словарь русского языка. / С. И. Ожегов. - М.: Русский язык. - 1991. - 917 с.
63. *Ойгензихт, В.А.* Проблемы риска в гражданском праве. / В. А. Ойгензихт. - Душанбе: Ирфон. - 1972. - 225 с.
64. *Омельченко, А.И.* Творческий риск и его государственно-правовая охрана. / А. И. Омельченко. - М.: Издательство Московского Государственного Университета. - 1955. - 51 с.
65. *Орехов, В.В.* Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния. / В. В. Орехов. - СПб.: Юридический центр Пресс. - 2003. - 217 с.
66. *Пархоменко, С. В.* Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности или необходимости. / С. В. Пархоменко - СПб.: Юридический центр Пресс. - 2004. - 267 с.
67. *Пионтковский, А.А.* Уголовный закон в борьбе с отрицательными последствиями научно-технического прогресса. Статья / А. А. Пионтковский // Советское государство и право. - 1972. - №4. - С. 36

68. *Рудашевский, В.Д.* Риск, конфликт и неопределенность в процессе принятия решения и их моделирование. Статья. / В. Д. Рудашевский // Вопросы психологии. - 1974. - № 2. - С. 84 - 95.
69. *Самороков, В.И.* Риск в уголовном праве / В. И. Самороков // Государство и право. - 1993. - №5. - С. 103 - 112.
70. *Савенок, А.Л.* Риск: социально-правовые аспекты: Учебное пособие. / А. Л. Савенок. - Минск: Академия МВД Республики Беларусь. - 1999. - 51 с.
71. *Собчак, А.А.* О некоторых общих вопросах общей теории правовой ответственности. Статья. / А. А. Собчак // Правоведение. -1968. - №3. - С. 49 - 57.
72. *Слуцкий, И.И.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. / И. И. Слуцкий. - Л.: Издательство Ленинградского Государственного Университета. - 1956. - 118 с.
73. *Таганцев, Н.С.* Русское уголовное право (Общая часть). Часть 1. По изданию 1902 г. / Н. С. Таганцев [Электронный ресурс] - Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105/item862.html>
74. *Талаев, И. В.* Сравнительная характеристика исполнения приказа или распоряжения и отправления профессиональных функций как обстоятельств, исключающих пресуппозитивность деяния / И. В. Талаев - М.: Российское правосудие. 2014. №1. С. 67-74.
75. *Ткачевский, Ю.М.* Оправданный профессиональный и производственный риск как обстоятельство, исключающее уголовную ответственность. Статья. / Ю. М. Ткачевский // Вестник Московского университета. - Серия 11, Право. -1991. - №3. С. 16 - 22.
76. *Трунцевский, Ю. В.* Правовые риски: понятие и виды. / Ю. В. Трунцевский // Актуальные вопросы публичного права. - 2014. - №4. С.128.
77. Газета "Независимое военное обозрение" от 12 февраля 2010.

- 78.Газета "Взгляд", электронное издание от 27.12.2012 г. [Электронный ресурс] - Режим доступа: <http://vz.ru/opinions/2012/12/27/613948.html>
- 79.Газета "Известия", электронное издание от 01.08.2012 г. [Электронный ресурс] - Режим доступа: <http://izvestia.ru/news/531931>
- 80.Словари электронной поисковой системы "Яндекс" [Электронный ресурс] - Режим доступа: <http://slovari.yandex.ru>

**Результаты анкетных опросов судей,  
проведенных 19, 21 июня 2013 г.**

**Образец анкеты**

**1. Применяли ли Вы когда-нибудь положения главы 8 УК РФ "Обстоятельства, исключающие преступность деяния?"**

- а) Да,
- б) Нет.

**2. Если да, то какие?**

- а) Необходимая оборона (ст. 37 УК РФ).
- б) Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление (ст. 38 УК РФ).
- в) Крайняя необходимость (ст. 39 УК РФ).
- г) Физическое или психическое принуждение (ст. 40 УК РФ).
- д) Обоснованный риск (ст. 41 УК РФ).
- е) Исполнение приказа или распоряжения (ст. 42 УК РФ).
- ж) Не применял (-ла).

**3. Чем, по Вашему мнению, вызвана не востребованность положений главы 8 УК РФ (Обстоятельства, исключающие преступность деяния) ?**

- а) Безошибочной работой следствия.
- б) Нечеткостью положений данной главы.
- в) Обвинительным уклоном судебной системы.
- г) Отсутствием процессуального механизма реализации.

**4. Имеет ли, по Вашему мнению, подчиненный в условиях боевых действий возможность обдумать законность полученного приказа?**

- а) Да.
- б) Нет.
- в) В зависимости от ситуации.

**5. Должен ли, по Вашему мнению, подчиненный в условиях экстремальной ситуации, когда его жизни и/или его подразделения угрожает опасность и секундное промедление недопустимо, выполнить любой приказ командира?**

- а) Да.
- б) Нет.

**6. Считаете ли Вы удачной современную редакцию ч.1 ст. 332 УК РФ "Неисполнение приказа", которая гласит: "Неисполнение подчиненным**

**приказа начальника, отданного в установленном порядке, причинившее существенный вред интересам службы"?**

а) Да.

б) Нет.

**7. По Вашему мнению, делает ли ссылка законодателя в ст. 41 УК РФ "Обоснованный риск" на то, что лицо предприняло "достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам" неприменимой данную статью (так как если предприняты "достаточные меры", вред не может быть причинен в принципе, а данная статья применяется только в случае причинения вреда)?**

а) Да, делает неприменимой.

б) Нет, не делает неприменимой.

**8. Существует ли, по Вашему мнению, какая-либо сфера деятельности человека, в принципе, не связанная с риском?**

а) Да.

б) Нет.

**9. Считаете ли Вы, что деяние человека, причинившего вред в состоянии риска, требует экспертной оценки на предмет соотношения значимости и вероятности благоприятного исхода с размером возможного вреда и вероятностью неудачи?**

а) Да.

б) Нет.

**10. Разделяете ли Вы понятия "обоснованный риск" и "допустимый риск"?**

а) Да.

б) Нет.

**11. Считаете ли Вы более целесообразным использование в названии ст. 41 УК РФ "обоснованный риск" слова "допустимый", а не "обоснованный"?**

а) Да.

б) Нет.

**12. Ознакомлены ли Вы с Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.12 №19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление"?**

а) Да.

б) Нет.

**13. Считаете ли Вы целесообразным закрепление в главе 8 УК РФ такого существующего в теории Уголовного права обстоятельства,**

**исключающего преступность деяния, как "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций"?**

а) Да.

б) Нет.

**14. Считаете ли Вы, что применение таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и причинение вреда при отпращивании профессиональных функций, будет иметь для военнослужащих определенную специфику, связанную с особенностями военной службы?**

а) Да.

б) Нет.

В опросе приняло участие 128 судей, из них – 78 председатели и заместители председателей судов, 50 – впервые назначенные судьи. Опрос произведен на факультете повышения квалификации и переподготовки судей, государственных гражданских служащих судов общей юрисдикции и Судебного департамента Российской академии правосудия.

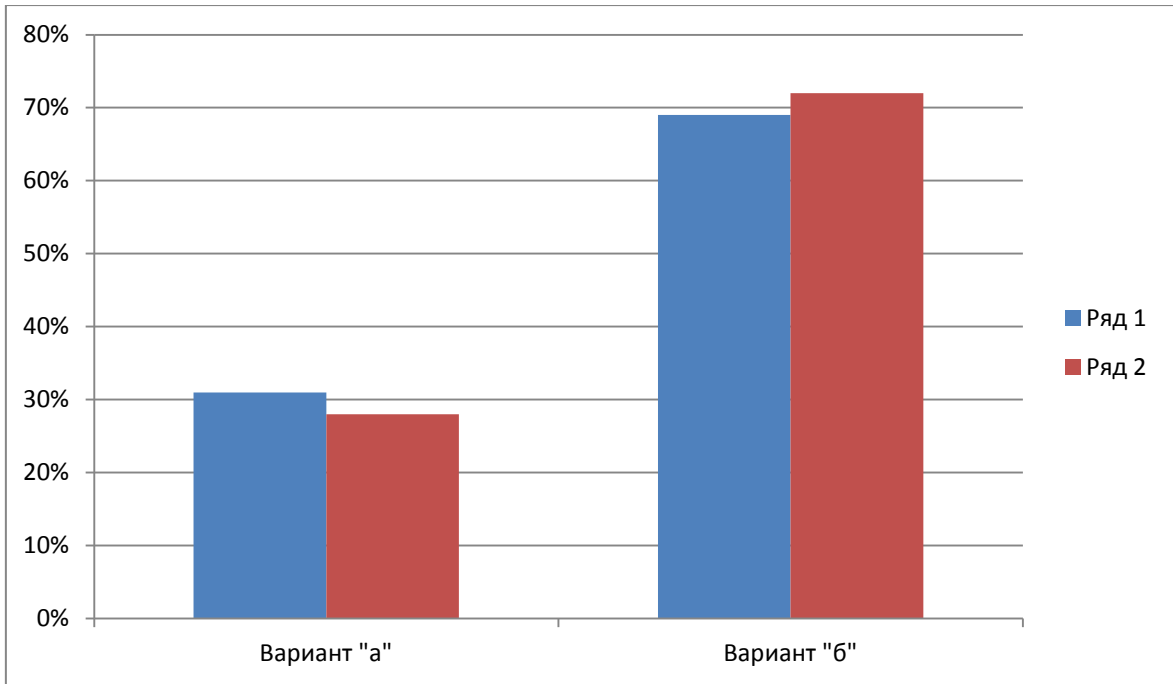
**Синим (слева)** обозначены председатели и заместители председателей судов, **красным (справа)** - впервые назначенные судьи.

**1. Применяли ли Вы когда-нибудь положения главы 8 УК РФ "Обстоятельства, исключающие преступность деяния?"**

а) Да,

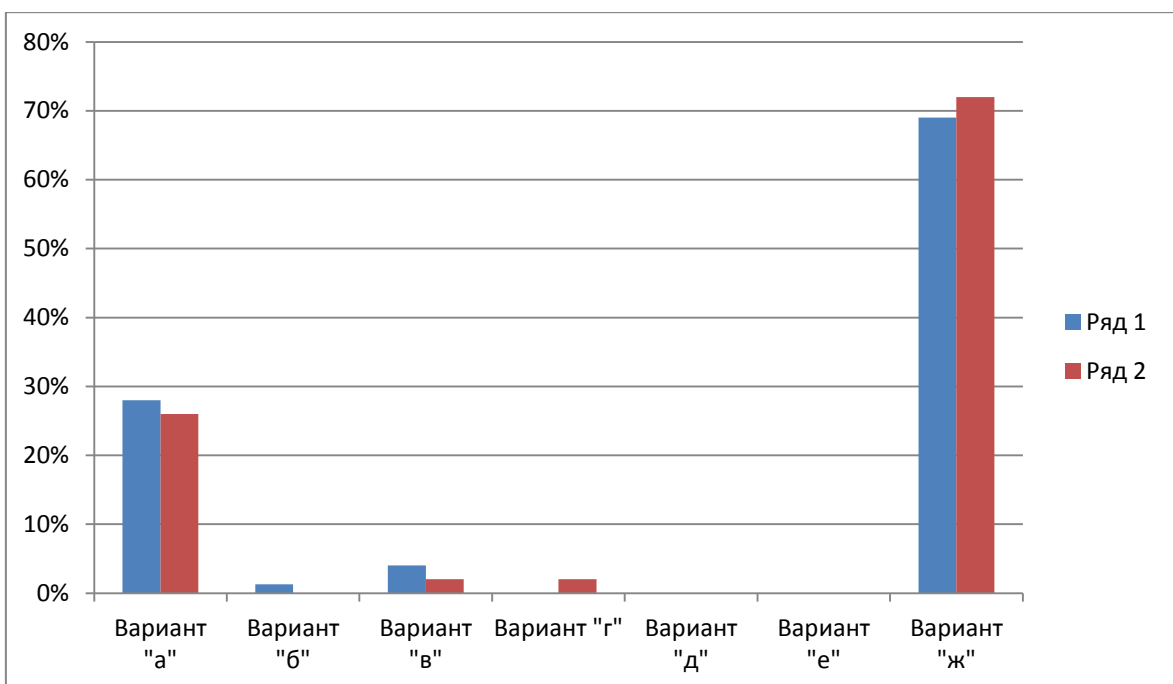
б) Нет.





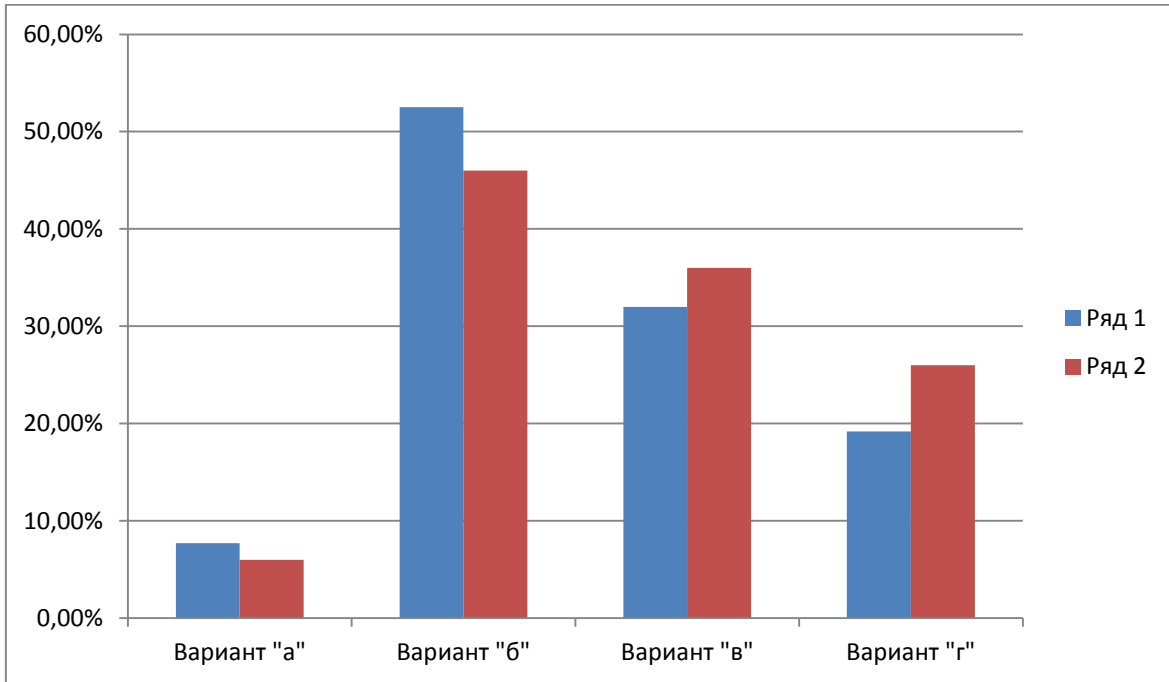
## 2. Если да, то какие?

- а) Необходимая оборона (ст. 37 УК РФ).
- б) Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление (ст. 38 УК РФ).
- в) Крайняя необходимость (ст. 39 УК РФ).
- г) Физическое или психическое принуждение (ст. 40 УК РФ).
- д) Обоснованный риск (ст. 41 УК РФ).
- е) Исполнение приказа или распоряжения (ст. 42 УК РФ).
- ж) Не применял (-ла).



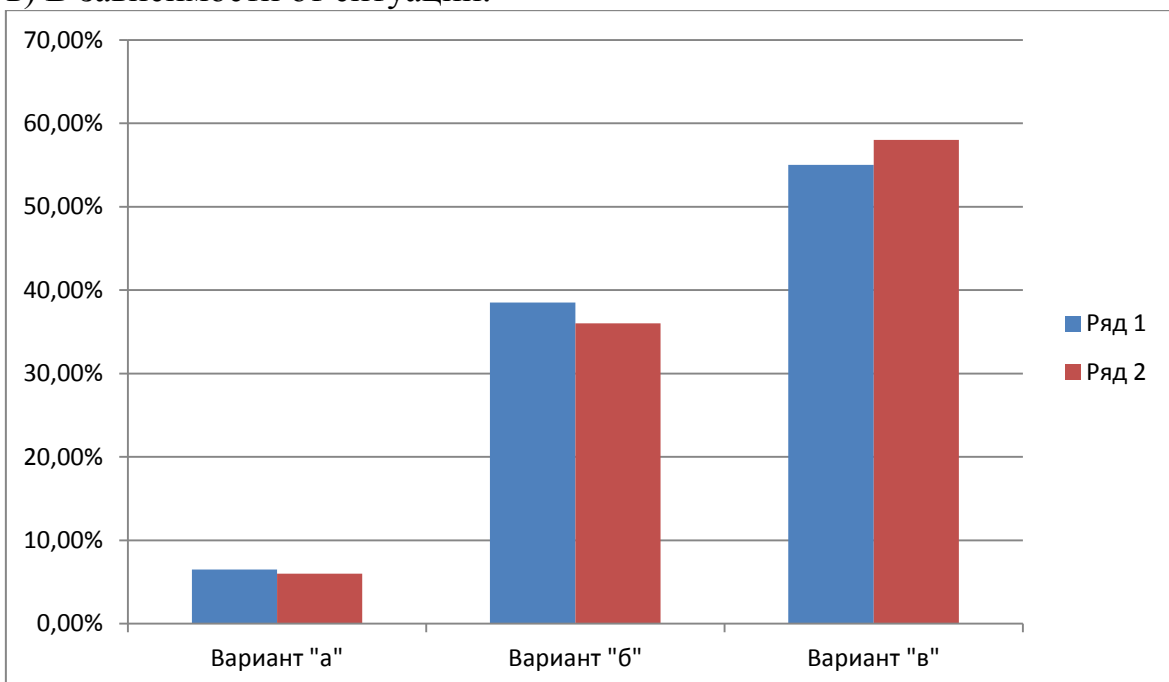
**3. Чем, по Вашему мнению, вызвана не востребованность положений главы 8 УК РФ (Обстоятельства, исключаящие преступность деяния) ?**

- а) Безошибочной работой следствия.
- б) Нечеткостью положений данной главы.
- в) Обвинительным уклоном судебной системы.
- г) Отсутствием процессуального механизма реализации.



**4. Имеет ли, по Вашему мнению, подчиненный в условиях боевых действий возможность обдумать законность полученного приказа?**

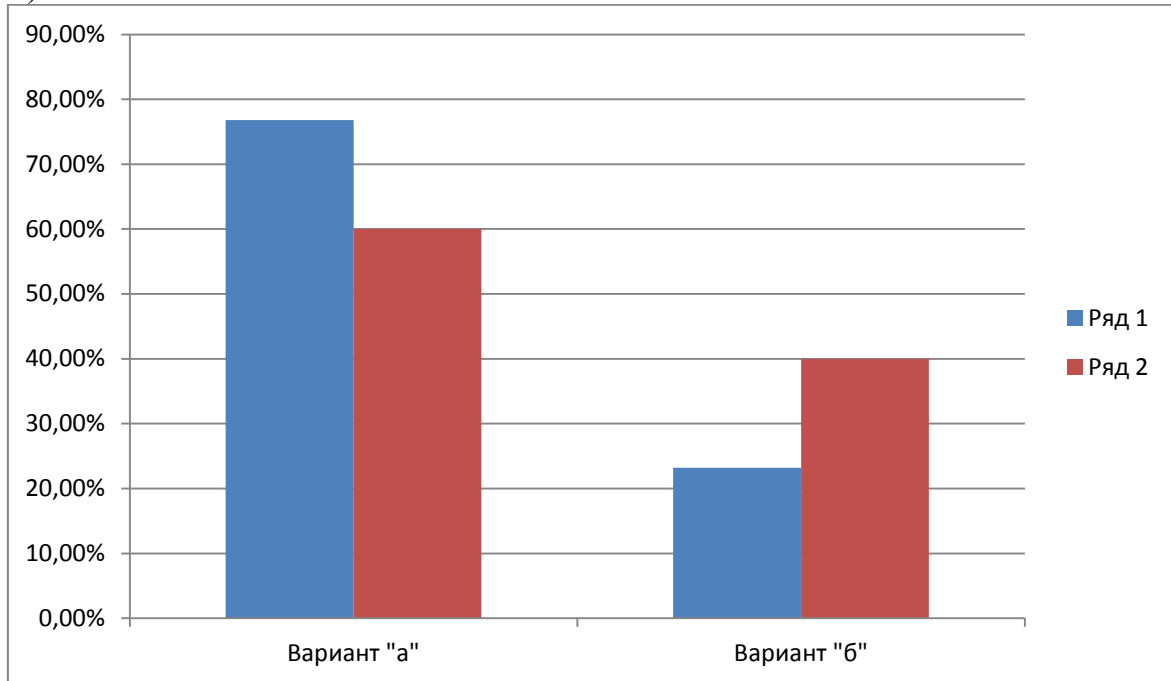
- а) Да.
- б) Нет.
- в) В зависимости от ситуации.



**5. Должен ли, по Вашему мнению, подчиненный в условиях экстремальной ситуации, когда его жизни и/или его подразделения угрожает опасность и секундное промедление недопустимо, выполнить любой приказ командира?**

а) Да.

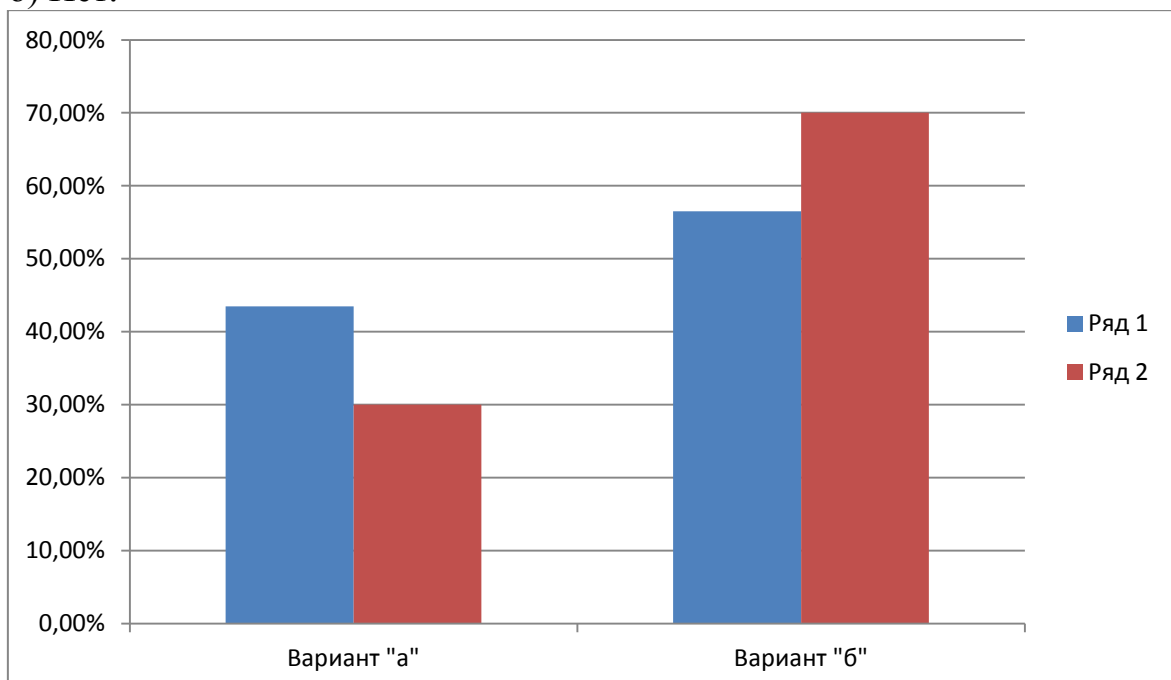
б) Нет.



**6. Считаете ли Вы удачной современную редакцию ч.1 ст. 332 УК РФ "Неисполнение приказа", которая гласит: "Неисполнение подчиненным приказа начальника, отданного в установленном порядке, причинившее существенный вред интересам службы"?**

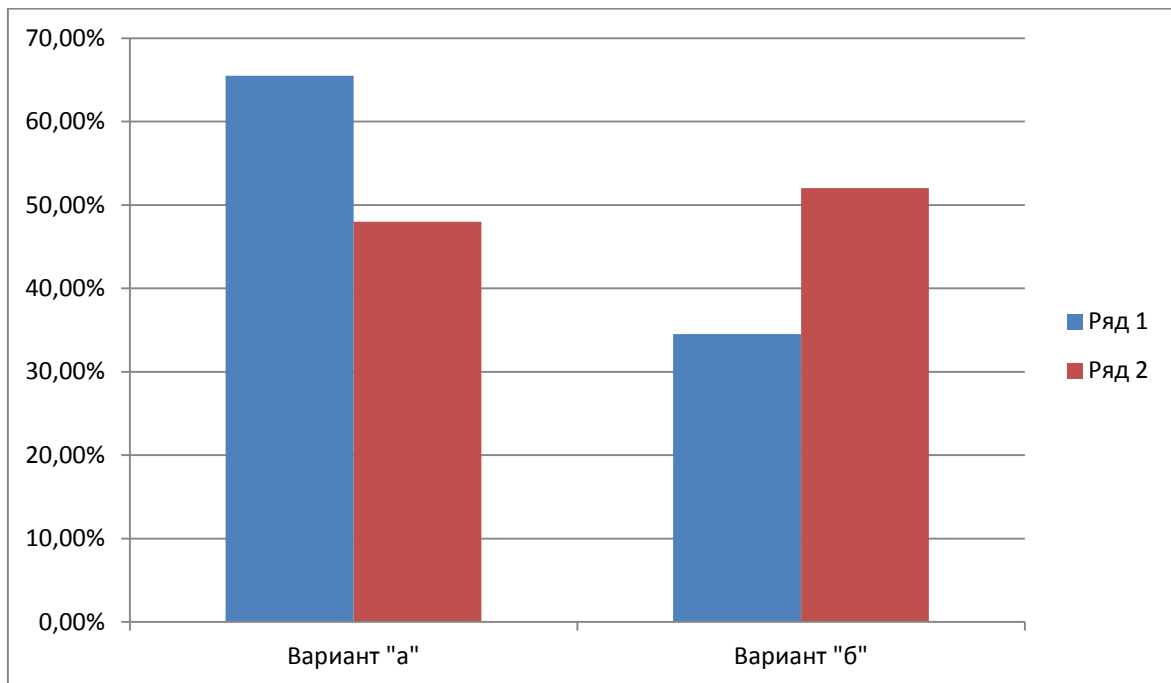
а) Да.

б) Нет.



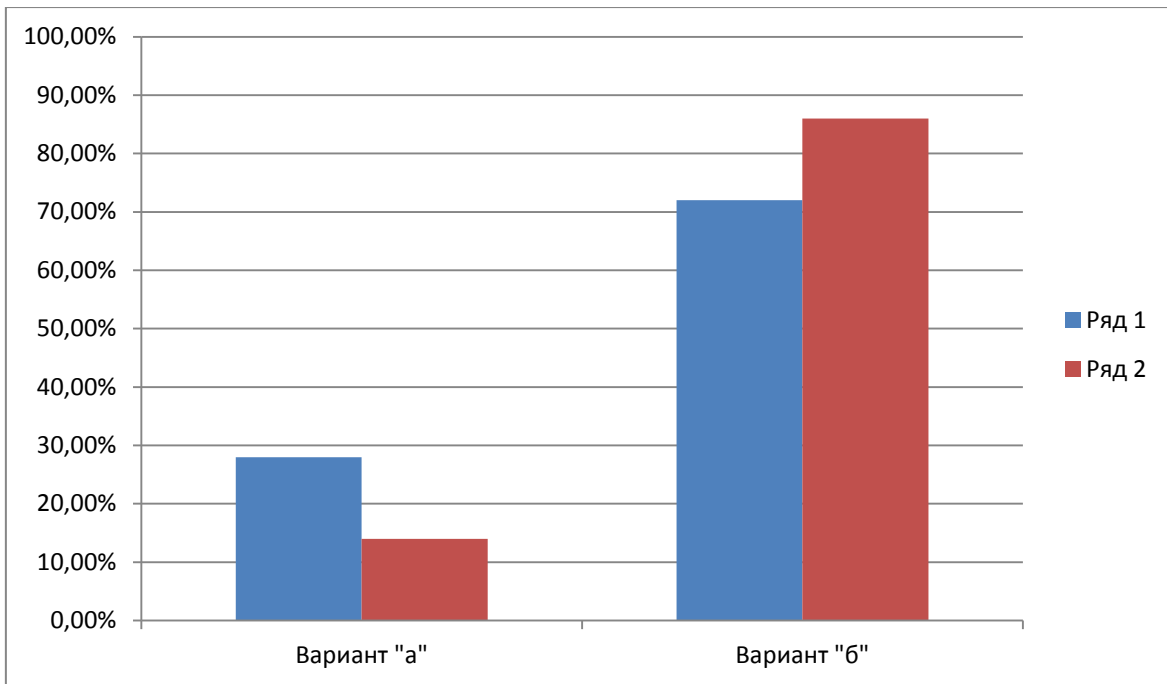
**7. По Вашему мнению, делает ли ссылка законодателя в ст. 41 УК РФ "Обоснованный риск" на то, что лицо предприняло "достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам" неприменимой данную статью (так как если предприняты "достаточные меры", вред не может быть причинен в принципе, а данная статья применяется только в случае причинения вреда)?**

- а) Да, делает неприменимой.
- б) Нет, не делает неприменимой.



**8. Существует ли, по Вашему мнению, какая-либо сфера деятельности человека, в принципе, не связанная с риском?**

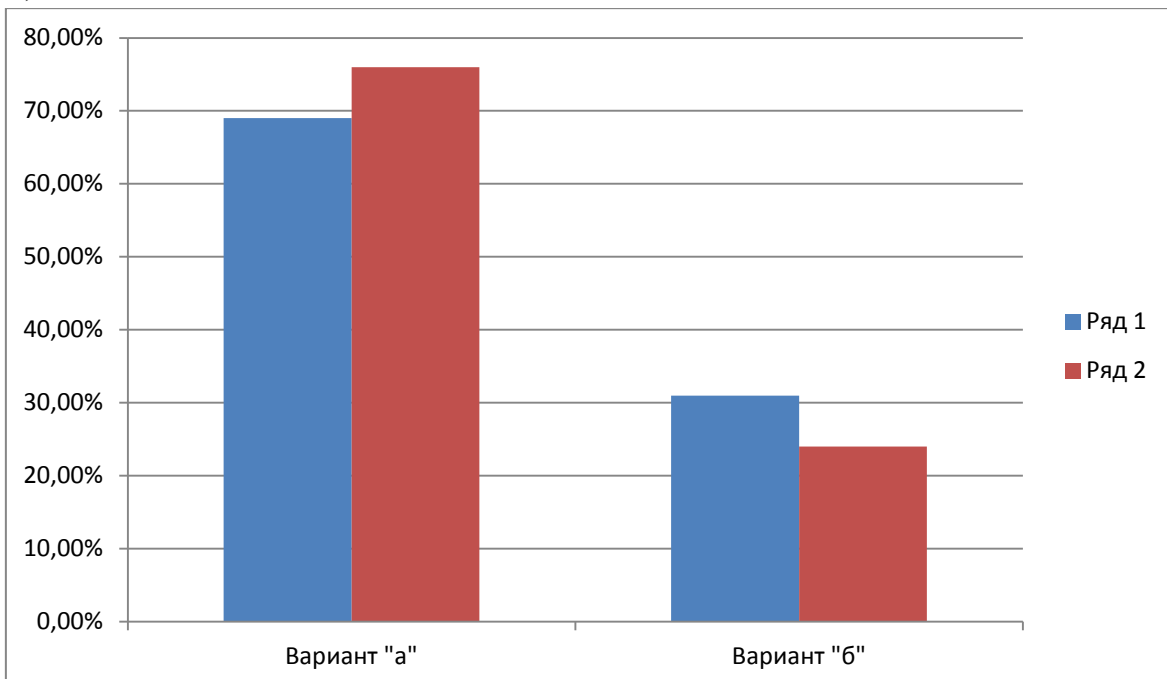
- а) Да.
- б) Нет.



**9. Считаете ли Вы, что деяние человека, причинившего вред в состоянии риска, требует экспертной оценки на предмет соотношения значимости и вероятности благоприятного исхода с размером возможного вреда и вероятностью неудачи?**

а) Да.

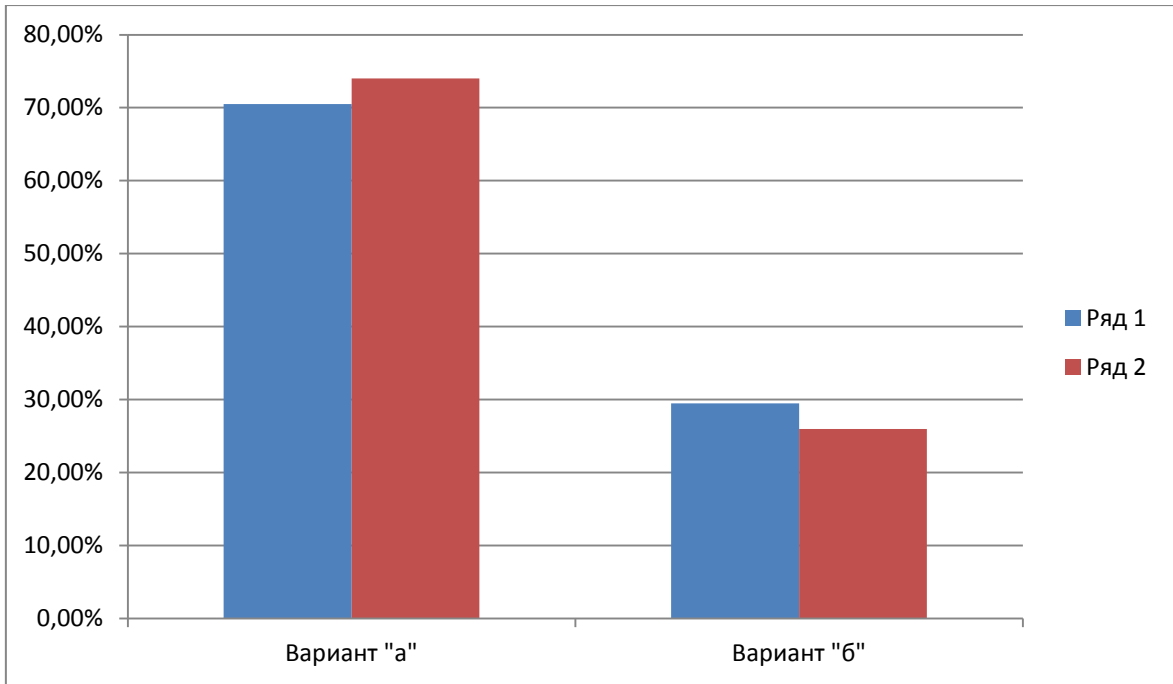
б) Нет.



**10. Разделяете ли Вы понятия "обоснованный риск" и "допустимый риск"?**

а) Да.

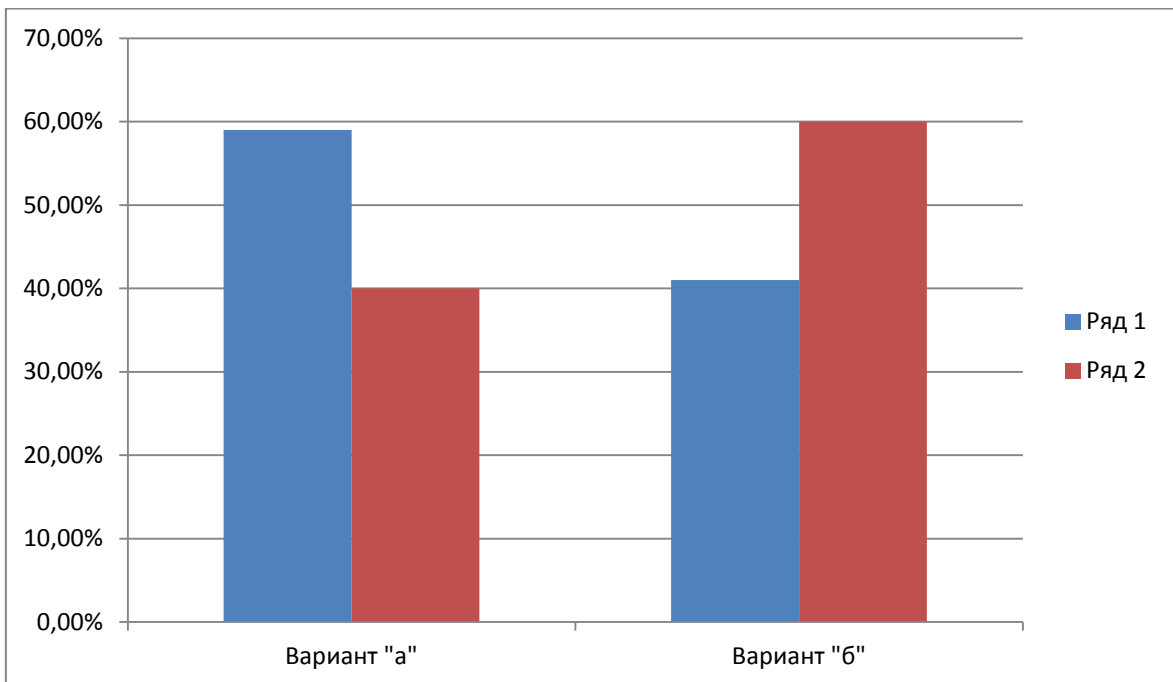
б) Нет.



**11. Считаете ли Вы более целесообразным использование в названии ст. 41 УК РФ "обоснованный риск" слова "допустимый", а не "обоснованный"?**

а) Да.

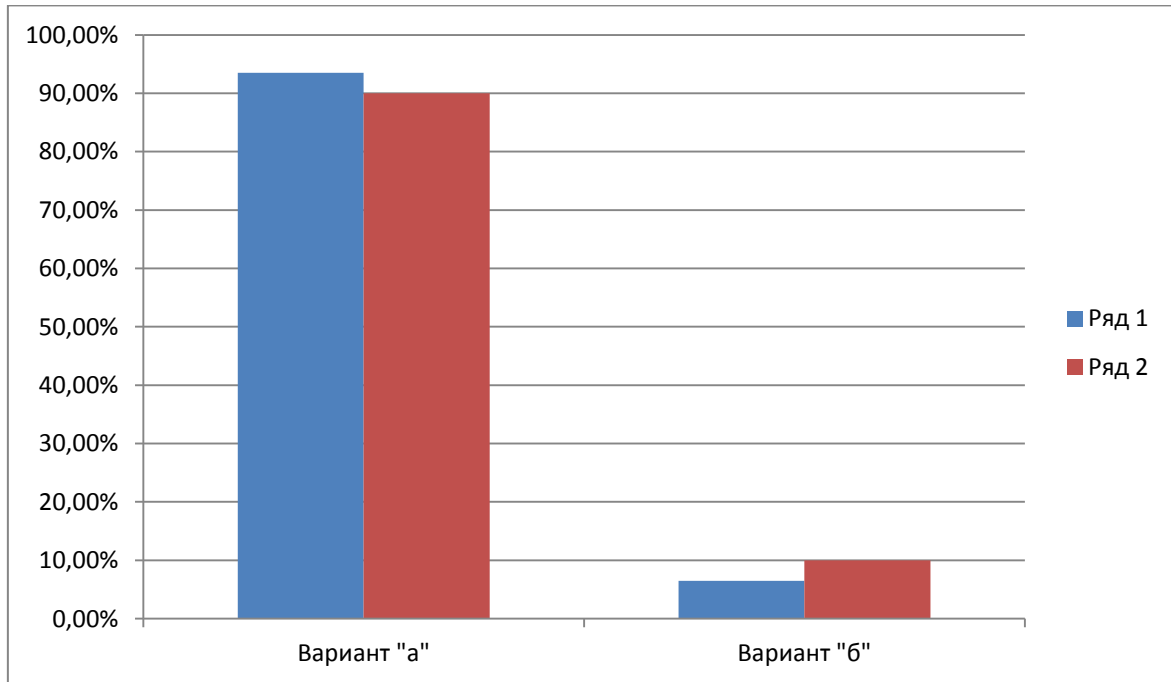
б) Нет.



**12. Ознакомлены ли Вы с Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.12 №19 "О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление"?**

а) Да.

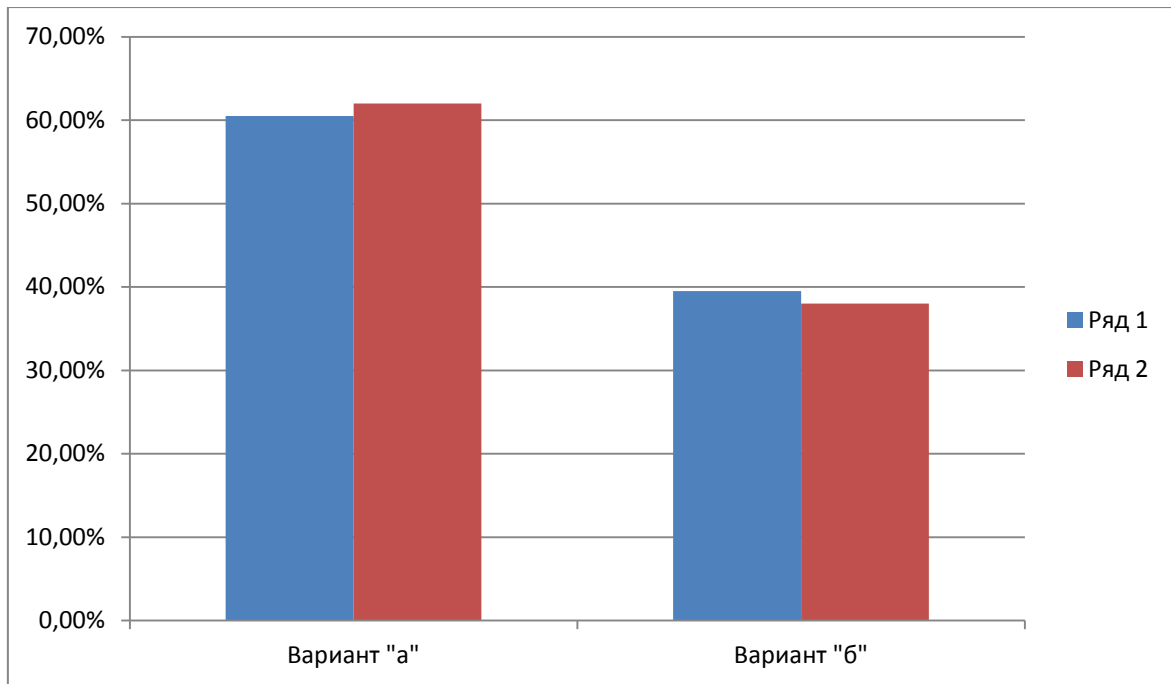
б) Нет.



**13. Считаете ли Вы целесообразным закрепление в гл. 8 УК РФ такого, существующего в теории Уголовного права обстоятельства, исключающего преступность деяния, как "Причинение вреда при осуществлении профессиональных функций"?**

а) Да.

б) Нет.



**14. Считаете ли Вы, что применение таких обстоятельств, исключающих преступность деяния, как обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и причинение вреда при отправлении профессиональных функций, будет иметь для военнослужащих определенную специфику, связанную с особенностями военной службы ?**

а) Да.

б) Нет.

