Талаев Илья Владимирович. Обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций в условиях военной службы: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.08 / Талаев Илья Владимирович;[Место защиты: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования "Российский государственный университет правосудия"].- Москва, 2015.- 208 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**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

## Исполнение приказа или распоряжения 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 категорию1. 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 риска2. Так, в постановлении ЦИК и СНК от 7 августа 1928 г. "Об 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"1, а Постановлением ЦИК и СНК СССР от 12 июня 1929 г. "Об имущественной ответственности рабочих и служащих за ущерб, причиненный ими нанимателю" 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" .

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 отношений4. 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"5. 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

Там же. Козаев Н.Ш. Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Дис.... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 14.

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 внутриполитические 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"1.

Но, несмотря на политическое забытие 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" . 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 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"1. 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, исключающие уголовную ответственность" затрагивал такое обстоятельство, как "оправданный производственный риск" , 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 немыслимо дальнейшее техническое развитие социалистического производства.

## Отправление профессиональных функций в уголовном праве Российской Федерации (общая характеристика)

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"1. Данная статья ставит вопрос о целесообразности соблюдений 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 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 СИ. Ожегова, распоряжение означает "приказ, постановление"l.

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 управления2.

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"3. 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)"1.

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

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..." .

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.

## Допустимый риск и отправление профессиональных функций

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, исключающего 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 риске1. 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 затратами2.

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" .

## Исполнение приказа или распоряжения и отправление профессиональных функций

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 спепподразделения 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 данной 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. Исключение 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 раннее, 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"1. 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