

Рецензия

УДК 343.2

DOI 10.17150/2500-4255.2021.15(5).649-654



## НЕУДАЧНАЯ ПОПЫТКА СИСТЕМНОГО АНАЛИЗА ФУНДАМЕНТАЛЬНОГО ИНСТИТУТА УГОЛОВНОГО ПРАВА\*

**С.Ф. Милуков, А.В. Никуленко***Российский государственный педагогический университет имени А.И. Герцена, г. Санкт-Петербург,  
Российская Федерация*

Review

## AN UNSUCCESSFUL ATTEMPT AT A SYSTEMIC ANALYSIS OF THE FUNDAMENTAL INSTITUTE OF CRIMINAL LAW

**Sergei F. Milyoukov, Andrei V. Nikulenko***Herzen State Pedagogical University of Russia, St. Petersburg, the Russian Federation*

В настоящее время институт необходимой обороны содержится в том или ином виде в законодательстве практически каждой из стран мирового сообщества. В связи с этим уместно привести высказывание А.Ф. Кони: «Необходимая оборона будет существовать вечно, потому что основана на законе необходимости, а этот закон по самому существу своему вечен. Поэтому понятие о необходимой обороне существует исстари и никогда не перестанет существовать; это *non scripta, sed nata lex* (Cicero pro Milone), закон, вытекающий непосредственно из человеческой природы» [1, с. 10–11]. С этим можно было бы согласиться, если бы государство и право тоже существовали вечно. Однако они являются продуктом достаточно поздних этапов развития человечества.

Уже при первом ознакомлении с текстом коллективной монографии, в частности с оглавлением, обращает на себя внимание сравнительно узкий круг поднимаемых вопросов, рассмотрение лишь тех обстоятельств, которые получили законодательное обрамление, игнорирование при этом многочисленных проблем, связанных с формированием новых обстоятельств, не получивших пока нормативной легализации. Мы имеем в виду согласие потерпевшего, осуществление своего права, принуждение к исполнению правовой обязанности, исполнение закона и особенно оперативный эксперимент и правомерную провокацию [2; 3].

Не ясен источник статистических данных (с. 11), к тому же они весьма устарели.

Далее по тексту доминирует судебная практика, что следует приветствовать, но само по себе, без соответствующего научного анализа, это не дает понимания, насколько она соответствует букве и духу уголовного закона.

Авторская редакция ст. 37 УК РФ заслуживает отдельного внимания (с. 26–27), так как в целом совпадает с нашей концепцией законодательной реконструкции соответствующих норм гл. 8 УК России, поскольку выражается в более казуистичном способе их изложения в тексте закона. Это способно существенно повысить правовую защищенность обороняющихся и, соответственно, породить увеличение числа случаев активной самозащиты со стороны добросовестных граждан.

Поражает большое количество ошибок или, скорее, сознательных искажений в тексте (с. 28, 60, 72, 79, 135, 145, 149, 173, 206, 208–210, 212, 214, 215, 218, 226, 227, 229, 234, 235, 239, 242, 244, 245, 248, 251–253, 255–258, 261–263, 284, 288, 290, 291, 293, 305, 312, 313), что зачастую приводит к неверному написанию имен известных ученых и ошибкам в указании времени появления их трудов. Так, на с. 135 приведена работа Н.Д. Дурманова якобы 2017 г. К сожалению, Николай Дмитриевич скончался в 1982 г., а указанная работа издана еще в далеком 1961 году. Кстати, на

\* Рец. на кн.: Обстоятельства, исключаящие преступность деяния / Ю.В. Васильев, Е.В. Сердюкова, А.А. Чуниха, Е.О. Волкова. — Ставрополь : Изд.-информ. центр «Фабула», 2021. — 356 с.

с. 149 эта же работа датируется 2001 г. Диссертация А.В. Савинова завершена в 2002 г., а не в 2012 г. Монография В.Ф. Антонова увидела свет в 2005 г., а работа И.С. Тишкевича — в 1969 г. Монография С.В. Пархоменко издана в 2004 г., а не в 2014 г. Украинский ученый-криминолог Юрий Васильевич Баулин отнюдь не единственный автор изданного в 2005 г. учебника по российскому уголовному праву под редакцией В.С. Комиссарова, его перу принадлежит лишь одна из глав этого учебника. Статья Т. Орешкиной опубликована в журнале «Уголовное право» в 2000 г. Монография покойного В.В. Орехова издана в 2003 г., а Борис Васильевич Сидоров писал об аффекте в далеком 1978 году. Свою диссертацию Е.Г. Веселов защитил в 2002 г. Второй том «Курса советского уголовного права» под редакцией А.А. Пионтковского, П.С. Ромашкина и В.М. Чхиквадзе никак не мог выйти в 2018 г. (на самом деле это издание 1970 г.). О квалификации похищений В.А. Владимиров писал в 1974 г., а В.И. Симонov защитил диссертацию именно в Свердловске, но только в 1972 г., к 2016 г. этому городу уже давно вернули прежнее название — Екатеринбург. Лев Давидович Гаухман исследовал насильственные посягательства еще в 1969 г., а В.В. Иванова опубликовала учебное пособие о преступном насилии в 2002 г. В.П. Петрунев обращался к угрозе убийством целых два раза — в 1975 г. и затем в 1978 г., его книга издавалась дважды. Учебник под редакцией И.Я. Козаченко и З.А. Незнамовой выдержал несколько изданий, но все они вышли много раньше 2018 г. Александр Ильич Бойцов опубликовал «Понятие насильственного преступления» в Ленинграде в 1988 г. Об уголовно-правовом значении угрозы Г.К. Костров писал в 1970 г., а Иосиф Ильич Слуцкий никак не мог издать монографию в 2018 г., так как умер еще в далеком 1959 году. Общая теория права в двух томах, принадлежащая перу С.С. Алексеева, появилась в 1981–1982 гг., а никак не в 2009 г. Свою статью для журнала «Государство и право» А.Б. Сахаров писал в 1987 г. и, к великому сожалению, умер еще в 1997 г. Учебное пособие М.С. Гринберга издано в Омске в 2008 г., а не 2018 г. Кандидатскую диссертацию А.В. Серова защитила в 1999 г., а не в 2018 г., как утверждают авторы на с. 239. Монография О.Д. Ситковской появилась в 1998 г. Свою статью А.И. Иойрыш подготовил в 1992 г., а не в 2005 г. Статья П.Н. Кабанова опу-

бликована в 1989 г., но не в журнале «Законность», поскольку такого тогда еще не существовало, а в «Социалистической законности». Монография В.В. Мавчуна появилась в 2001 г. Седьмой том Энциклопедии уголовного права выдержал два издания — 2007 и 2014 гг. Последний учебник под редакцией Л.Д. Гаухмана вышел в 2009 г. Свою статью о риске В.И. Самороков опубликовал в 1993 г., а книга «Уголовный закон: опыт теоретического моделирования» подготовлена большим коллективом авторов в 1989 г. Академик Владимир Николаевич Кудрявцев издал монографию о правовом поведении в 1982 г. На с. 254 и 256 работу о профессиональном риске 1992 г. (а не 2018 г.) Николая Петровича Берестового, ныне уже покойного, приписывают некоей Н.П. Берестовой, о соавторе С.Ф. Милюкове авторы предпочли умолчать. Обзор судебной практики Верховного Суда РФ от 11 декабря 2009 г., на который ссылаются авторы, к сожалению, не содержит примера, приведенного ими на с. 255. Аркадий Авакович Тер-Акопов умер в 2003 г. и участвовать в подготовке учебника по уголовному праву в 2017 г. уже не мог (с. 256). Е.В. Благов опубликовал свою статью, посвященную рассматриваемым обстоятельствам, в далеком 1992 году. Кандидатскую диссертацию о риске А.П. Савенок защитил в 1997 г. Статья В.Ю. Мельниковой была опубликована в «Советской юстиции» в 1989 г., впрочем, как и статья С.Г. Келиной, опубликованная годом раньше (с. 258). Пример со с. 260 никак не мог попасть в обзор судебной практики Верховного Суда РФ за второй квартал 2004 г., поскольку дело Ларионова, механика баркаса «Шеляпугин», рассматривалось еще в 1944 г. (!). На с. 261 мало того что неправильно указали инициалы Плехана Сергеевича Дагеля, умершего в 1983 г., так и его статью 1981 г. перелицевали в современную, заменив год издания на 2017-й. Статьи В. Широкова и Ю.М. Ткачевского на самом деле были опубликованы в 1991 г., а статьи А. Тимбербулатова и Ю.И. Ляпунова соответственно в 1995 и 1989 гг. (с. 263). И.Н. Шулепов защитил диссертацию по специальности 12.00.08, а не 12.00.11, как представили авторы. Четвертый том Российского законодательства X–XX вв. «Законодательство периода становления абсолютизма» был опубликован в 1986 г. А.Е. Волков защитил диссертацию «Преступления против порядка подчиненности и воинских уставных взаимо-

отношений: уголовно-правовая и криминологическая характеристики» по специальности 12.00.08 в 2004 г.

Отмеченные недостатки сильно смахивают на опусы нерадивых студентов юридических образовательных организаций, которым лень искать и изучать современную литературу. Отыскав в Интернете первое попавшееся сочинение, они «модернизируют» его, уменьшая на ходу год издания. Иногда это бывает сделано до них предыдущим «модернистом».

Говоря о причинении вреда при задержании преступника, авторы обоснованно замечают: «...Пользу для общества несет не само причинение вреда задерживаемому лицу, а поимка преступника и изолирование его от общества в целях возможности вершить над ним правосудие...» (с. 69).

Обоснованным представляется и решение о возможности задержания любого лица, а не только обладающего всеми признаками субъекта преступления (с. 73–74).

В то же время нельзя согласиться с мнением авторов о возможности причинять вред лишь тем лицам, которые совершили именно преступление (с. 74).

Этот тезис никак не согласуется с нашими (и не только) предложениями [4] об изменении названия и формулировки ст. 38 УК РФ на «Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние» с учетом коренного признака общественной опасности, присущего отнюдь не только преступным деяниям, но и правонарушениям, содержащимся в КоАП РФ. Поэтому следует законодательно закрепить возможность силового задержания лиц, совершивших не только преступления, но и иные общественно опасные деяния. Это тем более актуально в современных условиях, когда в сферу административного права уже перемещен ряд весьма опасных деяний, а также возможно появление в законе категории «уголовный проступок».

Нельзя не отметить предложение о замене соединительного союза «и» на «или» между целями задержания (с. 76), однако эти и другие предложения были высказаны нами еще в 2011 г., что авторами монографии замалчивается.

В свете сказанного поразительным выглядит вывод: «Если в наличии нет оснований привлечения нарушителя к ответственности либо отсутствуют основания применения к нему мер медицинского или воспитательного характера,

то не имеется и оснований задержания такого лица в порядке, закрепленном уголовным и уголовно-процессуальным правом» (с. 81) [5; 6].

Дело в том, что авторы не учитывают реальной обстановки, в которой происходят задержания, когда у задерживающего нет времени, а зачастую и достаточных юридических познаний для неспешной квалификации и проведения проверки в соответствии со ст. 144 и 145 УПК РФ (с. 81). Более того, если он станет рассуждать об этом, то задерживать, скорее всего, будет уже некого. Современная криминологическая обстановка опровергает миф о респектабельном правонарушителе, а приведенный на с. 82 пример об остановке транспортного средства, управляемого лицом, находящимся в состоянии опьянения, путем применения табельного оружия следует рассматривать по правилам крайней необходимости. Если при этом пострадал водитель, то все риски, связанные с причинением вреда, должен нести исключительно сам нарушитель. В противном случае задерживающий будет лишь смотреть вслед уезжающему автомобилю, не предпринимая никаких попыток его остановки, а что может натворить пьяный за рулем — общеизвестно.

Другим заблуждением следует считать обязательное сопротивление задерживаемого (с. 83). Если таковое будет иметь место, следует применять нормы о необходимой обороне, предоставляющие больше прав обороняющемуся, нежели задерживаемому.

Складывающуюся судебную практику по данной категории дел наглядно демонстрирует пример на с. 98–100. Несмотря на проникновение посторонних в квартиру и агрессивный характер их действий, необходимая оборона была отвергнута судом. И лишь усилиями адвоката действия П. были переквалифицированы с общей нормы (ч. 4 ст. 111 УК РФ) на привилегированный состав ч. 2 ст. 114 УК РФ.

Раскрытие сущности крайней необходимости начинается с весьма категорического суждения: «Уголовный закон фактически не исполняется, ст. 39 УК РФ, как и соответствующие статьи Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», бездействуют, что в отдельных случаях приводит к противоречивым юридическим решениям» (с. 103). Столь громкие заявления следовало бы оставить в качестве вывода к тексту, изобилующему соответствующими примерами следственных и судебных ошибок.

Отметим, что в ходе изучения следственно-судебной практики авторы ссылаются на электронный ресурс [rospravosudie.com](http://rospravosudie.com) (с. 105, 107, 136, 137, 151, 162, 169, 180), что представляется недопустимым, поскольку еще 17 июля 2018 г. Роскомнадзор России заблокировал этот сайт за незаконное распространение персональных данных. Зайти на него ни в 2019 г., ни по сию пору просто невозможно.

Рассматривая на с. 110–117 воззрения различных философов на институт крайней необходимости, авторы акцентируют внимание читателей на примере с двумя альпинистами и фактически (местами противореча сами себе) приходят к выводу о количественном критерии оценки действий альпиниста: «...с точки зрения права любая жизнь равна любой другой, то ситуация с альпинистами разрешается достаточно просто. Главное, что был причинен равный вред: одна жизнь спасена за счет другой. С точки зрения действующего закона (ч. 2 ст. 39 УК РФ) это недопустимо. Следовательно, перед нами превышение пределов крайней необходимости».

Опираясь на изложенные в рецензируемой книге факты, ее авторы предлагают в ст. 39 УК РФ внести следующее дополнение: «Превышением пределов крайней необходимости признается умышленное причинение смерти другому человеку при устранении опасности, непосредственно угрожающей жизни и здоровью людей. Такое превышение влечет за собой уголовную ответственность как за причинение вреда, равного предотвращенному» (с. 125–126).

Налицо вопиющее противоречие: спасение множества жизней за счет причинения смерти лишь *одному* человеку должно рассматриваться как равнозначный вред! На наш взгляд, если не брать во внимание поведение тех лиц, для которых крайняя необходимость выступает прямой обязанностью, такое дозволенное поведение, и так не пользующееся особой популярностью (отметим, что даже пожарные избегают причинения вреда стоящим во дворах транспортным средствам, спеша на пожар, а ведь несоизмеримость такого ущерба со спасаемым благом налицо), и вовсе сократится до единичных случаев. Зачем проявлять активность, спасая большее благо (особенно если речь не идет о собственной жизни или имуществе), рискуя своим благополучием и наступлением уголовной ответственности? Поэтому данный вопрос требует более глубокого научного и нравствен-

ного осмысления и взвешенного нормативного воплощения.

Небезынтересным представляется рассмотрение вопроса о мнимой крайней необходимости и способах разрешения коллизий при ее наличии (с. 159–162). Столь же актуальной выглядит рассмотренная авторами ситуация провокации крайней необходимости (с. 166).

Обращаясь к рассмотрению физического или психического принуждения как обстоятельства, исключающего преступность деяния, авторы обратились к понятию «принуждение» в уголовном праве (с. 181–193 и далее). На наш взгляд, пытаясь всесторонне изучить правовую природу принуждения, авторы несколько отходят от сущности принуждения как обстоятельства, исключающего преступность деяния, в то время как монография посвящена именно этому уголовно-правовому институту. Поэтому методологические аспекты принуждения требуют отдельного разговора, причем, как констатируют авторы, действующий уголовный закон содержит разногласия в понимании и применении этого термина и его содержательном наполнении.

Обсуждение гипнотического воздействия на человека (с. 219–222) хотя и весьма увлекательно, но все же изрядно отдалено от тематики монографии.

Обращаясь к обоснованному риску, авторы не забыли современных правоведов Н.Ш. Козаева и В.В. Бабурина, хотя в монографии отсутствует упоминание ряда известных нам работ этих ученых. В то же время монография А.П. Альгина неверно датируется 2006 г., хотя вышла в свет еще в Советском Союзе, в 1989 г., и наделала немало «шума» в то время. Главное же, что следует констатировать, — ничего принципиально нового о возможностях регламентации обоснованного риска авторы не предлагают.

Рассматривая институт исполнения приказа или распоряжения, авторы верно обозначают ряд противоречий, прежде всего терминологических, в теоретическом и практическом осмыслении норм УК РФ (с. 276–277, 283–286). Однако вызывает недоумение предложение о введении в научный оборот термина «уголовно-правовой институт исполнения приказа» (с. 277). Заметим, что это и так уголовно-правовой институт, а отсутствие указания на термин «распоряжение», возможно, порадует некоторых административистов, придающих ему несколько иное значение, но может значительно сузить рамки применения указанных норм.



К сожалению, говоря о повышенном значении исполнения приказа или распоряжения для деятельности правоохранительных органов, авторы ссылаются на довольно устаревший документ — «Положение о службе в органах внутренних дел Российской Федерации» 1992 г. (с. 280), в то время как данный документ не применяется в отношении сотрудников органов внутренних дел в связи с принятием Федерального закона «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 30 ноября 2011 г. № 342-ФЗ (в редакции от 30 апреля 2021 г.).

Весьма интересным представляется описание периодов становления указанного института в российском и зарубежном законодательстве (с. 287–295), однако размещенный материал представлен выборочно и неоправданно лапидарно.

При этом нельзя согласиться со следующим утверждением: «...обязательность приказа означает необходимость его исполнения в точном соответствии, в конкретные сроки и подкрепляется предусмотренной уголовной ответственностью за неисполнение. Если за неисполнение приказа уголовная ответственность для субъекта законом не предусмотрена, соответственно обязательность приказа в уголовно-правовом смысле для него не действует» (с. 306). Здесь авторы противоречат сами себе, то распространяя действие норм ст. 42 УК РФ на всех граждан, то значительно сужая сферу их действия до военнослужащих и сотрудников ОВД и Росгвардии, так как иных прямых норм об ответственности за неисполнение приказа в уголовном законодательстве не существует.

Отрадно, что все произведенные выводы и предлагаемые новеллы аккумулированы авторами в заключении к монографии на с. 323–339. Со многими выводами следует согласиться, хотя они, как правило, и не обладают существенной новизной. Некоторые из них требуют дальнейшей проработки, ну а отдельные, как показано выше, не выдерживают критики.

Мы же делаем вывод о том, что работы подобного уровня должны готовиться более серьезно и подвергаться предварительно тщательному научному рецензированию.

#### СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Кони А.Ф. О праве необходимой обороны / А.Ф. Кони ; [авт. вступ. ст. А. Цориева]. — Москва : Остожье, 1996. — 112 с.
2. Милуков С.Ф. Провокация в борьбе с коррупцией: диалектическое противоречие и пути выхода из него / С.Ф. Милуков, А.В. Никуленко. — DOI 10.21202/1993-047X.10.2016.4.45-53 // Актуальные проблемы экономики и права. — 2016. — Т. 10, № 4. — С. 45–53.
3. Милуков С.Ф. Провокация обороны: от безоговорочного отрицания к взвешенной оценке / С.Ф. Милуков, А.В. Никуленко // Научный вестник Омской академии МВД России. — 2018. — № 1 (68). — С. 8–14.
4. Милуков С.Ф. Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние / С.Ф. Милуков, А.В. Никуленко. — Санкт-Петербург : Юрид. центр, 2015. — 560 с.
5. Энциклопедия уголовного права. В 35 т. Т. 7 : Обстоятельства, исключающие преступность деяния / В.А. Блинников, Э.Ф. Побегайло, С.Ф. Милуков [и др.]. — Санкт-Петербург : Изд. проф. Малинина, 2007. — 735 с.
6. Энциклопедия уголовного права. В 35 т. Т. 7 : Обстоятельства, исключающие преступность деяния / В.А. Блинников, Э.Ф. Побегайло, С.Ф. Милуков [и др.]. — 2-е изд. — Санкт-Петербург : Изд. проф. Малинина, 2014. — 776 с.

#### REFERENCES

1. Koni A.F. *On the Right of Necessary Defense*. Moscow, Ostozh'e Publ., 1996. 112 p.
2. Milyukov S.F., Nikulenko A.V. Subornation in Struggle Against Corruption: Dialectic Contradiction and Ways out of it. *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava = Actual Problems of Economics and Law*, 2016, vol. 10, no. 4, pp. 45–53. (In Russian). DOI: 10.21202/1993-047X.10.2016.4.45-53.
3. Milyukov S.F., Nikulenko A.V. Defence Provocation: from Unconditional Negation to Reasonable Estimate. *Nauchnyi vestnik Omskoi akademii MVD Rossii = Scientific Bulletin of the Omsk Academy of the MIA of Russia*, 2018, no. 1, pp. 8–14. (In Russian).
4. Milyukov S.F., Nikulenko A.V. *The Infliction of Harm on a Detained Person who has Committed a Crime as well as Any Other Socially Dangerous Act*. Saint Petersburg, Yuridicheskii tsentr Publ., 2015. 560 p.
5. Blinnikov V.A., Pobegailo E.F., Milyukov S.F., Yakunkov M.A., Veselov E.G. *Encyclopedia of Criminal Law*. Saint Petersburg, Malinin V.B. Publ., 2007. Vol. 7. 735 p.
6. Blinnikov V.A., Pobegailo E.F., Milyukov S.F., Yakunkov M.A., Veselov E.G. *Encyclopedia of Criminal Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Saint Petersburg, Malinin V.B. Publ., 2007. Vol. 7. 735 p.

#### ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

Милуков Сергей Федорович — профессор кафедры уголовного права Российского государственного педаго-

#### INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Milyukov, Sergei F. — Professor, Chair of Criminal Law, Herzen State Pedagogical University of Russia, Doctor of Law,

гического университета имени А.И. Герцена, доктор юридических наук, профессор, г. Санкт-Петербург, Российская Федерация; e-mail: dikoepolesf@gmail.com.

*Никулenco Андрей Вячеславович* — профессор кафедры уголовного права Российского государственного педагогического университета имени А.И. Герцена, доктор юридических наук, доцент, г. Санкт-Петербург, Российская Федерация; e-mail: nikulenkoa@mail.ru.

#### ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ

Милуков С.Ф. Неудачная попытка системного анализа фундаментального института уголовного права / С.Ф. Милуков, А.В. Никулenco. — DOI 10.17150/2500-4255.2021.15(5).649-654 // Всероссийский криминологический журнал. — 2021. — Т. 15, № 5. — С. 649–654. — Рец. на кн.: Обстоятельства, исключающие преступность деяния / Ю.В. Васильев, Е.В. Сердюкова, А.А. Чуниха, Е.О. Волкова. — Ставрополь : Изд.-информ. центр «Фабула», 2021. — 356 с.

Professor, St. Petersburg, the Russian Federation; e-mail: dikoepolesf@gmail.com.

*Nikulenka, Andrei V.* — Professor, Chair of Criminal Law, Herzen State Pedagogical University of Russia, Doctor of Law, Ass. Professor, St. Petersburg, the Russian Federation; e-mail: nikulenkoa@mail.ru.

#### FOR CITATION

Milyoukov S.F., Nikulenka A.V. An unsuccessful attempt at a systemic analysis of the fundamental institute of criminal law. *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal = Russian Journal of Criminology*, 2021, vol. 15, no. 5, pp. 649–654. (In Russian). DOI: 10.17150/2500-4255.2021.15(5).649-654.