

УДК 343.1

Никуленко А. В.

К.ю.н., доцент, зам. начальника кафедры уголовного права
Санкт-Петербургский университет МВД России

НАСУЩНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ СТ. 38 УК РФ И ЕЁ ВОЗМОЖНОСТИ В ПРОТИВОДЕЙСТВИИ ПРЕСТУПНОСТИ

В работе проанализированы и подвергнуты критике возможности соблюдения условий правомерности причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление. Акцентировано внимание на очевидных недостатках законодательства и правоприменительной практики. Даны обоснованные рекомендации и проект нормы уголовного кодекса о мнимом задержании.

Ключевые слова: уголовное законодательство, обстоятельства, исключаяющие преступность деяния, причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление.

В российском уголовном праве существует понятие «организованная группа», относящаяся к сложным формам соучастия. Однако криминология оперирует понятием «организованная преступность». Они не тождественны. В уголовном праве это понятие сужено до рамок ст. ст. 209, 210 УК РФ. В криминологии оно означает ещё и социальное явление, и особый характер связей между соучастниками, и своеобразную субкультуру [23, с. 5 – 6].

Отмечается качественно новые свойства, которые приобретает совместная преступная деятельность, особенно если она носит организованный характер [1, с. 38]. Известный исследователь организованной преступности В.С. Овчинский подчеркивает, что она напоминает сеть социальных связей в обществе [19, с. 357]. Не менее известный криминолог Я.И. Гилинский обоснованно полагает, что она встроена в социальную систему, оказывая существенное влияние на экономику и политику [3, с. 268].

Для борьбы феноменом организованной преступности УК России имеет, конечно же, свой арсенал средств, к коим относится уголовно-правовой институт причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, закрепленный в статье 38 действующего УК РФ.

Вред, причиняемый лицу, совершившему преступление или иное общественно опасное деяние, при его задержании в подавляющем большинстве случаев не может быть безмерным, а, тем более, произвольным. Он не будет преступным лишь в том случае, если он нанесен в пределах, соответствующих установленным в уголовном законе основаниям его причинения и условиям, при которых допустимо его причинить. Это в полной мере соответствует нормам международного права, в частности, ч. 1 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 года, согласно

которому «никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом» [12, с. 226].

Для большинства специалистов очевидно, что задержание преступника представляет собой, сугубо общественно полезную деятельность: «При некоторых обстоятельствах деяния, по своим внешним чертам схожие с признаками того или иного преступления, в действительности не являются общественно опасными; они не только не представляют собой опасности ..., но, наоборот, являются полезными» [11, с. 342].

Еще в досоветский период об этом говорил видный российский ученый П.П. Пусторослев: «Если саморасправа разрешена объективным правом в виде правовой обязанности, то, следовательно, обязательное право требует, а не предоставляет право на выбор, чтобы лицо произвело саморасправу» [21, с. 17-18].

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

Последовательно придерживаясь линии на максимальную минимизацию числа условий правомерности причинения вреда при задержании, ввиду преимущественной скоротечности ситуации задержания и зачастую стрессового ее характера [15, с. 184], на основе анализа ст. 38 УК ограничимся выделением пяти соответствующих условий, объединив их в две группы — относящиеся к основанию задержания и причинению вреда в процессе такового [16, с. 78].

Первое условие, относящееся к деянию, состоит в том, что задерживаемое лицо, по мнению законодателя, должно совершить именно преступление.

Второе условие — отсутствие наличности посягательства заключается в том, что общественно опасное посягательство уже должно быть совершено, то есть, выполнена полностью объективная сторона того или иного состава преступления (иного правонарушения) или оно прервано на предварительных стадиях — приготовления или покушения. Право на применение силы, спецсредств, оружия или иных вредоносных предметов прекращается с момента фактического задержания, истечения сроков давности привлечения к уголовной ответственности, декриминализации деяния, смерти лица, а также изменения обстановки (например, задерживаемый, сломал ногу, тяжело заболел, а также сам прекратил попытки уклониться от доставления в органы власти).

Третье условие заключается в том, что вред может быть причинен задерживаемому не произвольно, а лишь с целью задержания, доставления в

соответствующие органы власти и/или пресечения возможности совершения им новых общественно опасных деяний.

Четвертое условие — вынужденность причинения вреда. Оно означает, что причинение вреда должно быть единственным средством задержания лица, совершившего общественно опасное деяние и (или) доставления его в правоохранительные органы. По этому условию рассматриваемый институт имеет сходство с крайней необходимостью.

При анализе конкретных ситуаций задержания приоритет следует отдавать не объективным возможностям для задержания без причинения вреда, а осознанию таковой возможности для задерживающего.

Наконец, **наиболее сложное, пятое условие** предусматривает, что не должно быть допущено превышения мер, необходимых для задержания лица. Большинство ошибок, возникающих при рассмотрении судами дел, связанных с причинением вреда при задержании преступника, касаются именно превышения необходимых для этого мер.

Поскольку формат работы не позволяет подробно рассмотреть их все, обратимся к условию, на первый взгляд, не слишком трудновыполнимому. О сложности соблюдения именно этого условия говорит А.А. Ключев [5, с. 57]. Итак, задерживаемое лицо, по мнению законодателя, должно совершить именно преступление (о задержании именно преступника идет речь и в учебнике, подготовленном авторским коллективом кафедры уголовного права и криминологии МГУ им. М.В. Ломоносова) [8, с. 473], то есть в его действиях должны содержаться все признаки того или иного конкретного состава преступления.

Разумность такой формулировки вызывает большие сомнения. В реальной жизни соблюсти его бывает очень трудно, а то и невозможно.

Немаловажным является и процессуальный аспект проблемы. Хотя преступление объективно существует с момента его совершения, обвиняемое в нем лицо считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда (ст. 49 Конституции РФ). В момент задержания, естественно неизвестно, будет ли признано виновным задерживаемое лицо. В действующем законе нет прямых указаний, как поступать с невменяемым, малолетним или лицом, случайно (невиновно) причинившем вред? Получается, что сотрудник правоохранительных органов или обычный гражданин в момент задержания, а, как правило, это считанные секунды, в условиях стресса и потенциальной угрозы возобновления посягательства, должен не только определить вменяемо ли задерживаемое лицо, но при этом еще и юридически грамотно квалифицировать его деяние. Таким набором профессиональных качеств в современных условиях размывания профессионального ядра правоохранительной системы обладают, наверное, редкие единицы. Говорить же об обычных гражданах не приходится вовсе [18, с. 514].

УК РФ не содержит специальной нормы, освобождающей от ответственности лицо, нарушившее первое условие правомерности причинения вреда задерживаемому при извинительных обстоятельствах. Конечно, это частный случай невиновного причинения вреда, когда лицо «не осознавало и по обстоятельствам дела не могло осознавать общественной опасности своих действий» (ст. 28 УК), то есть находилось в полной уверенности, что задерживаемый — преступник и потому его собственные действия по задержанию являются общественно полезными [13, с. 78]. Аналогичного мнения придерживается В.А. Казакова и А.А. Толкаченко: «Если в последующем предполагаемый преступник таковым не оказался, ответственность задерживающего наступает по правилам о юридической и фактической ошибке» [7, с. 60; 9, с. 151].

Сложнее выглядят ситуации, когда задерживающий твердо знал или допускал, что причиняет вред лицу, не подлежащему уголовной ответственности. В связи с этим в литературе высказаны мнения о недопустимости причинения вреда при задержании заведомо невменяемого или лица, заведомо для задерживающего, не достигшего возраста уголовной ответственности [25, с. 288]. И.М. Тяжкова пишет по этому поводу: «... Если в отношении несовершеннолетних и особенно малолетних с этим еще и можно согласиться, то в отношении невменяемых складывается более сложная ситуация. Наличие запрета на причинение таким лицам вреда при их задержании означает по существу появление новых жертв» [24, с. 373].

Вред можно причинять только при наличии твердой уверенности в том, что именно данное лицо совершило преступление. Следует отметить, что закон не позволяет причинять вред третьим лицам, например, родным или близким преступника, однако в условиях современной криминальной обстановки, особенно на Северном Кавказе, в исключительных случаях возможно отступление от этого правила, исходя из состояния крайней необходимости. Указанные предложения уже выдвигались рядом видных ученых-криминологов [10, с. 112 – 114]. Такая уверенность чаще всего появляется, когда лицо застигнуто при совершении преступления, когда очевидцы указывают на лицо как на совершившее преступление, когда на задерживаемом или на его одежде присутствуют следы, свидетельствующие о совершении им преступления (ст. 91 УПК РФ). Производя задержание, задерживающий должен обладать достаточной уверенностью в том, что общественно опасное деяние, во-первых, имело место в действительности, во-вторых, совершено задерживаемым лицом, в-третьих, носит преступный характер [6, с. 56 – 64].

Насильственное задержание целесообразно и в отношении лиц, совершивших административные правонарушения (к сожалению, указанное положение подвергается сомнению в юридической литературе [4, с. 685]). Это весьма важно в современных условиях, когда в сфере действия данной отрасли права оказалось множество опасных проступков, часть из которых в прошлом влекла уголовную ответственность. Назовем лишь некоторые из них:

нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортного средства, повлекшее причинение по неосторожности легкого или средней тяжести вреда здоровью (ст. 12.24 КоАП РФ); невыполнение требования о предоставлении транспортного средства или об остановке транспортного средства (ст. 12.25); неповиновение законному распоряжению сотрудника полиции, военнослужащего, сотрудника органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, сотрудника органов федеральной службы безопасности, сотрудника органов государственной охраны, сотрудника органов, уполномоченных на осуществление функций по контролю и надзору в сфере миграции, либо сотрудника органа или учреждения уголовно-исполнительной системы (ст. 19.3); мелкое хулиганство (ст. 20.1); пропаганда и публичное демонстрирование нацистской атрибутики и символики (ст. 20.3); нарушение требований режима чрезвычайного положения (ст. 20.5); установка на гражданском или служебном оружии приспособления для бесшумной стрельбы или прицела (прицельного комплекса) ночного видения (ст. 20.9); стрельба из оружия в неотведенных для этого местах (ст. 20.12); блокирование транспортных коммуникаций (ст. 20.28); оскорбление (5.61); действия, угрожающие безопасности движения на водном транспорте (11.6) и др.

Следует обратить внимание, что в соответствии с Федеральным законом от 07.12.2011 № 420-ФЗ ст. ст. 129 и 130 УК РФ — утратили силу. Вряд ли в мировой юриспруденции есть прецеденты декриминализации таких древнейших преступлений как клевета и оскорбление [14, с. 160–164]. Справедливости ради заметим, что со сменой политической власти (4 марта 2012 г. Президентом РФ был избран В. Путин) и клевета была возвращена в лоно уголовного кодекса [22]. Как изменилась (и изменилась ли вообще) общественная опасность указанного деяния за 7 месяцев, что подвигло законодателя вернуться к проверенной веками уголовно-правовой защите от клеветы, остается только догадываться.

Скорее запятую, а не точку ставит в этом вопросе постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2012 г. № 19. Его пункт 24 гласит: «Если при задержании лицо добросовестно заблуждалось относительно характера совершенного задержанным лицом противоправного деяния, приняв за преступление административное правонарушение или деяние лица, не достигшего возраста уголовной ответственности, либо лица в состоянии невменяемости, в тех случаях, когда обстановка давала основания полагать, что совершалось преступление, и лицо, осуществлявшее задержание, не осознавало и не могло осознавать действительный характер совершаемого деяния, его действия следует оценивать по правилам статьи 38 УК РФ, в том числе и о допустимых пределах причинения вреда» [20].

Впрочем, далее Верховный Суд РФ пошел по пути регламентации действий задерживаемых лиц по аналогии с таковой при необходимой обороне, забывая, между тем, об их коренных отличиях. Так, «если при

задержании лицо не осознавало, но по обстоятельствам дела должно было и могло осознавать указанные обстоятельства о характере противоправного деяния и о том, кто именно совершил преступление, его действия подлежат квалификации по статьям Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающим ответственность за преступления, совершенные по неосторожности. При отсутствии указанных обстоятельств, причинение вреда лицу при его задержании подлежит квалификации на общих основаниях».

Таким образом, силовое задержание лиц, в частности, при совершении скажем административных правонарушений, по мнению Верховного Суда РФ, всегда незаконно и влечет за собой уголовную ответственность, пусть и за неосторожное преступление. Справедливости ради отметим, что УК России предусматривает ответственность лишь за причинение тяжкого вреда здоровью по неосторожности (ст. 118 УК РФ). Однако вопрос о допустимости причинения вреда при задержании заведомо невменяемого или лица, заведомо для задерживающего не достигшего возраста уголовной ответственности все же остался открытым. Ведь следуя логике высшей судебной инстанции, к таковым лицам просто нельзя применять какое-либо насилие, кроме случаев необходимой обороны.

Отмечая указанные трудности в определении того, является ли задерживаемое лицо именно преступником, уже давно было предложено заменить законодательную формулировку ст. 38 УК на «лицо, совершившее общественно опасное деяние» [17, с. 103 – 106; 16, с. 69; 26; 27]. Менее удачным выглядит словосочетание «лицо, подозреваемое в совершении преступления» [2, с. 29], поскольку вне сферы действия рассматриваемой статьи УК остаются случаи задержания лиц, не достигших возраста наступления уголовной ответственности, малолетних и лиц, невиновно причинивших уголовно-значимый вред личности, собственности и другим охраняемым УК объектам.

В завершении, для облегчения участи лиц все же допустивших ошибку при задержании (тем более задержании юридически подкованных и хорошо организованных представителей преступных сообществ), предлагаем включить в УК РФ новую норму следующего содержания:

«Статья 38¹ УК РФ. Задержание мнимого посягателя.

1. Не является преступлением причинение вреда лицу, ошибочно принятому за совершившее общественно опасное посягательство при его задержании для доставления органам власти и (или) пресечения возможности совершения им новых преступлений, если обстановка задержания не позволяла задержать такое лицо иными средствами и если при этом не было допущено превышения мер, необходимых для задержания реального посягателя.

2. Задержание мнимого посягателя — состояние, при котором реально отсутствует преступление или иное общественно опасное деяние, однако внешние обстоятельства дают основания полагать, что общественно опасное посягательство было совершено и лицо, применившее меры по

насильственному задержанию не осознавало и не должно было или не могло осознавать ошибочность своего предположения. Вопрос о вине задерживающего в таких случаях разрешается в соответствии с частью первой статьи 28 настоящего Кодекса.

3. Если лицо не осознавало мнимости посягательства или посягателя, но по обстоятельствам дела должно было и могло это осознавать, то оно должно нести ответственность по соответствующим статьям Особенной части настоящего Кодекса, за совершение указанного деяния по неосторожности в соответствии с частью второй статьи 24 настоящего Кодекса.

4. Превышением мер, необходимых для задержания, в случаях, описанных в части второй настоящей статьи, признаются умышленные действия, явно не соответствующие характеру и степени общественной опасности предполагаемого посягательства, обстановке задержания и личности мнимого посягателя. Ответственность в таких случаях наступает по правилам, предусмотренным частью второй статьи 38 настоящего Кодекса.

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

6. При определении правомерности причинения вреда мнимому посягателю или посторонним лицам следует учитывать положения статьи 41 настоящего Кодекса».

Литература

1. Безбородов Д.А. Методологические основы учения об уголовной ответственности за совместное преступное деяние: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 2007. — 56 с.

2. Блинников В.А. Система обстоятельств, исключаящих преступность деяния в уголовном праве России: автореф. дис. ... д.ю.н. — Н.Новгород, 2002. — 51 с.

3. Гишинский Я.И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. 2-е изд. — СПб., 2009. — 504 с.

4. Звечаровский И.Э. Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление // Полный курс уголовного права. В 5 т. Т. 1 / под ред. А.И. Коробеева. — СПб., 2008. — 1133 с.

5. Ключев А.А. Правомерность причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление // Российская юстиция. — 2015. — № 5. — С. 56 — 58.

6. Кобзева Е.В. Законодательная формула задержания лица, совершившего преступление // Организованная преступность и коррупция: результаты криминологического-социологического исследований. Вып. 5 / под ред. Н.А. Лопашенко. — Саратов, 2010. — С. 56 — 64.

7. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В.И. Радченко, А.С. Михлина. — М., 2008. — 704 с.
8. Крылова Н.А., Тяжкова И.М. Обстоятельства, исключаящие преступность деяния // Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. Учебник для вузов / под ред. В.С. Комиссарова, Н.А. Крыловой, И.М. Тяжковой. — М.: Статут, 2012. — 879 с.
9. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В.М. Лебедев. 12-е изд. — М., 2012. — 1359 с.
10. Корецкий Д., Милюков С. Внесудебная репрессия как законный способ борьбы с преступностью // Уголовное право. — 2004. — № 1. — С. 112 – 114.
11. Курс советского уголовного права. Т. 2. / Под ред. А.А. Пионтковского и др. — М., 1970. — 516 с.
12. Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года. Вступил в силу 23 марта 1976 года. // United Nations Treaty Series, vol. 999, p. 225 – 240.
13. Милюков С.Ф., Сиятскова Л.А. Необходимая оборона по уголовному законодательству России как элемент гражданской самозащиты: монография – Н. Новгород, 2005. – 107 с.
14. Милюков С.Ф. Российская уголовная политика: перманентная революция? // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели: материалы VII Российского конгресса уголовного права (31 мая — 1 июня 2012 года). — М.: Проспект, 2012. — С. 160 – 164.
15. Милюков С.Ф. Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление // Энциклопедия уголовного права. Т. 7: Обстоятельства, исключаящие преступность деяния. — СПб., 2007. — 722 с.
16. Милюков С.Ф., Никуленко А.В. Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние. — СПб.: Изд-во «Юридический центр», 2015. — 560 с.
17. Никуленко А.В. Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние: дисс. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2011. — 326 с.
18. Никуленко А.В. Условия правомерности причинения вреда при задержании (ст. 38 УК РФ) // Проблемы правового обеспечения безопасности личности, общества и государства. Сборник статей по материалам научно-практической конференции. — Новосибирск, 2014. — С. 513 – 519.
19. Овчинский В.С. Организованная преступность // Криминология: учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. 3-е изд. М., 2006. — 734 с.
20. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2012 г. № 19 «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление» // Российская газета. — 2012. — 3 октября.

21. Пусторослев П.П. Понятие о незаменимой саморасправе, как учреждении уголовного права. — М., 1890. — 182 с.
22. Статья 128¹. Клевета, введена Федеральным законом от 28.07.2012. № 141-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. — 2012. — 1 августа.
23. Топильская Е.В. Криминология организованной преступности: в 2-х т. Т. 1. Части Общая и Особенная: монография. — СПб., 2015. — 288 с.
24. Тяжкова И.М. Обстоятельства, исключаящие преступность деяния // Российское уголовное право. В 2 т. Т. 1: Общая часть / под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, В.С. Комиссарова, А.И. Рарога. — М., 2003. — 528 с.
25. Уголовное право. Общая часть / под ред. Л.Д. Гаухмана и Л.М. Колодкина. — М., 1999. — 784 с.
26. Уголовное право. Общая часть: учебное пособие [Аминов Д.И., Багмет А.М., Никонович С.Л., Авдалян А.Я., Климов А.С., Белокобыльский М.Е., Канубриков В.А., Галузо В.Н., Иванов А.Л.]; под ред. Д.И. Аминова, А.М. Багмета. — *Stredoevropsky Vestnik pro Vedu a Vyzkum*. — 2015. — Т. 70.
27. Комментарий к уголовному кодексу Российской Федерации. Общая часть: научно-практическое пособие. В 3 т. Т.1. [Авдалян А.Я., Бычков С.Н., Галузо В.Н., Денисов С.А., Епифанов Б.В., Чабукиани О.А., Климов А.С., Коротков А.В., Милюков С.Ф., Никонович С.Л., Никуленко А.В., Степанов Ю.И., Хлебушкин А.Г. — *Stredoevropsky Vestnik pro Vedu a Vyzkum*. — 2015. — Т. 74.