**Введение**

Актуальность настоящего исследования обусловлена тем, что на протяжении долгого времени ученые в сфере юриспруденции пытаются решить проблему разграничения преступного поведения от непреступного. Традиционно основным способом решения данной проблемы принято считать установление уголовно-правовых запретов на совершение тех или иных общественно опасных деяний, а также исключение преступности содеянного в силу его специфических социально-правовых характеристик. Исключение преступности содеянного в уголовном законодательстве именуется обстоятельствами, исключающими преступность деяния. Государство и общество возлагают определенные надежды на то, что с помощью таких установлений будут решаться задачи уголовной политики в целом.

Производство, наука, медицина и другие направления человеческой деятельности постоянно находятся в развитии. Зачастую такое развитие не может обойтись без риска. Именно с целью избежать того, чтобы уголовный закон стал преградой на пути развития прогресса, в законодательстве установлено такое обстоятельство исключающее преступность деяния как обоснованный риск.

Целью данной работы является анализ нормы об обоснованном риске (ст. 41 УК РФ) с точки зрения теоретической обоснованности, законодательной техники и практической значимости, а также характеристика условий его правомерности.

В соответствии с указанной целью в ходе исследования решались следующие задачи: исследовать основные этапы развития обстоятельств исключающих преступность деяния; оценить практическую и теоретическую обусловленность введения в Уголовный кодекс РФ 1996 года норму об обоснованном риске; обозначить место обоснованного риска в системе обстоятельств исключающих преступность деяния; проанализировать понятие и условия правомерности обоснованного риска; рассмотреть критерии классификации обоснованного риска; отграничить обоснованный риск от смежных институтов уголовного права; рассмотреть вопрос о сфере допустимости рискованных действий; дать понятие медицинского риска как вида обоснованного риска, раскрыть его сущность и качественные характеристики.

Проблема деяний, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости, достаточно широко освещается на страницах литературы по уголовному праву. Несмотря на то, что норма об обоснованном риске впервые появилась в уголовном законе 1996 года, работы, посвященные данному вопросу, появились еще в 60-е годы прошлого столетия (М.С. Гринберг, С.Г. Келина, А.Б. Сахаров, И.И. Слуцкий). В последующие годы проблема обоснованного риска, получила более широкое освещение такими авторами как: Ю.В. Баулин, И.Э. Звечаровский, В.А. Блинников, Т.Ю. Орешкина, А.Ю. Шурдумов, А.Н. Берестовой, В.В. Орехов, Н.Ш. Козаев, А.Н. Попов, В.Н. Козак. Усилиями названных и многих других авторов теория об обоснованном риске в настоящее время приобрела в достаточной степени определенное состояние, результаты которого востребованы и законодателем, и правоприменителем.

риск обоснованный правомерность преступность

**1. История развития обстоятельств исключающих преступность деяния и место обоснованного риска в его системе**

**1.1 История развития обстоятельств исключающих преступность деяния**

История развития общества и практика регулирования отношений между людьми посредством уголовного закона убедительно свидетельствует о том, что условия-исключения, при которых преступное посягательство на охраняемые уголовным законом общественные отношения утрачивает преступный характер, достигают порой такого количества, что бывает трудно определить, где общее правило, а где исключение. Свойственно это и отечественному уголовному законодательству.

Можно предположить, что формирование законодательно определенных обстоятельств исключающих преступность деяния исторически начиналось с легального определения такого из них, которое в современном уголовном праве называется «необходимая оборона». И это не случайно, поскольку право обороны от грозящей опасности, будучи естественным по своей сути, данным человеку самой природой, уходит корнями в глубокую древность. Одно из самых первых упоминаний о защите от нападения содержится в Законах Ману и в Законах XII таблиц. Древние мыслители высказывали тезис о том, что право обороны вытекает из самой природы вещей, что «силу отражать силой все законы и все права допускают».

Именно с необходимой обороны начинает формироваться институт легально определяемых обстоятельств исключающих преступность деяния и в русском праве. Впервые оно было закреплено в первом кодексе феодального права – в Русской Правде. Нормы Русской Правды об обороне фокусировались на охране только отношений собственности. Свое дальнейшее развитие данная норма получила в Соборном Уложении 1649 года, в котором в качестве объекта защиты стали оговаривать жизнь собственника имущества.

Заметную роль в развитии такого ОИПД, как необходимая оборона, сыграл Воинский Артикул 1715 г., заметно ограничивший реализацию права на оборону и приблизивший ее регламентацию к современному звучанию. Здесь уже достаточно четко просматривается требование о соразмерности обороны посягательству, своевременность и цель защиты. Также оговаривалось пониженная ответственность за превышение пределов обороны.

Воинский Артикул 1715 г. впервые нормативно закрепил такие ОИПД, как исполнение обязательного приказа (арт. 29 установил ответственность начальника за свои приказы) и крайнюю необходимость (арт. 154 относит к смертоубийству только такие случаи, когда лишение жизни было сделано «без нужды и без смертного страха»).

Законодательство петровских времен тем не менее было лишено необходимой строгости и последовательности в их закреплении. В нем не было общего понятия ни одного ОИПД, а нормативное закрепление отдельных из них носило четко выраженный казуальный характер, т.е. применительно либо к виду преступления, либо к ситуации в которой оно совершалось.

Первой попыткой систематизированного нормативного закрепления ОИПД, стало Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. Несмотря на то, что подразделение отечественного уголовного права на Общую и Особенную части в современном понимании впервые имело место уже в XV томе Свода законов 1832 г., именно Уложение 1845 г., заимствовавшее ряд положений Свода, в наибольшей степени было схожим с современной систематизацией уголовного законодательства.

При нормативном закреплении «необходимой личной обороны» конкретно назывались не только характер возможных последствий применения силы нападающему (раны, увечья, смерть), но и охраняемые при этом блага (жизнь, здоровье, жительство и свобода обороняющегося, честь и целомудрие женщины). Во всех случаях, указанных в Уложении при определении обороны, она дозволялась «не только для собственной своей защиты, но и для защиты других, находящихся в таком же положении» (ст. 109). Вместе с тем реализация права на оборону ограничивалась существенной оговоркой: она допускалась «при невозможности прибегнуть к защите местного или ближайшего начальства». И это при наличии общего требования о том, что в каждом случае «обороняющийся обязан о всех обстоятельствах и последствиях своей необходимой обороны немедленно объявить соседним жителям, а при первой возможности и ближайшему начальству».

Уложение 1845 г., достаточно совершенно регламентируя непреодолимое принуждение в ст. 106, вместе с тем не знало в числе ОИПД такого более широкого в современном значении обстоятельства, как крайняя необходимость. Последняя упоминалась лишь в числе обстоятельств, уменьшающих вину и наказание: «если он учинил сие преступление единственно по крайности и совершенному неимению никаких средств к пропитанию и работе» (п. 7 ст. 140).

Несравненно более совершенным в технико-юридическом отношении и в плане отражения конкретных социально-экономических условий жизни закона, является Уголовное Уложение 1903 г. Здесь впервые было дано формальное определение понятия преступления: «Преступным признается деяние, воспрещенное во время его учинения законом под страхом наказания» (ст. 1). Это принципиально важно, поскольку до этого момента в отечественном уголовном законодательстве легальное определение отдельных ОИПД никогда не имело своей отправной точки.

В отделении четвертом Уложения, предусмотрены такие ОИПД, как исполнение закона, исполнение приказа по службе, необходимая оборона, незаконное принуждение или угроза. При этом Уложение 1903 г. проводило четкое структурное обособление условий, при которых деяние не «почитается преступным», от обстоятельств, устраняющих наказуемость (давность, помилование и прощение).

Принятое накануне коренных социально-экономических преобразований в России, Уголовное Уложение 1903 г. не могло не испытывать на себе их влияние, особенно в вопросе введения его в действие. Однако даже этот нормативный акт при всей неполноте его фактической реализации был более совершенным в сравнении с тем, который пришел ему на смену после октября 1917 года.

Первый в советской России систематизированный нормативный акт уголовно-правового характера – Руководящие начала по уголовному праву РСФСР 1919 г., содержал только одно нормативное установление, касающееся ОИПД: «Не применяется наказание к совершившему насилие над личностью нападающего, если это насилие явилось в данных условиях необходимым средством отражения нападения или средством защиты от насилия над или других личностью, и если совершенное насилие не превышает мер необходимой обороны» (ст. 15).

В первом Уголовном кодексе РСФСР 1922 года, законодатель предпринял попытку к восстановлению в отечественном уголовном законодательстве института ОИПД. Более юридически корректной и менее идеологизированной стала формулировка в законе необходимой обороны, ст. 20 предусматривала крайнюю необходимость, а ст. 25 совершение преступления «под влиянием угроз и принуждения другого лица».

УК РСФСР 1922 г. привлекает внимание еще и тем, что в нем вообще впервые в отечественном уголовном законодательстве было регламентировано такое ОИПД, как согласие потерпевшего. В примечании к ст. 143.6 говорилось: «Убийство, совершенное по настоянию убитого из чувства сострадания, не карается».

В сравнении с УК РСФСР 1922 г. Основные начала уголовного законодательства 1924 г., объединив регламентацию необходимой обороны и крайней необходимости в одну статью (9.2), дополнили перечень объектов обороны указанием на «советскую власть и революционный порядок». При этом с сохранением перечня ОИПД, подлежащих учету при определении наказания. Ст. 32.2 предусматривала порядок их учета: их наличие в числе прочих обстоятельств влекло определение судом более мягкой меры социальной защиты».

Сдержанное отношение к регламентации ОИПД, имело свое продолжение и в УК РСФСР редакции 1926 г., этот УК не только не развил законодательную регламентацию ОИПД, но сделал шаг назад в сравнении с УК РСФСР 1922 г. УК РСФСР редакции 1926 г. уже не знал такого ОИПД, как согласие потерпевшего. В нем весьма ограничено решался вопрос о превышении пределов реализации ОИПД.

В таком состоянии отечественное уголовное законодательство об ОИПД действовало вплоть до 1958 г. – года принятия Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик.

В этом нормативно правовом акте впервые в отечественном уголовном законодательстве легально определенные ОИПД получили свое легальное название. Не обособленные структурно и регламентированные в разделе втором «О преступлении», необходимая оборона стала действительно «необходимой обороной» (ст. 13), а то, что до этого в теории права подразумевалось под крайней необходимостью, – «крайней необходимостью» (ст. 14) Основ.

Уголовный кодекс РСФСР 1960 года, принятый в развитие Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 года, добавил к нормативному материалу об ОИПД, пожалуй только одно: определение конкретных случаев превышения пределов необходимой обороны в нормах Особенной части с жесткой увязкой их к конкретным уголовно-правовым последствиям.

УК РСФСР 1960 г. не регламентировал никаких других ОИПД, кроме тех, которые были предусмотрены в Основах 1958 г. Между тем в более чем тридцатилетний период действия этого УК в отечественной судебной практике к числу ОИПД относились и другие обстоятельства. Так, еще постановлением Пленума Верховного Суда СССР от 23 октября 1956 г. было дано разъяснение о том, что по правилам необходимой обороны следует рассматривать и случаи причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление. Действительно же правовой основой для причинения вреда при задержании таких лиц стал п. 16 Указа Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 г. «Об усилении ответственности за хулиганство», согласно которому «действия граждан, направленные на пресечение преступных посягательств и задержание преступника, являются в соответствии с законодательством Союза ССР и союзных республик правомерными и не влекут уголовной или иной ответственности, даже если этими действиями вынужденно был причинен вред преступнику».

В отечественной судебной практике этого периода рассматривались и другие обстоятельства на предмет отнесения их к числу ОИПД: производственный (хозяйственный) риск – с учетом положений крайней необходимости или в силу своей общественной полезности; исполнение приказа – как правило, в силу отсутствия вины.

В основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г., которые в связи с распадом СССР так и не вступили в действие, впервые в истории российского (советского) уголовного законодательства появилась норма о профессиональном и хозяйственном риске. Статья 27 Основ предусматривала, что не является преступлением действие, хотя и подпадающее под признаки деяния, предусмотренного уголовным законодательством, но представляющее собой оправданный профессиональный или хозяйственный риск для достижения общественно полезной цели. При этом в качестве критериев оправданности рисков предусматривались следующие положения: действие должно соответствовать современным научно-техническим знаниям и опыту; поставленная цель не могла быть достигнута действиями, не связанными с риском; были предприняты все меры для предотвращения вреда правоохраняемым интересам.

Появление данной нормы должно было поощрить инициативу в хозяйственной и научной сфере жизни общества. Вместе с тем норма о профессиональном и хозяйственном риске носила ограниченный характер и не способствовала достижению достаточной степени свободы в социально значимых областях, сопряженных с опасностью.

Коренные преобразования социально-экономического и политического характера в России в конце 80-х – начале 90-ых гг. прошлого столетия не могли не повлечь за собой и кардинальное реформирование уголовного законодательства. Уголовный кодекс РФ 1996 года, ставший результатом многолетних творческих усилий научной юридической общественности, воплотил в себе не только предшествующий опыт отечественного уголовного законодательства и практики его применения, но и целый ряд прогрессивных идей зарубежного уголовного законодательства.

Два принципиальных момента в части регламентации ОИПД выгодно отличают УК РФ 1996 г. от прежнего уголовного законодательства: значительное расширение законодательно определенных ОИПД и структурное обособление их в рамках отдельной главы с одноименным названием «обстоятельства, исключающие преступность деяния».

Помимо уже ставших традиционными необходимой обороны (ст. 37) и крайней необходимости (ст. 39), в главе 8 УК предусмотрены: причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление (ст. 38), физическое и психическое принуждение (ст. 40), обоснованный риск (ст. 41) и исполнение приказа или распоряжения (ст. 42).

УК РФ 1996 года примечателен еще и тем, что вслед за расширением перечня ОИПД он более корректно по сравнению с прежним законодательством определил значение таких обстоятельств в качестве смягчающих наказание. Не превышение пределов их реализации, а нарушение условий правомерности отдельных из них, согласно ст. 61 УК, может обладать таким качеством. И это логично поскольку перечень случаев уголовно наказуемого превышения пределов ОИПД носит исчерпывающий характер (ст. 108, 114 УК), и можно сожалеть только о том, что законодатель ограничил его лишь необходимой обороной и причинением вреда при задержании лица, совершившего преступление.

Таким образом, экскурс в историю отечественного уголовного законодательства об ОИПД позволяет сделать следующие выводы:

1. Первым ОИПД в русском уголовном праве является необходимая оборона, законодательное определение которой изначально имело четко выраженный казуальный характер, отражающий и конкретные блага, подлежащие защите, и конкретные жизненные ситуации, в которых она могла осуществляться.

2. Отражение ОИПД в отечественном уголовном законодательстве при общей тенденции к совершенствованию знало два периода, когда законодатель серьезно отступал от уже достигнутого уровня в этом вопросе: 1845–1903 гг. и 1922–1926 гг. При этом круг законодательно определенных ОИПД практически не совпадал с более широким кругом обстоятельств, фактически учитываемых в этом значении в судебной практике. Поэтому расширение перечня ОИПД в УК РФ 1996 г. представляется обоснованным.

3. Практика определения отдельных ОИПД лишь в нормах, регламентирующих конкретные виды преступлений, была дополнена закреплением ОИПД еще и в нормах Общей части. С этого момента одни ОИПД стали рассматриваться как обстоятельства, исключающие преступность деяния, другие выступали только в качестве смягчающих наказание, третьи – и в том, и в другом качестве одновременно. Последнее получило свое развитие уже в современном отечественном уголовном законодательстве.

**1.2 Общая характеристика обстоятельств, исключающих преступность деяния**

Российское уголовное законодательство называет ряд обстоятельств, при наличии которых деяния лица, подпадающие под признаки какого-либо конкретного преступления, таковыми не являются и, следовательно, не влекут уголовной ответственности. Более того, такие деяния, совершенные при указанных в законе обстоятельствах, признаются социально приемлемыми и правомерными, поскольку соответствуют интересам государства, общества и личности, а по своему объективному содержанию направлены, в конечном счете, на укрепление позитивных общественных отношений.

К таким обстоятельствам УК РФ 1996 г. относит необходимую оборону (ст. 37), причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление (ст. 38), крайнюю необходимость (ст. 39), физическое и психическое принуждение (ст. 40), обоснованный риск (ст. 41) и исполнение приказа или распоряжения (ст. 42). Специфика этих обстоятельств заключается в том, что, несмотря на реальное причинение вреда, в обычных условиях влекущее уголовную ответственность, они не рассматриваются уголовным законом в качестве преступления, так как исключают при соблюдении определенных условий признаки преступления, указанные в ч. 1 ст. 14 УК РФ.

В теории уголовного права высказывались предложения о необходимости включения в число ОИПД, таких, как причинение вреда с согласия потерпевшего, осуществление профессиональных функций, исполнение закона и др.

Представляется, что тенденция к расширению числа ОИПД, будет сохраняться, и в этом проявляется общая тенденция развития права в целом. Но чтобы стать нормой закона «социально-значимая» модель поведения в конкретной ситуации должна обладать не только качественными, но и количественными признаками. Такое поведение должно стать типичным для большинства или, по крайней мере, значительной части общества, одобряться или встречаться достаточно часто в реальной жизни.

По поводу юридической природы обстоятельств, исключающих преступность деяния, указанных в УК РФ, в литературе высказываются самые различные мнения. Отдельные авторы считают, что названные обстоятельства характеризуются отсутствием такого признака преступления, как общественная опасность; другие полагают, что отсутствие общественной опасности характерно только для некоторых ОИПД; третьи указывают, что эти обстоятельства характеризуются отсутствием противоправности; четвертые отмечают, что специфика всех обстоятельств заключается в том, что в них отсутствует общественная опасность и уголовная противоправность.

Вряд ли можно согласиться с авторами, утверждающими, что указанные обстоятельства исключают общественную опасность деяния. Общественная опасность – объективная категория, ее объективность состоит в том, что она не является результатом оценки законодателя или суда, а есть реальность, суть которой состоит в том, что поведение человека вступает в противоречие с существующими общественными отношениями между людьми, иначе говоря, причиняет им вред. Очевидно, что уголовно-правовой оценке может подлежать не само обстоятельство как таковое (т.е. факт необходимой обороны), а причиненный в рамках этого обстоятельства вред охраняемым уголовным правом общественным отношениям и интересам. Причиняется ли при реализации указанных обстоятельств вред охраняемым уголовным законом общественным отношениям? Представляется – да. Об этом свидетельствует, в частности и то, что при реализации ОИПД, указанных в ст. 38–42 УК РФ, вред причиняется тем или иным охраняемы законом интересам, тем самым дезорганизует нормальные социальные отношения. Кроме того, закон в равной мере охраняет интересы как лица, совершающего деяния при указанных обстоятельствах, так и потерпевших от этих деяний, ибо «каждый имеет право на жизнь, свободу, личную неприкосновенность и собственность. Это означает, что деяние, совершенное в рамках любого из названных обстоятельств, сохраняет характеристику общественно опасного.

Юридической формой отражения общественной опасности деяния является противоправность. В реальной действительности не исключается, что общественно опасное деяние может быть правомерным. В уголовном праве правомерность и общественная опасность не являются взаимоисключающими понятиями. Будучи общественно опасным, совершенное деяние в тоже время может характеризоваться как правомерное, т.е. допускаемое при определенных обстоятельствах самим уголовным законом. Такое допущение правомерности общественно опасного деяния может быть в случае прямого указания закона. Указывая при характеристики деяний, совершенных в рамках ОИПД на то, что они не являются преступлением, закон тем самым исключает их противоправность.

Несомненно и то, что отдельные виды ОИПД, могут устранять и иные признаки преступления. Так, исполнение приказа или распоряжения исключает не только противоправность, но и виновность.

Вместе с тем отсутствие именно противоправности составляет суть юридической природы ОИПД. По своему же социальному содержанию они являются полезными для личности и общества, так как стимулируют творческую активность граждан, помогают органам правосудия в борьбе с преступлениями; усиливают общепредупредительную роль уголовного права; содействуют предупреждению преступлений.

Устанавливая определенные для каждого вида ОИПД условия правомерности их реализации, закон способствует повышению ответственности лиц за свое поведение, поскольку речь идет о причинении вреда правам и интересам других людей, охраняемых также законом.

Для правильного понимания юридической и социальной природы обстоятельств, исключающих преступность деяния, их следует отграничивать от иных оснований, исключающих уголовную ответственность и, в частности, от добровольного отказа от преступления (ст. 31 УК РФ), освобождения от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности (ст. 78 УК РФ) и от малозначительного деяния (ч. 2 ст. 14 УК РФ). Эти уголовно-правовые институты разные авторы в свое время причисляли к обстоятельствам, исключающим преступность деяния.

Не останавливаясь на подробном анализе указанных институтов, следует лишь указать на главное их отличие от ОИПД. Оно состоит в том, что если в ОИПД, в момент их реализации отсутствуют признаки преступления, то в указанных уголовно-правовых институтах наличествуют все признаки преступления или неоконченного преступления, поэтому они имеют иную юридическую природу и не могут быть отнесены к ОИПД.

Дискуссионным является вопрос о том можно ли считать нормы, регламентирующие ОИПД, поощрительными нормами уголовного права.

Ряд авторов полагают, что нормы закрепляющие такие институты, как необходимая оборона, крайняя необходимость и добровольный отказ от преступления, являются поощрительными.

Другие авторы полагают, что поощрительными нормами являются не только нормы о необходимой обороне, крайней необходимости и задержании преступника, но и уголовно-правовые нормы других отраслей законодательства, регулирующие рассматриваемые правомерные поступки.

Иной позиции придерживается Звечаровский И.Э., который считает, что нормы о необходимой обороне, крайней необходимости и другие не являются поощрительными, так как они не прибавляют ничего ко всему объему прав людей, не дают им никаких новых благ.

Следует согласиться с мнением тех ученных, которые считают, что нормы об ОИПД не могут рассматриваться в качестве поощрительных норм уголовного права, так как не обоснованно говорить об уголовном поощрении в ситуации, когда правомерное поведение не влечет за собой положительных уголовно-правовых последствий, по сравнению с тем состоянием, в котором субъект находился до совершения названных действий. Они не могут претендовать на роль поощрительных, поскольку не предполагают «сверхисполнение» субъектом своих обязанностей, либо достижение им общепризнанного полезного результата. Кроме того, они не предусматривают какого-либо конкретного правового поощрения, закрепленного в праве формы и меры государственного одобрения заслуженного поведения.

Изложенное позволяет определить понятие ОИПД следующим образом: это определенные уголовным законом условия, при наличии которых совершение деяния, сопряженного с причинением вреда охраняемым законом интересам, не является преступлением в силу отсутствия противоправности либо вины как главных признаков преступления, указанных в ч. 1 ст. 14 УК РФ.

**1.3 Место обоснованного риска в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния**

Как уже отмечалось выше, законодательное закрепление обоснованный риск, как обстоятельство, исключающие преступность деяния, получил в Уголовном кодексе РФ 1996 г. Но в период действия УК РСФСР 1960 г., отечественной судебной практике, были известны случаи отнесения производственного (хозяйственного) риска к числу обстоятельств исключающих преступность деяния, и рассматривались они с учетом положений крайней необходимости или в силу своей общественной полезности. В основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г., появилась норма о профессиональном и хозяйственном риске. Статья 27 Основ предусматривала, что не является преступлением действие, хотя и подпадающее под признаки деяния, предусмотренного уголовным законодательством, но представляющее собой оправданный профессиональный или хозяйственный риск для достижения общественно полезной цели. Появление данной нормы должно было поощрить инициативу в хозяйственной и научной сфере жизни общества, но данный нормативный акт так и не вступил в действие, в связи с распадом СССР.

Необходимость установления нормы о риске в уголовном законе обычно объясняется тем, что ее отсутствие несло в себе серьезные отрицательные последствия для научного прогресса, для неординарного решения хозяйственных и профессиональных задач, сдерживало творческую инициативу и научную смелость. М.С. Гринберг не без оснований обращает внимание и на другую сторону такой необходимости: на «техническое невежество… и легкомысленный, безудержный риск», «потрясающих научно-техническую сферу жизни нашего государства».

Со сказанным трудно не согласиться, однако чем же тогда объяснить тот факт, что теперь уже, по прошествии десяти лет действия ст. 41 УК РФ, практически все специалисты в области уголовного права говорят об отсутствии в подавляющем большинстве регионов практики применения данной статьи, о квалификации причинения вреда в результате рискованных действий в бытовой сфере обычными субъектами по правилам крайней необходимости. С 1997 г. по настоящее время в опубликованной практике высшей судебной инстанции страны нет ни одного упоминания о реальном применении ст. 41 УК РФ.

Включение данной нормы в Уголовный кодекс во многом объясняется еще и тем, что производство, наука, медицина и все другие направления человеческой деятельности постоянно находятся в развитии. Зачастую такое развитие не может обойтись без риска. Именно с целью избежать того, чтобы уголовный закон стал «тормозом» на пути развития прогресса, чтобы закон не подавлял инициативу человека, способного найти нестандартное решение той или иной возникшей проблемы, законодатель ввел это институт в российское уголовное законодательство.

В то же время уголовный закон должен быть таким, чтобы он, с одной стороны, не превращался в тормоз прогресса, а с другой стороны, при наличии вины экспериментатора, в рамках общих оснований уголовной ответственности не исключал бы его личной ответственности. Такой задаче и служит статья 41 УК РФ, которая является своего рода преградой на пути различного рода авантюристов, причиняющих ущерб обществу в погоне за корыстью или карьерой.

Также важно и другое положение. Избрав определение риска обоснованным, законодатель тем самым поставил знак равенства между этим понятием и понятием уголовно-правовой правомерности риска. Для обоснованного риска, в отличие от большинства других деяний, предусмотренных гл. 8 УК РФ, неизвестно такое понятие, как «превышение пределов». Риск может быть либо правомерным (обоснованным), либо неправомерным (необоснованным). С этой точки зрения риск, признанный обоснованным, без каких-либо условий исключает уголовную ответственность, необоснованный риск влечет уголовную ответственность на общих основаниях. Необоснованность же риска, выразившаяся в нарушении какого-либо условия, предусмотренного ст. 41 УК РФ, может быть признана в качестве обстоятельства, смягчающего наказание. Если риск признан обоснованным, то размер причиненного в результате его вреда уголовно-правового значения не имеет. Поэтому неверно утверждение о том, что при выходе действий лица за границы риска имеет место превышение пределов оправданного риска, которое рассматривается как смягчающее наказание обстоятельство. В такой ситуации риск не может быть признан обоснованным, и именно данное обстоятельство, а не превышение пределов риска может выступать в качестве смягчающего наказание. Применительно к любому деянию преступность которого исключается, в том числе и к рассматриваемому, о превышении пределов можно говорить лишь тогда, когда предварительно установлена его правомерность. Положительное решение этого вопроса дает основания для оценки пределов реализации того или иного права. Однако оценка пределов обоснованного риска не предусмотрена уголовным законом.

Таким образом, если, например, оборона, признанная необходимой, может вполне быть признана неправомерной, то риск, признанный обоснованным, может быть только правомерным.

Специфика уголовно-правовой регламентации обоснованного риска обнаруживается и еще в одном немаловажном обстоятельстве. Законодатель при обоснованном риске, сопоставляет причиненный вред не с другим возможным вредом, а с общественно полезной целью, которая никак в данном случае не формализована. В результате создается ситуация, когда один объективированный в причиненном вреде результат (результат риска) сравнивается с другим, оценка полезности которого, как и его внешних параметров, полностью носит субъективный характер. Поэтому именно это обстоятельство порождает трудности в применении ст. 41 УК РФ, подтверждением этому выступает весьма широкий спектр мнений по вопросу о содержании цели, ради достижения которой совершаются рискованные поступки.

Необходимость самостоятельного определения риска в уголовном законе изначально обосновывалась не на все рискованные случаи жизни, а применительно к конкретным сферам жизнедеятельности и соответственно к определенному кругу лиц, могущих рисковать и имеющих на это легальное право. Между тем указание на то, ради чего (и ради кого) принимали статью о риске, вообще не нашло своего отражения в ст. 41 УК. Охватив понятием «обоснованный» все предлагаемые в литературе виды риска, уровняв это понятие с понятием правомерного риска, законодатель так и не смог должным образом в самом тексте УК четко показать специфику данного обстоятельства, которая в немалой степени домысливается специалистами.

**2. Обоснованный риск и условия его правомерности**

**2.1 Понятие обоснованного риска**

Идти на риск, т.е. совершать поступки в надежде на счастливый исход при отсутствии предшествующего опыта их совершения, – это нормальный и необходимый элемент жизнедеятельности любого социального организма. И с этой точки зрения, деяния, связанные с риском, равно как и возможные в результате их совершения формально негативные последствия, являются в конечном итоге социально-полезными и необходимыми. Вместе с тем, поскольку такого рода надежда может не увенчаться успехом и принести неоправданно тяжкие негативные последствия для окружающих, постольку границы вероятного исхода рискованных поступков определяются на законодательном уровне. В наиболее же важных сферах общественных отношений – на уровне уголовного закона.

При всей многоаспектности ситуаций, связанных с риском в общественной жизни, они характеризуются тремя основными параметрами: наличием неопределенности; обусловленной этим необходимостью выбора альтернатив; возможностью при этом оценить вероятность исхода выбираемых альтернатив. В какой степени отражает эти параметры уголовный закон, предусматривая нормативную основу для оценки риска с точки зрения правомерности, и насколько вообще была необходима самостоятельная уголовно-правовая регламентация деяний, связанных с риском, в УК РФ 1996 г.?

Необходимость включения в главу 8 УК РФ такого обстоятельства, исключающего преступность деяния, как обоснованный риск, объясняется прежде всего тем, что данное обстоятельство способствует научному прогрессу, неординарному решению профессиональных и хозяйственных задач, способствует развитию производства, медицины, науки и других направлений человеческой деятельности.

Рискованные действия чаще всего совершаются в профессиональной сфере, однако полностью исключать возможность таких действий в бытовой сфере, особенно учитывая плотную насыщенность этой и досуговой сферы различного рода техническими устройствами, не представляется возможным. Поэтому, на мой взгляд, теоретически и практически является оправданным заголовок статьи 41 УК РФ – «Обоснованный риск». В названии данного института делается упор на признак обоснованности, не ограничивая при этом сферу совершения рискованных действий.

Понятию «риск» в словарях русского языка придается двоякое значение: положительное и отрицательное. Так, в словаре В. Даля говорится, что рисковать – это «пускаться на удачу, на неверное дело» и далее – «действовать смело, предприимчиво». В словаре русского языка С. Ожегова дается два определения риска: во-первых, возможная опасность и во-вторых, действие на удачу, в надежде на счастливый исход.

Причинение вреда правоохраняемым интересам при совершении рискованных действий на авось не является извинительным и влечет за собой уголовную ответственность. Однако, если совершением рискованных действий лицо стремится достичь полезную цель, недостижимую другим путем, и у него имеются убедительные основания полагать, что эта цель в данных условиях будет достигнута, есть основания говорить об оправданном или обоснованном риске.

В период существования командно-административной системы инициатива зачастую оказывалась наказуемой. Проявление инициативы, совершение рискованных действий для достижения полезных целей зачастую влекло за собой ответственность за злоупотребление служебным положением, хищение и др. Ярким подтверждением этого положения является широко известное дело Альби. Директор совхоза Альби нанял бригаду работников для уборки валунов с площадей, которые могли быть после этого использованы для посевов (силами работников совхоза произвести уборку этих валунов не удавалось) с оплатой 2 руб. за час вместо 1 руб. 08 коп. за один кубометр. Альби рассчитал, что использование после уборки валунов этих посевных площадей полностью возместит перерасход средств и даст определенный доход совхозу. Альби был привлечен к ответственности за хищение социалистической собственности и осужден. Позднее его действия были квалифицированы как злоупотребление должностным положением. Несмотря на то, что расчеты Альби полностью оправдались, Пленум Верховного суда СССР, прекратив дело, отметил все же, что Альби совершил служебный проступок, за который на него должно быть наложено дисциплинарное взыскание.

М.С. Гринберг рассматривает данную ситуацию как типичный случай крайней необходимости, аргументируя свое решение тем, что при крайней необходимости имеет место причинение меньшего вреда, при риске же вред не причиняется, а совершается действие, «чреватое угрозой такого причинения». По мнению же М.С. Келиной, данный пример не что иное, как правомерный риск.

С точки зрения уголовного законодательства, действовавшего в момент приведенной дискуссии по делу П. Альби, следует признать, что данная ситуация если и могла рассматриваться через призму ОИПД, то лишь в контексте крайней необходимости, поскольку в это время риск еще не получил законодательного закрепления.

Правомерность риска в сфере уголовно-правового регулирования определяется понятием «обоснованный». Именно этим определением риска воспользовался законодатель, впервые в УК РФ 1996 г. отразивший данное обстоятельство в числе других исключающих преступность деяния. И это при том, что как в теории отечественного уголовного права, так и в законодательстве некоторых зарубежных стран риск называли и называют «производственным», «профессиональным», «хозяйственным», тем самым ограничивая и сферу уголовно-правового риска, и субъектов такого риска. Наиболее часто встречается мнение о том, что обоснованный риск является риском профессиональным, так как возможен в любой сфере профессиональной деятельности и охватывает поведение не любого человека, а только такого, кто профессионально занимается той или иной деятельностью. Но буквальное толкование ст. 41 УК РФ не дает оснований ограничивать обоснованный риск только сферой профессиональной деятельности.

С употреблением в тексте российского уголовного закона понятия «обоснованный риск» мы должны признать, что: право на риск может быть реализовано в любой сфере жизни, независимо от характера профессиональной деятельности и рода занятий субъекта риска; в качестве последнего может выступать любое физическое лицо, находящееся на территории действующего уголовного закона России. Самое главное, что уголовно-правовая оценка риска сводится к одному: риск должен быть обоснованным.

В современных условиях развертывания инициативы и самостоятельности, научно-технической и профессиональной смелости поощряется принятие и реализация рискованных решений, так как риск в наше время является естественным двигателем прогресса. Человечество преодолевает препятствия на пути своего развития, употребляя все новые средства, рецепты, технологии. Практически не существует свободного от риска или эксперимента поведения.

В доктрине уголовного права давались различные определения обоснованного риска. Так одно из первых определений этого понятия было дано применительно к производственному риску Гринбергом М.С.: «оправданный производственный риск следует определить как правомерное создание опасности в целях достижения общественно полезного результата, который не может быть получен не рискованными средствами. Как стремление достичь общественно полезную цель путем проставления в опасность правоохраняемые интересы определялся производственный риск в Курсе уголовного права. Определяется оправданный риск и как возможность причинения вреда… Определение риска как возможности создания опасности или возможности причинения вреда является обоснованным. Однако подобные определения не годятся для определения обоснованного риска как одного из обстоятельств, исключающих преступность деяния. Создание опасности причинения вреда правоохраняемым интересам влечет за собой привлечение к ответственности только в отдельных специально указанных случаях и в понятие обоснованного риска быть включено не может. Обоснованный риск как институт уголовного права – это прежде всего, причинение вреда правоохраняемым интересам. Если такое причинение вреда явилось результатом действий, совершенных с общественно полезной целью, то следующим вопросом будет: оправданы ли такие действия и, насколько они обоснованны.

В юридической литературе выделяется несколько видов обоснованного риска.

1. *Производственный риск,* т.е. стремление достичь общественно полезную цель или предотвратить вредный результатпроизводственной деятельности путем поставления в опасность правоохраняемые интересы.

2. *Хозяйственный риск,* т.е. стремление получить экономическую выгоду путем постановки в опасность правоохраняемые интересы.

3. *Коммерческий риск,* т.е. стремление получить выгоду в результате использования конъюнктуры рынка в банковской, биржевой, инвестиционной и других видах предпринимательской деятельности.

4. *Научно-технический риск,* т.е. стремление внедрить в практику новые методики, разработки, исследования.

5. *Организационно-управленческий риск,* т.е. стремление перейти, например, к новой системе государственного управления, что может повлечь непредвиденные последствия.

Таким образом, обоснованный риск как один из институтов уголовного права представляет собой причинение вреда правоохраняемым интересам при попытке достижения общественно полезной цели при условии, если эта цель недостижима другим путем, и лицо, допустившее риск, предприняло достаточные меры для предупреждения этого вреда.

**2.2 Условия правомерности обоснованного риска**

Поскольку в результате рискованной деятельности может быть причинен вред охраняемым законом интересам, законодатель выдвигает ряд условий, дающих основания для признания риска обоснованным. При буквальном толковании ст. 41 УК РФ можно выделить следующие условия:

*Первым условием* совершения рискованных действий (бездействия) выступает их *направленность на достижение общественно полезной цели*, но не социально нейтральной или, тем более, социально вредной цели (ч. 1 ст. 41 УК РФ).

Понятие общественно полезной цели в законе не дается. С точки зрения теории уголовного права общественно полезный характер цели можно определить либо как важный социальный результат, либо как сохранение и увеличение любых общечеловеческих ценностей для всего общества в целом, либо как достижение успешного результата с наименьшими затратами времени и средств.

Иное понятие общественно полезной цели дает А.Н. Берестовой, который трактует ее как «сохранение и приумножение любых ценностей, имеющих важное значение как для общества в целом, так и для отдельных личностей».

Из законодательной формулировки цели обоснованного риска УК РФ вытекает, что не имеет значение степень ее значимости, в отличие от уголовных кодексов Украины и Болгарии, в которых прямо указано, что оправданным будет риск лишь в том случае, если он направлен на достижение «значительной», «существенной», общественно полезной цели или результата.

Однако не любая по своей значимости общественно полезная цель может оправдать совершение действий, подпадающих под признаки преступления, и явиться при этом одним из условий исключения уголовной ответственности. Если цель, которой руководствуется лицо, противоправна по своей сути или отражает эгоистический, авантюрный интерес, уголовная ответственность за причиненный вред наступает на общих основаниях.

Действий (бездействие) рискующего должны быть направлены на достижение общественно полезной цели. Они совершаются для достижения результата, который приносит выгоду, главным образом, не лично тому, кто действует в условиях риска, а другим людям, а также в целом обществу или государству (например, спасение жизни или здоровья людей, избавление от существенных материальных затрат и т.д.). Достижение определенного общественно полезного результата – именно та цель, которая определяет социальную полезность тех или иных действий при обоснованном риске.

*Вторым* обязательным *условием* обоснованного риска является то, что поставленная, *общественно полезная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием)* (ч. 2 ст. 41 УК РФ)*.*

Возможность реализовать задачу обычными нерискованными методами снимает правомерность риска, превращает риск в общественно опасное и уголовно наказуемое действие. Если такая возможность существовала и лицо ею не воспользовалось, а предпочло рисковать и в результате причинило вред правоохраняемым интересам, оно подлежит ответственности на общих основаниях.

Делать вывод о том, что общественно полезная цель могла быть достигнута обычными методами или только путем рискованных действий, следует исходя не вообще из объективной достижимости тем или иным путем результата, а из конкретной ситуации (обстановки), в которой оказалось лицо.

*Третьим условием* правомерного риска является то, что лицо, допустившее риск, предприняло *достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам* (ч. 2 ст. 41 УК РФ).

При применении статьи 41 УК РФ в правоприменительной практике может возникнуть вопрос о том, какие меры для предотвращения вреда правоохраняемым интересам являются достаточными. Понятие достаточных мер при обоснованном риске является оценочной категорией и, следовательно вопрос о том, являются ли предпринятые меры достаточными или нет, решается правоприменителем. Говоря о достаточных мерах, законодатель не требует, чтобы лицо, совершающее рискованные действия, сделало все для предотвращения вреда, так как это обычно невозможно. Поэтому центр тяжести при определении достаточности мер переносится на субъективный критерий предотвращения вреда лицом, совершившим рискованные действия. При риске всегда существует осознаваемая лицом вероятность причинения вреда. Однако при обоснованном риске рискующий принимает все необходимые, по его мнению, меры, чтобы исключить или, по меньшей мере, сделать минимальной возможность причинения вреда. При решении вопроса о достаточности или недостаточности предпринятых для предотвращения вреда мер значительную помощь могут оказать специалисты при проведении соответствующей экспертизы.

Другими словами, действуя рискованно в условиях непреодолимой ситуации, лицо не может предусмотреть абсолютно все меры предосторожности. Однако оно должно предвидеть характер и размер возможных вредных последствий, чтобы правильно избрать меры к тому, чтобы вред не наступил или, по крайней мере, был минимальным. Речь идет именно о субъективных расчетах и мерах действующего в ситуации риска лица, способных, с его точки зрения, предотвратить возможные негативные последствия. Однако при решении этого вопроса всегда следует исходить не только из знаний, опыта, умений конкретного человека, но и современного уровня теоретических и практических достижений в том или ином виде человеческой деятельности. Если лицо действует на «авось», условие обоснованного риска отсутствует.

Вместе с тем необходимо отметить, что употребление в ст. 41 УК РФ термина «достаточности мер» не является удачным, так как создает определенные трудности при решении вопроса о наличии либо отсутствии обоснованного риска. В Уголовных кодексах некоторых стран рассматриваемый признак обоснованного риска именуется иначе. Так, в ч. 2 ст. 39 УК Республики Беларусь говорится, что лицо, допустившее риск, «…предприняло все возможные меры для предотвращения вреда правоохраняемым интересам». Такая же формулировка содержится и в ч. 1 ст. 33 Уголовного закона Латвийской Республики. В ч. 1 ст. 13а Республики Болгария этот признак еще более уточняется: «…лицо предприняло все, зависящее от него, для предотвращения наступления вредных последствий».

В приведенных формулировках более четко, нежели в УК РФ, отражен субъективный критерий, характеризующий меры, предпринятые для предотвращения вреда при обоснованном риске.

В ст. 42 УК Украины, озаглавленной «деяние, связанное с риском», одним из условий правомерности рискованных действий является обоснованный расчет на то, что предпринятые меры являются достаточными для предотвращения вреда правоохраняемым интересам. Следовательно, при изменении данной статьи помимо определения достаточности мер правоохранителю нужно будет доказывать обоснованность достаточности, по мнению рискованного лица, предпринятых для предотвращения вреда мер, что в определенной мере затруднит правоприменительную практику.

*Четвертым условием* правомерности, обоснованного риска, как указывается в законе (ч. 3 ст. 41 УК РФ), является следующее: *«Риск не признается обоснованным, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни многих людей, с угрозой для жизни многих людей, с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия».*

Установление данного условия объясняется резким ухудшением экологической ситуации во многих районах России, выражающимся в нарушении правил экологической безопасности, причиняющим значительный вред здоровью населения, окружающей природной среде Во всем ее многообразии и приводящим к колоссальным потерям экономического характера.

Закон не дает определения понятий «угроза для жизни многих людей», «угроза общественного бедствия». Вместе с тем, говоря об угрозе жизни многих людей, неопределенного их числа, закон тем самым не исключает наличия обоснованного риска в случае угрозы для жизни и даже смерти одного человека. Такие случаи вполне возможны, в частности, в медицинской практике, при проведении срочных операций, при испытании новых лекарств.

Попытка спасти многих людей, заведомо подвергая их жизни опасности, может расцениваться как правомерное поведение, но по иным правовым основаниям. Экологическая катастрофа и общественное бездействие – это события с трагическими последствиями, которые затрагивают жизненно необходимые условия существования людей и природной среды (например, заражение вод, лесные пожары). Заведомость угрозы в этих случаях означает, что причинение вреда указанным интересам для лица, предпринимающего рискованные действия, очевидно и понятно.

Риск не должен переходить в заведомое причинение вреда. Возможность причинения вредного последствия при риске является лишь вероятной. Там, где речь идет о заведомом причинении вреда, правомерный риск отсутствует. В частности, риск не может быть признан обоснованным, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни многих людей, с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия. Таким образом, вредные последствия при риске осознаются рискующим лишь как побочный и только возможный (а не неизбежный) вариант его действий (бездействия).

В доктрине уголовного права эти условия правомерности зачастую дополняются требованием обеспечения рискованных действий «…соответствующими знаниями и умениями объективно способными в данной конкретной ситуации предупредить наступление вредных последствий».

Вместе с тем в теории уголовного права было высказано и иное мнение, согласно которому указание в статье об обоснованном риске на необходимость учета уровня научно-технических знаний и опыта ограничит пределы обоснованного риска. «В отдельных случаях можно требовать, чтобы действия соответствовали современным достижениям научной мысли. Такое требование уместно, когда осуществляется планомерный, подготовленный эксперимент (например, при испытании техники). Когда же приходится руководствоваться объективно сложившимся условиям, ориентир на «современную научную мысль» нереален, лицо должно исходить из тех знаний и умений, того опыта, которыми обладает оно само. Главное, чтобы они давали шанс на положительный результат и этот шанс был бы большим, чем действия в других направлениях».

При всей обоснованности данного мнения, я считаю, что при осуществлении правомерного риска должны в определенной мере учитываться научно-технические достижения, знания, опыт. Так, рискованное действие которое выражается в научном эксперименте должно обязательно базироваться на предыдущем знании, соответствовать определенным правилам. В других же экстремальных условиях риск может быть признан обоснованным только в случаях, когда он подтвержден фактами, доказательствами. Следовательно, обоснованный риск всегда предполагает определенный уровень знаний, или наличие определенного опыта, что позволяет надеяться на положительный исход рискованных действий. Причем, это могут быть не самые последние достижения, о которых рискующий человек может и не знать. Однако уровень его знаний должны давать ему основания полагать, что совершая данные действия, он достигнет общественно полезную цель не причинив вреда правоохраняемым интересам.

В теории уголовного права также неоднозначно решается вопрос о допустимости совершения рискованных действий (бездействия), связанных с нарушениями установленных нормативов, в том числе тех или иных законов.

Одни авторы считают это недопустимым; другие допускают такие нарушения с оговоркой, что такое возможно лишь при нарушении устаревших нормативов и правовых норм; третьи полагают, что правомерность риска должна признаваться даже при нарушении уголовно-правовых запретов.

Из формулировки ч. 1 ст. 41 УК РФ: «Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам.» логически вытекает, что при соблюдении всех остальных условий обоснованного риска, допускается и нарушение нормативных запретов. Запрет выхода за рамки каких-либо нормативных актов (инструкций, правил, уголовно-правовых норм) означал бы сдерживание совершенствования производства, разработок новых технологий и т.п., и, следовательно, сдерживал бы творческую инициативу и научную смелость. Поэтому риск, при соблюдении всех иных условий его обоснованности, должен признаваться правомерным и в случаях, когда он связан с нарушением нормативных запретов.

Нарушение условий правомерности обоснованного риска влечет за собой уголовную ответственность на общих основаниях, но в соответствии с п. «ж», ч. 2 ст. 61 УК РФ признается обстоятельством, смягчающим наказание.

Дискуссионным является также вопрос о форме вины при причинении вреда правоохраняемым интересам вследствие нарушения условий правомерности обоснованного риска. Берестовой А.Н. полагает, что возможна в этих случаях вина в форме, как неосторожности, так и умысла (прямого или косвенного). Звечаровский И.Э. считает, что в подобных ситуациях возможна вина лишь в форме неосторожности.

На мой взгляд, правы те авторы, которые допускают в этих случаях вину лишь в форме неосторожности. Буквальное толкование понятие «обоснованный риск» исключает наличие прямого умысла по отношению к последствиям в виде вреда охраняемым уголовным законом интересам. Исключается и косвенный умысел, поскольку при риске лицо не может сознательно допускать наступление последствий либо действовать на «авось». Оно решается на рискованные поступки только потому, что надеется на предотвращение грозящего вреда.

Дискуссионным является вопрос, какие лица могут быть субъектами обоснованного риска. А.Б. Сахаров считает, что право на риск имеет не любой гражданин, а лишь тот, кто профессионально занимается той или иной деятельностью и способен обеспечить соблюдение условий правомерности.

С этим мнением не согласен В.И. Самороков, считая, что запрет совершать рискованные действия непрофессионалами снизил бы их социальную и творческую активность, привел бы к трудностям в оценке рискованных действий в любительском спорте или при эксплуатации транспортных средств.

По мнению А. Шурдумова, понимание содержание требований ст. 41 УК РФ в полной мере доступно далеко не каждому юристу, а фактически выполнить эти требования в правомерном поведении в условиях риска может только тот, кто обладает определенным уровнем знаний, умений и навыков, наличием хотя бы минимального опыта, позволяющего надеяться на положительный исход риска.

Данная характеристика субъекта риска, признаваемая многими комментаторами уголовного закона, дополняется требованием о необходимости учитывать специфические знания и опыт в той сфере, в которой предпринимается риск. Способен ли каждый, как это вытекает из смысла ст. 41 УК, сначала обладать названными качествами, а затем сознательно пойти на нарушение установленных правил и положений для достижения цели, указанной в ст. 41 УК? Полагаю, что нет. И именно поэтому, на мой взгляд, деяния общих субъектов риска подпадают под признаки крайней необходимости.

Я считаю, что для повышения эффективности ст. 41 УК РФ и применения ее в соответствии с социально-правовым назначением обоснованного риска, необходимо ограничить область применения такого риска конкретными сферами жизнедеятельности.

Но так как на сегодняшний день риск возможен в любой сфере человеческой деятельности, то субъектами рискованных действий могут быть как профессионалы, так и непрофессионалы. Важным здесь является соблюдение ими всех условий правомерности риска, обозначенных в ст. 41 УК РФ.

**2.3 Отличие обоснованного риска от смежных институтов уголовного права**

При рассмотрении дел о причинении вреда при обоснованном риске неизбежно возникает вопрос о его разграничении с крайней необходимостью в связи с тем, что оба эти обстоятельства, исключающие преступность деяния, имеют ряд общих признаков. К тому же до 1997 г. случаи, являющиеся по существу обоснованным риском, рассматривались по правилам регламентирующим условия правомерности крайней необходимости.

Сходные черты этих двух институтов уголовного права заключаются в следующем:

1. Имеют одинаковое правовое и социальное значение, т.е. совершаются с общественно полезной целью. При крайней необходимости эта цель выражена в словах «…для устранения опасности непосредственно угрожающей личности, и правам данного лица или иных лиц, охраняемым законом интересам общества или государства.»

2. Оба, в конечном счете, направлены на предотвращение вреда правоохраняемым интересам.

3. Меры, принимаемые в условиях обоснованного риска, по правовой природе близки к действиям, совершаемым в состоянии крайней необходимости. Невозможность достижения цели иным способом (при обоснованном риске) и невозможность устранения опасности иными средствами (при крайней необходимости).

Различия же рассматриваемых обстоятельств, исключающих преступность деяния, заключается в следующем:

1. При крайней необходимости вред является необходимым и неизбежным для предотвращения опасности, тогда, как при обоснованном риске он лишь вероятен, возможен.

2. При крайней необходимости причинение вреда признается правомерным лишь при условии, что этот вред был меньше предотвращенного. Причинение же вреда при совершении рискованных действий признается обоснованным, если лицо предприняло достаточные меры. При этом вопрос о соразмерности выгоды, которую стремился получить рискующий и причиненного вреда, не ставится, так как причиненный вред при обоснованном риске может быть равным или большим, чем тот результат, который стремилось достичь лицо, совершающее рискованные действия. Следовательно, при крайней необходимости размеры предотвращаемого и причиняемого вреда различны, а вероятность того и другого одинакова, а при обоснованном риске речь может идти о создании угрозы равного и даже большего вреда, но возможность такового характеризуется лишь большей или меньшей вероятностью.

3. При оправданном риске вред может быть причинен только третьим лицам, при крайней необходимости он может причиняться не только третьим лицам, но и лицу, создавшему угрозу.

4. Превышение пределов крайней необходимости влечет за собой уголовную ответственность лишь в случаях умышленного причинения вреда. При отсутствии хотя бы одного из условий правомерности обоснованного риска возможна ответственность за неосторожное причинение вреда.

Кроме того, если рискованные действия могут быть предприняты и при отсутствии непосредственной опасности правоохраняемым интересам для достижения положительного результата, то крайняя необходимость всегда связана с опасностью, угрожающей правоохраняемым интересам личности, общества, государства.

Отсюда очевидно, что сфера действия ст. 41 УК РФ (обоснованный риск) шире сферы действия ст. 39 УК РФ (крайняя необходимость). Потому применение ст. 39 в случаях, когда причинение вреда является по существу обоснованным риском, отграничивает предприимчивость поиска новых решений, инициативу и самостоятельность, весьма необходимых в период ускоренного научно-технического развития.

Яркой иллюстрацией этого положения являются два весьма давних дела. Так, на станции Каменская Юго-Восточной железной дороги едва не произошло столкновение товарного и пассажирского поездов. В последний момент стрелочница отправила товарный поезд под откос и таким образом спасла жизнь сотням людей. Несмотря на то, спасение людей за счет материального ущерба явилось правомерным, следствие пыталось вменить ей в вину нарушение соответствующей инструкции. Через много лет история повторилась: к той же станции на большой скорости шел товарный состав с неработающими тормозами. На пути его стоял пассажирский поезд. Дежурная по станции, помня о проходившем следствии, не направила товарный поезд на путь, другим товарным составом. Трехсекционный электровоз смял два последних вагона пассажирского поезда, в результате существенно пострадало большое количество людей.

В некоторых случаях может возникнуть необходимость разграничения обоснованного риска и неосторожного преступления, совершаемого по легкомыслию. И в том, и в другом случае лицо осознает возможность наступления общественно опасных последствий, и в том и в другом случае надеется, что они не наступят. Различия в данном случае определяются наличием при обоснованном риске общественно полезной цели, при неосторожном преступлении она отсутствует. Следующим различием является необоснованность расчета на предотвращение последствий при легкомыслии, при оправданном же риске – расчет обоснован.

Необходимо отметить, что институт обоснованного риска достаточно близко соприкасается с таким общественно опасным деянием, как *мошенничество* (ст. 159 УК РФ), когда речь идет о кредитовании, получении предоплаты при договорных обязательствах и т.д. Совершая сделки, ее участники в той или другой степени идут на риск, поскольку они связаны с опасностью имущественного благополучия. Когда лицо преследовало общественно полезную цель при заключении сделки (договора), намериваясь выполнить свои обязательства, но сложившиеся объективные обстоятельства помешали этому, и в результате был причинен вред, фактически действия лица охватываются признаками обоснованного риска, и оно не может нести уголовную ответственность. Если же лицо в момент заключения сделки не намерено было исполнить обязательства, то в его действиях наличествует составпреступления – мошенничества.

Можно указать на ряд обстоятельств, оценка которых дает возможность сделать выводы о наличии в действиях лица обоснованного риска или состава мошенничества, – это, в частности, непоставка товаров при отсутствии действий, направленных на выполнение условий договора; растрата денежных средств, полученных от кредиторов, на личные нужды или нужды предприятия; отсутствие у предприятия реальных доходов, обман в предмете залога или подложная банковская гарантия относительно своего имущественного состояния и хозяйственного положения и др.

К сожалению, практика применения ст. 41 УК РФ в подавляющем большинстве регионов отсутствует, а правоприменительные органы зачастую продолжают действовать при наличии причиненного правоохраняемым интересам вреда по принципу «инициатива наказуема» не вдаваясь в подробности, почему был причинен этот вред, с какой целью и при каких обстоятельствах. И только в отдельных случаях причинение вреда рассматривается по правилам крайней необходимости, что зачастую приводит к осуждению за превышение условий правомерности крайней необходимости. Очевидно, такое решение вопроса значительно ограничивает возможность совершения рискованных действий для достижения общественно полезной цели. Как весьма обоснованно отмечалось в одном из комментариев к УК РФ, целью включения в уголовный закон нормы об обоснованном риске является стремление законодателя исключит влияние уголовного закона в качестве тормоза в развитии прогресса, не связывать руки людям, умеющим брать на себя ответственность за новые не стандартные решения той или иной проблемы. В то же время закон должен оградить общество от авантюрных поступков легкомысленных людей, причинивших ущерб в погоне за личными успехами.

**3. Медицинский риск как вид обоснованного риска**

**3.1 Понятие и виды профессионального риска медицинских работников**

Жизнь и здоровье человека являются высшими ценностями, относительно которых определяются другие ценности и блага. Обеспечить сохранность жизни и здоровья, в первую очередь, призвано здравоохранение, а главным образом эта обязанность ложится на плечи медицинских работников.

Специфика медицинской деятельности выявляет острую необходимость определения оснований освобождения от уголовной ответственности медицинского персонала, а также основания освобождения их от ответственности при причинении вреда правоохраняемым интересам при соблюдении ими как положений нормативных актов и различных инструкций, регламентирующих их деятельность, так и положений самой медицинской науки.

В отличие от других видов деятельности, общественная полезность медицинской деятельности состоит в той цели, которую она преследует, и в обоснованности используемых для этого методов, средств и приемов медицинского вмешательства.

Все действия медицинских работников, связанные с неблагоприятными последствиями, большинство судебно-медицинских экспертов и юристов делят на три группы:

1. Несчастные случаи – это неблагоприятный исход врачебного вмешательства, связанный со случайными обстоятельствами, которые врач не может предвидеть и предотвратить. В таких случаях врач действовал правильно и своевременно в полном соответствии с правилами и методами медицины.

2. Врачебные ошибки – это добросовестное заблуждение специалиста, основанное либо на недостатке у него профессионального опыта либо на несовершенстве специальных методов исследования, применяемых им в своей практической работе, либо на незнании положений в сфере деятельности, в которой он является специалистом.

3. Профессиональные преступления – это умышленное или неосторожное совершение лицом медицинского персонала в нарушении своих профессиональных обязанностей такого общественно-опасного деяния, которое причинило (или реально могло причинить) существенный вред здоровью человека или вызвало опасность для его жизни.

Анализируя каждое основание освобождения от уголовной ответственности медицинских работников, ученные приходили к мнению о необходимости объединения отдельных оснований в общую категорию, которая могла бы стать универсальным критерием для разграничения правомерных и противоправных действий медиков.

Категория обоснованного риска – наиболее всеобъемлющее основание освобождения от уголовной ответственности медицинского персонала, его условия правомерности приемлемы как для медицинских экспериментов, так и для мероприятий по оказанию помощи конкретному больному. Выполняя надлежаще свои профессиональные обязанности, медицинский работник действует в состоянии обоснованного риска.

Потребность в анализируемой норме применительно к медицинской сфере ощущалась остро: медицинская наука находилась в непрерывном развитии, шел постоянный поиск новейших средств и способов диагностики и лечения опасных вирусных и инфекционных болезней; проводились научные эксперименты; переливание крови и трансплантация органов и тканей человека были признаны методами лечения; и т.д.

В литературе риск медицинских работников именовали по-разному: и врачебный, и медицинский, и хирургический, руководствуясь субъективным критерием: кто имел право действовать в состоянии риска, либо спецификой отдельной отрасли медицины.

На мой взгляд, логично использовать категорию медицинского риска, так как субъектом этого вида профессионального риска может быть только лицо медицинского персонала.

С введением в действие Основ законодательства о здравоохранении, утвержденных 19 декабря 1969 г., был упорядочен круг лиц, обязанных оказывать медицинскую помощь и надлежащим образом выполнять свои профессиональные обязанности. К ним стали относиться все медицинские работники, а также фармацевты. В медицинской энциклопедии дается следующее определение врача: «Врач – это лицо, которое, будучи принято в установленном порядке в медицинскую школу, должным образом признанную в стране, успешно закончило предписанный курс медицинских наук и получило квалификацию, дающую право на медицинскую практику».

В основах законодательства РФ об охране здоровья граждан 1993 г. сформулированы понятия лечащего врача и семейного врача.

Лечащий врач – это врач, оказывающий медицинскую помощь пациенту в период его наблюдения и лечения в амбулаторно-поликлиническом или больничном учреждении (ст. 58 Основ).

Семейный врач – это врач, прошедший специальную многопрофильную подготовку по оказанию первичной медико-санитарной помощи членам семьи независимо от их пола и возраста (ст. 59 Основ).

Ранее законодательством были регламентированы права и обязанности врачебного и среднего медицинского персонала, например, Положение о главном враче, Положение об обязанностях медицинской сестры. В настоящее время законодательные акты, регламентирующие обязанности врачей, находятся в стадии разработки.

Обязанности среднего медицинского персонала урегулированы Положением о специализации со средним медицинским образованием. Непосредственное воздействие на организм человека и проведение мероприятий, направленных на охрану его жизни и здоровья осуществляется врачами и лицами среднего медицинского персонала.

В обязанности же младшего медицинского персонала (санитарок) не входит осуществление функций, связанных с лечением граждан. Ими могут быть любые лица, не имеющие медицинского образования и соответствующей медицинской подготовки. Следовательно, их нельзя отнести к специальному субъекту преступления.

Профессиональной категорией (врач, медицинская сестра, фельдшер, фармацевт) определяется характер должного поведения медицинского персонала. В пределах своей категории каждый из них обязан оказать непосредственную медицинскую помощь.

Следовательно, законодатель, формулируя институт медицинского работника, определил круг лиц, допускаемых к медицинской и фармацевтической деятельности, и охарактеризовал их особые качества, дающие основание считать их специальными субъектами. К этим признакам медицинского персонала необходимо отнести: наличие диплома либо другого документа, подтверждающего медицинское образование; юридическое право на лечение, оказание медицинской помощи; осуществление функциональных обязанностей.

В большинстве случаев субъектами возбуждаемых уголовных дел по фактам профессиональных преступлений являются хирурги и акушеры – гинекологи, т.е. та категория врачей, специфика работы которых заключается в более решительном и активном вмешательстве в течение заболевания, неизбежно и неразрывно связанным с повышенным риском.

Правовым основанием медицинского риска является опасность, угрожающая жизни или здоровью больного человека и возможность получения новых средств лечения в интересах науки и будущих больных. Фактическим основанием является невозможность достижения общественно полезного результата нерискованными средствами.

В юридической литературе медицинский риск рассматривается отдельно от общих вопросов обоснованного риска и определяется, как правомерное применение для спасения жизни, сохранения здоровья больного лечебно-диагностических мероприятий, если положительный результат не мог быть достигнут традиционными, проверенными средствами.

В медицинской литературе понятие медицинского риска формулируется по-разному. Большинство авторов считает, что в наибольшей степени риск присутствует в хирургической практике.

Другие определяют операционный риск как степень предполагаемой опасности, которой подвергается больной во время операции, наркоза и на протяжении ближайшего послеоперационного периода.

При определении степени опасности должны учитываться многие факторы: объем, условия выполнения предстоящей операции и ее последствия, особенность хирургической патологии, возраст оперируемого. Такой риск при традиционных методах лечения является правомерным, что определяется общественно полезной целью медицинской деятельности.

Другие используют категорию хирургический риск, который охватывает сумму опасностей, связанных с наличием болезни, а также попытками изменить течение и исход с помощью оперативных вмешательств. Хирургический риск определяется двумя слагаемыми, одно из которых характеризует тяжесть болезни и исходное состояние функций организма, а другое травматичность и переносимость предстоящей операции при непременном внимании к больному. Любой же риск оправдывается стремлением получить положительный результат от хирургического лечения с полным или частичным восстановлением активной деятельности и здоровья больного.

Представляется, что юристы и медики существенно сужают сферу применения категории медицинского риска, связывая его только с определенной опасностью. Тем самым ставят под сомнение право существования медицинского эксперимента как вида профессионального риска медицинского работника.

На мой взгляд, медицинский риск может быть связан с самыми различными направлениями врачебной деятельности, которые регулируются специальными правилами (методики операций, переливания крови, применения новых препаратов и т.п.).

В целях предотвращения вредных для больного последствий и определения допустимой степени риска врач должен руководствоваться соответствующими инструкциями, правилами, методиками. Эти специальные медицинские установления служат основой при определении правомерности и оправданности риска. Врач не вправе рисковать там, где прямо запрещены подобные действия, и несет ответственность за совершенные действия. При осуществлении медицинского эксперимента правила, установленные инструкциями, могут быть нарушены, но действия врача не должны находится в прямом противоречии с научными знаниями, накопленными в этой области медицины.

Категория профессионального риска медицинских работников должна рассматриваться в рамках обоснованного риска, так как является разновидностью последнего. Поэтому определение медицинского риска не должно противоречить общему определению обоснованного риска.

В зависимости от преследуемых целей, следует различать вмешательства в функционирование человеческого организма: во имя развития науки и для оказания помощи конкретному больному. Отсюда можно выделить два вида медицинского риска:

1. Медицинский эксперимент.

2. Риск в интересах излечения больного.

Для проведения экспериментов необходимы такие условия, как научная обоснованность опыта, гласность, коллегиальность принимаемого решения; определение категорий медицинских учреждений, где такие опыты могут проводиться; свободное осознанное согласие лица, здоровье которого подвергают риску. Кроме того, врач обязан не просто получить согласие на вторжение в сферу здоровья человека, но и предоставить участнику эксперимента полную и доступную для него информацию о предстоящей медицинской процедуре и ее возможных последствиях.

Проблема проведения опытов на человеке по применению новых методов лечения известна с древних времен и непрерывно сопутствует развитию медицинской науки и практики с момента их зарождения. Вся многовековая история развития медицины есть путь экспериментов, ибо все сотни тысяч современных апробированных лекарств сначала были неапробированными. Первое применение любого нового лекарства, хирургического или иного метода есть эксперимент.

Право на медицинский эксперимент и условия его проведения установлены ст. 43 Основ законодательства РФ об охране здоровья 1993 г., согласно которой в интересах больного и с его согласия врач может применять новые, научно-обоснованные, но еще не допущенные ко всеобщему применению методы диагностики, профилактики и лечения, лекарственные средства и иммунобиологические препараты в порядке, устанавливаемом Министерством здравоохранения РФ или иными уполномоченными на то органами.

В соответствии с этим медицинский эксперимент определяется как способ лечения больного с неизвестным заранее результатом, оценка которого носит вероятный характер. Таким образом, для эксперимента характерен элемент риска. Успешно проведенная операция не снимает риска смерти от других заболеваний, находящихся в причинной связи с экспериментом. Тем не менее, риск правомерен, если он допускается законом, на основании научной обоснованности опыта.

Решая вопрос об оправданности риска, следует отметить, что при медицинских экспериментах на здоровых людях врачом-экспериментатором должны быть предусмотрены все меры, исключающие гибель человека, то есть максимально допустимым вредом может быть ущерб здоровью человека, причем в определенных пределах.

При экспериментах терапевтического характера риск оправдывается общественно полезной целью – излечить конкретного больного, когда традиционные средства бессильны. Возможность экспериментов подобного вида и условия их проведения установлены Основами законодательства РФ об охране здоровья граждан. Такие эксперименты также связаны с риском, степень которого должна быть соотнесена с состоянием здоровья больного (чем безнадежнее состояние пациента, тем выше допустимый риск). Врач должен предпринять все меры для предотвращения вреда.

В ситуациях с терапевтическим риском несколько проще решается вопрос об оправданности эксперимента (его целью является спасение или извлечение больного), но остаются проблемы степени риска, предотвращения всех возможных вредных последствий. Кроме научной обоснованности лечения, проведения его в специальных медицинских учреждениях, врачами высокой квалификации, необходима полная информированность больного о характере лечения, возможном риске для его жизни или здоровья и согласие больного на этого риск.

Поскольку подобные эксперименты проводятся на человеке и также связаны с риском для жизни и здоровья людей, они, как и эксперименты во имя науки, нуждаются в детальной правой регламентации.

**3.2 Условия правомерности медицинского риска**

В профессиональной медицинской деятельности на правила обоснованного риска можно ссылаться потому, что ни одно вмешательство врача не свободно от угрозы наступления вредных последствий, следовательно, только ценой риска такое вмешательство может быть осуществлено.

Поэтому недопустимо привлечение к уголовной ответственности врачей, допустивших обоснованный риск. В этих условиях действия врача лишены общественно опасного характера и в силу этого не могут рассматриваться как преступление, даже если они повлекли неблагоприятные последствия. Напротив, в ряде случаев отказ от риска означает по существу отказ то оказания помощи больному, то есть преступление, предусмотренное ст. 124 УК РФ.

Разумеется право на медицинский риск не может быть беспредельным. Нельзя допустить необоснованного, легкомысленного риска жизнью и здоровью людей. Для признания правомерности медицинского риска необходимо определение условий, соблюдение которых дает основание для освобождения от уголовной ответственности.

Так как медицинский риск является одним из видов обоснованного риска, то он должен осуществляться в пределах, установленных в ст. 41 УК РФ. В то же время дополнительно можно выделить условия правомерности, присущие только медицинскому риску.

Большинство ученных, признававшие существование профессионального риска медицинских работников как самостоятельного обстоятельства, исключающего преступность деяния, сформулировали и условия его правомерности. Однако многими из них не был принят во внимание тот факт, что медицинский риск является одним из видов обоснованного риска, поэтому должен соответствовать общим условиям правомерности.

Так, например, В.А. Глушков формулирует такие условия правомерности медицинского риска:

– научное обоснование методик диагностики, лечения, профилактики, применение лекарственных средств;

– цель, ради которой применялось рискованное лечение или диагностика, должна оправдывать опасность, грозившую жизни или здоровью больного;

– возможность наступления вредных последствий должна быть вероятной, а не заведомой;

– наличие согласия больного или его законных представителей на применение рискованного метода лечения и возможность наступления неблагоприятного результата.

Последние условие не указано в ст. 41 УК РФ, потому что приемлемо лишь отдельным видам обоснованного риска, но для признания медицинского риска правомерным его наличие обязательно.

Ковалев М.И., Вермель И.Г. при анализе критериев уголовной ответственности медицинских работников предложили условия противоправности, а не правомерности. По их мнению, уголовная ответственность медицинских работников должна наступать только при соблюдении следующих условий:

1. Действия медицинского работника были явно неправильными, противоречили общепризнанным правилам медицины.

Эти действия будут неправильными, если не выполнены какие-то обязательные требования (например, при переливании крови не определена групповая и резус – принадлежность крови донора и больного);

2. Медицинский работник мог и должен предвидеть, что действия его неправильные и потому могут причинить вред больному.

Здесь речь идет не об умышленных преступлениях, а лишь о неосторожных. Медицинский работник мог и должен был понимать, что его действия находятся в противоречии с правилами медицины и способны привести к неблагоприятным последствиям.

Понимание неправильности своих действий означает и осознание того, что эти действия могут повлечь за собой вредные последствия для больного. Причем медицинский работник не только должен был, но и имел реальную возможность знать, как следует поступить в данной ситуации. При сомнениях он обязан сделать все необходимое для их устранения. Если это не сделано, налицо ненадлежащее выполнение своих прямых обязанностей, что является одним из оснований для наступления уголовной ответственности.

3. Эти неправильные действия способствовали (прямо или косвенно) наступлению неблагоприятных последствий – смерти больного или причинению существенного вреда его здоровью.

Уголовная ответственность допустима лишь в случаях, когда вследствие неправильных действий медицинского работника, наступили серьезные, неблагоприятные последствия – смерть больного или существенный вред здоровью.

Различают две формы связи между действиями медицинского работника и неблагоприятным исходом. В одних случаях расстройство здоровья или смерть есть прямое следствие неправильных медицинских действий (например, оставление инородного тела в операционной ране). В других – неправильные действия (отказ в госпитализации, неполноценное лечение) обусловили неблагоприятное течение болезни и наступление вредных последствий.

Для наступления уголовной ответственности необходима совокупность всех трех условий. При отсутствии хотя бы одного из них уголовная ответственность исключается. Ответственность исключается и в тех случаях, когда неблагоприятный исход обусловлен не неправильными действиями, а особенностями течения патологического процесса (например, при неизлечимом заболевании).

Таким образом, обоснованный профессиональный риск медицинских работников может быть признан правомерным при одновременном наличии следующих условий:

1. Риск должен предприниматься для достижения общественно полезной цели, которой являются не только спасение жизни или полное излечение больного, но и продление его жизни или радикальное улучшение состояния здоровья больного, а также интересы науки и возможность излечения будущих больных.

Общественно полезная цель применительно к медицине заключается в том, что медицинская деятельность направлена на сохранение жизни, улучшение здоровья, повышение «качества жизни». Названные блага являются самыми ценными для каждого индивида в отдельности и государства в целом. Последнее провозглашает их охрану в основном документе страны – Конституции и ставит их на первое место в УК РФ. В целом общественно полезная цель заключается, как отмечает Ю.М. Ткачевский, в стремлении к результату, одобряемому моралью и правом. Помимо этого цель должна быть конкретной и достижимой.

2. Цель не может быть достигнута обычными, традиционными и нерискованными средствами лечения и диагностики.

Допущение риска в отношении таких благ, как жизнь и здоровье, не противоречит гуманному принципу Гиппократа – «прежде всего не вреди», если рискованные действия проводятся в случаях, когда все другие уже апробированные методы лечения не дают положительного результата и степень риска соответствует состоянию здоровья пациента.

В данной ситуации к врачу должны предъявляться более строгие требования: высокий уровень компетентности и профессионализма, имеющим опыт и достаточную подготовку в соответствующей области. Это особенно важно поскольку речь идет о случаях, когда впервые осуществляется какая-либо операция, применяется новое лекарство.

3. Возможность наступления вредных последствий должна быть вероятной, а не заведомой.

4. Рискованные действия врача должны соответствовать данным медицинской науки, опираться на определенный опыт.

Научная обоснованность медицинского риска должна отвечать последнему слову отечественной и зарубежной медицинской науки. Очевидно, что не каждый врач и не всякое медицинское учреждение могут обеспечить такой научный уровень. Поэтому в ст. 32 Основ законодательства об охране здоровья 1993 г. необходимо было бы дополнить, что решение о медицинском эксперименте, как и о медицинском вмешательстве принимается коллегиально – консилиумом врачей заранее определенных медицинских учреждений, с разрешения компетентного медицинского органа.

5. Медицинский работник должен предпринять все возможные меры для предотвращения вреда, при проведении медицинского эксперимента должны быть предусмотрены все меры, исключающие гибель человека.

Так, применению лекарства в медицинской практике должно предшествовать его испытание с соблюдением соответствующих правил на животных, а затем на людях, составляющих группу лиц, давших согласие на участие в эксперименте. Это изучение должно установить эффективность, безопасность, противопоказания для нового лекарства. При наличии таких данных врач, имея полную информацию о больном, может, согласно Основам законодательства РФ об охране здоровья граждан 1993 г., использовать не разрешенные к применению, но находящиеся на рассмотрении варианты лечения, чтобы спасти жизнь или улучшить здоровье человека.

6. Во всех случаях, когда возможно, должно быть получено согласие пациента или его законных представителей на применение рискованного лечения, с предварительным ознакомлением о возможности наступления неблагоприятного результата.

Под согласием следует понимать сознательное решение, которое возможно лишь при наличии полной информации. Больной перед принятием решения имеет право, в частности, знать: диагноз, перспективу удачного эксперимента, возможные побочные явления, болезненность медицинского вмешательства и др. Врач, учитывая индивидуальные психические и иные особенности каждого больного, может сначала ознакомить его с состоянием здоровья и намеченным способом лечения в самой общей форме, и лишь при настоятельных требованиях больного обязан дать полную информацию. Об информировании больного и его решении нужно делать запись в истории болезни. Таким образом, в отношении больного не должно быть врачебной тайны; в противном случае операцию либо эксперимент следует считать противоправным, так как решение, основанное на дезинформации нельзя считать согласием.

Аналогичным образом следует решить вопрос о врачебной тайне и в отношении родителей (опекунов, попечителей). Иногда их решение об отказе в вмешательстве медицинских работников может оказаться ошибочным. В законе целесообразно было бы предусмотреть, что в исключительных случаях (например, когда промедление в осуществлении научно обоснованного эксперимента приведет к летальному исходу, а получить согласие управомоченных лиц не представляется возможным) медицинское вмешательство может проводиться без соответствующего согласия.

Таким образом, условиями правомерности медицинского риска являются условия правомерности обоснованного риска, перечисленные в ст. 41 УК РФ, но каждое из них имеет специфическое содержание.

Риск является обоснованным при наличии всей совокупности вышеназванных условий. При несоблюдении которых рискующий совершает общественно опасное деяние, и поэтому подлежит ответственности за причиненный вред по нормам особенной части УК РФ.

**Заключение**

Проведенное нами исследование в рамках выпускной квалификационной работы на тему: «Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния», позволяет сделать следующие выводы:

1. При анализе истории развития законодательства об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, четко прослеживается с учетом научно-технического развития необходимость нормы об освобождении от ответственности за вред, причиненный при оправданном, обоснованном совершении рискованных действий. В уголовном законе 1996 года норма об обоснованном риске впервые введена на законодательном уровне. Необходимость установления нормы о риске обычно объясняется тем, что ее отсутствие несло в себе серьезные отрицательные последствия для научного прогресса, сдерживало творческую инициативу и научную смелость.
2. Выделение в Уголовном кодексе РФ 1996 года обстоятельств, исключающих преступность деяния, в самостоятельную главу предполагает, что их правовая природа одинакова. Однако такой вывод трудно сделать при анализе ст. 41 УК РФ. Обоснованный риск имеет сходные черты с большинством обстоятельств, исключающих преступность деяния, и в то же время его специфические признаки позволяет сделать вывод о том, что обоснованный риск занимает самостоятельное место в системе этих обстоятельств. Его социально-правовая природа характеризуется отсутствием общественной опасности и, следовательно, противоправности причинения вреда при соблюдении указанных в законе условий правомерности. Действия, совершенные при обоснованном риске, являются и общественно полезными, поскольку они способствуют научно-техническому прогрессу, достижению более высоких результатов человеческой деятельности.
3. Название рассматриваемого обстоятельства как обоснованный риск, наиболее оптимально (в отличие от предлагаемого ранее – профессиональный риск), т. к. допускает возможность осуществлять рискованные действия в бытовой, досуговой сферах, в условиях экстремальной обстановки. Анализ даваемых в доктрине уголовного права определений обоснованного риска позволил предложить следующее определение: обоснованный 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 предотвращения вреда.
4. При анализе видов обоснованного риска можно сделать вывод, что рискованные действия в основном сводятся к двум видам риска: риска из предотвращения вреда и инициативного риска. Осуществление рискованных действий в личных целях исключается из сферы действия ст. 41 УК РФ.
5. Закрепленные в законе условия правомерности обоснованного риска лишь в своей совокупности могут свидетельствовать о непреступном характере совершенных при его осуществлении действий, что необходимо иметь в виду при применении данного закона на практике. Причинение вреда при совершении рискованных действий возможно лишь при наличии неосторожной вины в виде легкомыслия. Естественно, что речь в этих случаях может идти о вине лишь при нарушении каких-то условий обоснованности рискованных действий. При отсутствии таких нарушений вопрос об уголовной ответственности за вред причиненный при осуществлении рискованных действий, исключается.
6. Формулировка положения об обоснованном риске в законе нуждается в некоторых дополнениях. В частности, целесообразно было бы предусмотреть в нем указание на соответствие совершаемых при обоснованном риске действий современным научно-техническим знаниям и опыту. Но данное требование должно производиться с учетом не только объективного, но и субъективного критерия, т. к. нельзя требовать от любого лица знания всех научно-технических достижений на период совершения рискованных действий. Такое условие способствовало бы более четкому отграничению правомерного риска от проявлений легкомыслия и авантюризма.
7. Отдельные понятия, употребляемые в законе при характеристике обоснованного риска, являются оценочными, и их содержание нуждается в официальном разъяснении. В этой связи и с целью единообразного понимания положений закона об обоснованном риске на практике необходимо принятие соответствующего постановления Пленума Верховного суда РФ.

**Литература**

1. Конституция Российской Федерации, принятая всенародным голосованием 12.12.93 г. / Российская Федерация // Российская газета. – 1993. – 25 декабря. – №273
2. Уголовный кодекс Российской Федерации: федер. закон: [принят Гос. думой 24 мая 1996 г.: по состоянию на 01.10.2007 г.] / Российская Федерация. – М.: ГросМедиа, 2007. – 176 с.
3. О лекарственных средствах: федер. закон: [принят Гос. думой 5 июня 1997 г.: одобр. Советом Федерации 10 июня 1998 г.] / Российская Федерация // Собрание законодательств Российской Федерации. – 1998. – №26. – Ст. 3006.
4. О медицинском страховании граждан в Российской Федерации: федер. закон: [принят Гос. думой 28 июня 1991 г. (в редакции от 29.12.2006 г.)] / Российская Федерация: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: компьютерная сеть Юрид. ин-та ДВГУ. – База Данных КонсультантПлюс.
5. О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения: федер. закон: [принят Гос.думой 12 марта 1999 г.: одобр. Советом Федерации 17 марта 1999 г.] / Российская Федерация // Собрание законодательств Российской Федерации. – 1999. – №14. – Ст. 1650.
6. О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе: постановление Пленума Верховного суда РФ от 10 февраля 2000 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2000. – №6. – С. 15.
7. Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г. / Российская Федерация // Ведомости Верховного Совета РФ. – 1993. – №33. – Ст. 318.
8. Памятники русского права. Вып. 1. М., – 1952. – С. 246.
9. Памятники русского права. Вып. 6. М., – 1959. – С. 136.
10. Памятники русского права. Вып. 8. М., – 1961. – С. 484.
11. Правила судебно-медицинской экспертизы тяжести вреда здоровью // Приложение 2 к приказу Минздрава РФ №61 от 5.03.1997 г. О внесении изменений в приказ Министерства здравоохранения РФ от 10.12.1996 г. №407 «О введении в практику правил производства судебно-медицинских экспертиз» // Медицинская газета. – 1997. – №34. – 86 с.
12. Бюллетень текущего законодательства. – М. – 1970. – С. 105.
13. Сборник документов по истории Советского Уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952 гг. – М., – 1957. – С. 568
14. Битеев, Б., Мазин, П., Пономарев, Г. Крайняя необходимость и обоснованный риск в медицинских отношениях / Б. Битеев, П. Мазин, Г. Пономарев // Уголовное право. – 2001. – №3, – С. 22 – 24.
15. Бондаренко, Д.В. К вопросу о юридической ответственности медицинских работников / Д.В. Бондаренко // Медицинское право. – 2006. – №4. – С. 41–46.
16. Давыдовский, И.В. Врачебные ошибки / И.В. Давыдовский // Советская медицина. – 1991. – №3. – С. 3.
17. Дагель, П.С. Об уголовной ответственности врачей / П.С. Дагель // Советская юстиция. – 1984. – №19. – С. 14.
18. Ибраев, М.А. Выявление причин и условий, способствующих совершению преступлений медицинскими работниками при ненадлежащем выполнении профессиональных обязанностей / М.А. Ибраев // Проблемы совершенствования системы воздействия на преступность в современный условиях. – 2002. – №2. – С. 219–221.
19. Ковалев, М.И., Вермель, И.Г. Критерии уголовной ответственности медицинских работников за ненадлежащее лечение / М.И. Ковалев, И.Г. Вермель // Социалистическая законность. – 1987. – №4. – С. 57–58.
20. Кореневский, Ю. Расследование причинение вреда здоровью медицинскими работниками / Ю. Кореневский // Законность. – 1998. – №4. – С. 16–20.
21. Козулина, С.А. Проблемы юридической ответственности медицинских работников за профессиональные правонарушения /С.А. Козулина // Актуальные проблемы правового регулирования медицинской деятельности. – 2003. – С. 261–264.
22. Крылова, Н., Павлова, Н. Крайняя необходимость в медицинской деятельности: некоторые вопросы практического применения / Н. Крылова, Н. Павлова // Уголовное право. – 2005. – №1. – С. 41–44.
23. Лазарева, Е.В. К вопросу об юридической ответственности медицинских работников / Е.В. Лазарева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. – 2005. – Вып. 47, – С. 98–103.
24. Мохов, А.А. Медицинское право – самостоятельная отрасль российского права / А.А. Мохов // Право и политика. – 2002. – №8. – С. 128–138.
25. Мохов, А.А. Некачественное медицинское обслуживание как источник повышенной опасности для окружающих / А.А. Мохов // Современное право. – 2006. – №10. – С. 2–6.
26. Наумов, А.В., Старостина, Я.В. Проблемы уголовной ответственности медицинских работников // Российский криминологический взгляд. – 2006. – №4. – С. 182–183.
27. Никитина, И.О. Уголовно-правовой аспект ответственности медицинских работников / И.О. Никитина // «Чёрные дыры» в Российском законодательстве. Юридический журнал. – 2007. – №3. – С. 207–208.